





De Honorables Señores Señores

D. Eduardo Cases

# INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL

DE

CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DOCTOR DON JOSÉ MARÍA ALVÁREZ,  
CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTI-  
NIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD DE GOATEMALA.

---

Vir bonus et prudens.....  
...parum claris lucem dare coget:  
Arguet ambigüé dictum: mutanda notabit.  
HORAT.—*De Art. Poet.*

---

TOMO I.

IMPRESO EN GOATEMALA.

—\*—

REIMPRESO EN LA HABANA.

(CON PERMISO.)

En la imprenta de D. Pedro N. Palmer, é hijo.

1825.

REPUBLICA DE CHILE

1891

MINISTERIO DE INSTRUCCION PUBLICA

1891

COMISION DE INVESTIGACION

INVESTIGACION DE LOS EFECTOS DE LA

INSTRUCCION PUBLICA EN EL

DESARROLLO DE LA NACION

DE LA INSTRUCCION PUBLICA

IMPRESION EN LA OFICINA DE LA  
REPUBLICA DE CHILE  
1891

1891

REPUBLICA DE CHILE

MINISTERIO DE INSTRUCCION PUBLICA

1891

COMISION DE INVESTIGACION

1891

## INTRODUCCION.

„La escasez de esta obra, y las ventajas que debe producir en la propagacion de las luces, son los únicos y poderosos estímulos que nos conducen á reimprimirla. Inútil sería detenernos en su análisis y recomendacion. Basta decir que fué hecha para enseñar, y que su claridad y método, no ménos que la importancia de las materias que contiene harán deliciosa su lectura, muy léjos de ocasionar el fastidio que tanto desalienta, principalmente á la juventud, á quien dedicamos esta edicion. Si la recibe, como una prueba desinteresada de nuestro afecto, se tendrán por bastante satisfechos.”——*LOS EDITORES.*

## PROLOGO DEL AUTOR.

Cualquiera que se encargue de una cátedra de derecho civil, conocerá que no es fácil desempeñarla con aprovechamiento de los cursantes por no haber una obra que reúna las calidades que se requieren. Esta falta es tan notable, que haciéndose cargo de ella la real cédula de doce de julio de mil ochocientos siete, en que se forma un nuevo plan de estudios para Salamanca y demás universidades de España, hablando de la cátedra de Elementos de derecho real, dice: "que en ella se usará por ahora de las Instituciones que publicaron don Ignacio de Aso, y don Miguel de Manuel y Rodríguez, corrigiendo el maestro en viva voz sus equivocaciones, inexactitudes y yerros, no parando hasta imprimir unas observaciones tan precisas en cuanto se carece de elementos del derecho real que merezcan preferirse."

Es de advertir que en tiempo en que se espidió esta real cédula, hacía ya algunos años que circulaba por España la obra de don Juan de Sala Ilustración del derecho real, y que desde luego no se juzgó digna de preferirse á la Instituta de Castilla. Es verdad que reúne mucha doctrina útil para los profesores; pero para los principiantes, á quienes es preciso enseñar por principios, sin entrar en el laberinto confuso de sus diversas combinaciones, se hace desear un método mas exacto y adecuado á su comprensión. Los tratados difusos, los análisis de las leyes, y sus aplicaciones á los varios casos que puedan ocurrir, no lo son para aquellos á quienes en el corto tiempo de sus cursos apenas pueden darse las primeras nociones y elementos de la facultad. Bajo este supuesto, y de que siempre es útil que los maestros compongan obras para sus cátedras, encarga la misma real cédula: "que los catedráticos procuren escribirlas para sus asignaturas, espe-

# COMPENDIO

DE

## LA HISTORIA

DEL

### DERECHO DE ESPAÑA

---

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idea de los códigos de nuestro derecho, solo haré en él una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiéndome de las prolijas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España antes de la invasion de los cartagineses en ella, (1) no obstante sobre este particular es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser que no tuvieron leyes escritas, gobernándose sin duda por las de costumbre y por juicios arbitrarios, fundados en equidad y justicia. Se cree que los cartagineses comenzarían por lo ménos á introducir las suyas en las provincias que dominaron. Pero aun esta conjetura, no carece de inverosimilitud si se atiende al poco tiempo que duró su gobierno, que fué de poco mas de doscientos años, y á las continuas guerras de que estuvieron agitados en todo él.

A los cartagineses siguieron los romanos en la dominacion de España, y de éstos no hay duda que luego que perfeccionaron la conquista de todas sus provincias, introdujeron en ellas su lengua, sus costumbres y su legislacion.

(1) Prieto Soloto lib. 1.º cap. 3.º n.º 3.º y sig.

„cialmente donde fallen enteramente, ó no las hay cuales se „necesitan.”

Por lo que á mí hace, desde que me encargué de la de Instituciones de Justiniano, fué formando algunos apuntamientos que me facilitasen la enseñanza, y hé aquí como corriendo el tiempo llegué á formar los cuatro libros. Seguí el orden de los títulos de la Instituta de los romanos, no obstante que pudiera adoptar otro mejor, y he procurado acomodarme á las definiciones, principios y consecutarios de las Recitaciones de Heinneccio; porque á mas de encerrar los fundamentos generales de nuestra legislacion, la esperiencia de catorce años me ha enseñado, que su método es el mas apropósito para el aprovechamiento de la juventud. Así, sin apartarme del fin primario de mi cátedra, creo haber cumplido con el auto acordado 3. llt. 1. lib. 2., que previene: “que los catedráticos „cuiden leer con el derecho de romanos las leyes del reino „correspondientes á cada materia.”

Mi ánimo jamás fué dar á luz una obra compuesta para mi uso privado y el de mis discípulos, á quienes su aplicacion dedicaba á copiar los pliegos que yo iba formando: mas como si lo hacían por sí, les quitaba esta ocupacion algun tiempo y les salía muy cara si la daban á escribir, cedí á estas consideraciones, á sus instancias, y á la de varios profesores que me han animado á publicarla. Estas circunstancias, pues, me eximen de la cláusula con que acostumbra cada autor en su prólogo prevenir la opinion, y no hace otra cosa que descubrir su desconfianza con solicitar el disimulo de sus errores. Por el contrario: el medio de mejorarlos serví el de que cada uno los fuese anotando, de manera que contribuyendo con sus luces los profesores, se reuniesen las observaciones de todos para mejorar cada edicion hasta lograr una obra completa. Tales son mis deseos, y quedo contento de haber egecutado lo que estaba á mis alcances.

En la decadencia del imperio romano de occidente, pasó España á la dominacion de diferentes naciones bárbaras del norte, como fuéron los godos, los vándalos, los alanos, los suevos y silingos. Todos ellos se disputaron largo tiempo el dominio, hasta que los godos con la ruina ó destierro de todas las otras, quedaron por dueños únicos de España; lo que sucedió hácia el año de 412 de Jesucristo. Los godos en el principio de su reinado permitieron á los españoles continuar usando de las leyes romanas á que parece estaban acostumbrados, y poco á poco fuéron ellos estableciendo algunas. El primero que las dió escritas fué el Rey Eurico, que murió el año de 483. A ellas añadieron otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo, quien enmendó y arregló las que habia, quitando las superfluas y añadiendo otras necesarias.

**Fuero.** El primer código de leyes godas, es el famoso que se Juzgo publicó el siglo 7.º en latin con el nombre de *Liber Iudicium*, llamado tambien *Fuero de los Jueces*, ó *Fuero Juzgo*, y se tiene por fuente y origen de las leyes de España. Dividese esta obra en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos Reyes godos, de decretos de varios concilios toledanos, y de otras leyes cuyo origen no se espresa. Se duda sobre su autor, y unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvinto, y otros á Recasvinto, que todos florecieron en el siglo 7.º

Despues de la entrada de los árabes en España, que sucedió el año de 714 en que se arruinó la monarquía goda, continuaron en regir las leyes godas por muchos años en las provincias que se preservaron de los moros y en las que se iban recobrando, gobernándose por ellas y por las costumbres de la nacion en general. La division de las provincias, que se conquistaban á los moros, y la diferencia que con el tiempo se iba notando en muchas cosas del gobierno particular de cada una, originaron la variedad de códigos que se establecieron en ellas. En Castilla se estableció á fines del siglo 10 y principios del 11 por su conde don Sancho Garcia, el *Fuero* llamado *viejo de Castilla*, cuyas leyes son despues de las del *Fuero Juzgo* las fundamentales de la corona de Castilla separada de la de Leon. Don Alonso VII en las

Córtes de Naxera de 1128 lo aumentó y enmendó, publicandole diferentes leyes respectivas al estado de los nobles. A ellas se unieron despues varios usos y costumbres de Castilla, y diferentes *fazanas* ó sentencias pronunciadas en los tribunales del reino, las cuales rigieron hasta el reinado de don Alonso XI, que quiso fuesen preferidas las del código que arregló y publicó en las Córtes de Alcalá del año de 1348, conocido por el nombre de *Ordenamiento Real de Alcalá*. Ultimamente el Rey don Pedro en las Córtes de Valladolid de 1351, enmendó y arregló el *Fuero de Castilla* en la forma que ha llegado á nuestros tiempos, siendo conocido tambien por los nombres de *Fuero de los Hijos-dalgos*, *Fuero de Bár-gos*, y *Fuero de las fuzanas, albedrios y costumbres antiguas de España*.

En el reino de Leon dió el Rey don Alonso V, en las Córtes generales que tuvo en la ciudad de este nombre el año de 1020, el fuero llamado de Leon, compuesto de leyes establecidas en aquella asamblea para el gobierno de la misma ciudad y reino, con inclusion de Galicia y la parte de Portugal conquistada hasta entonces, continuando en regirse por ellas, hasta que se publicó el código llamado *Fuero Real*; y aunque se establecieron en Castilla y Leon los dos fueros referidos, castellano y leonés, continuaron en observarse tambien en sus provincias, mas ó ménos respectivamente, las leyes del *Fuero Juzgo* en todo lo perteneciente al derecho comun, hasta que con el tiempo se fué entibiando su observancia, principalmente en Castilla la vieja. Pero si decayó su vigor en ésta, lo recobró en la estension de Castilla la nueva y las provincias que se fuéron conquistando desde el reinado de don Alonso VI, hasta principios del de don Alonso el Sábio, cuyos Monarcas dieron las leyes de este código á los pueblos conquistados para su gobierno en todo lo perteneciente al derecho comun.

El Rey don Alonso X llamado el Sábio, (1) deseando anu- **Fuero**  
lar los fueros de poblacion y conquista, y los generales de Real

(1) No faltan quienes defiendan que don Alonso el Sábio fué IX y no X, y que el X fué el autor del *Fuero Real*, y por consiguiente que



Castilla y Leon para evitar la confusion y auri complicacion de tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien por los nombres de *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero de las Leyes*, y *Fuero de la Corte*, porque se decidían por él principalmente los juicios en los tribunales de la corte, mandando que sus leyes fuesen generales y únicas en todos sus dominios; pero reconociendo la nobleza y los pueblos, particularmente de Castilla, que por ellas quedaban derogados sus antiguos fueros y franquezas, las reclamaron y recobraron en tiempo del mismo Rey don Alonso, cesando entre ellos la observancia del *Fuero Real*, el cual se aceptó generalmente en Extremadura, en Algarve, Andalucía, reino de Murcia &c.; habiendo hecho el mismo reclamo los concejos de las ciudades y villas de la corona de Leon, en tiempo de las discordias del Infante don Sancho con su padre el mismo Rey don Alonso, capitulando entre otras cosas, el restablecimiento de las leyes del *Fuero Leonés* y *Fuero Juzgo*.

Leyes del Est. tit. 1. El *Fuero Real*, no dejó de tener muchos defectos. Con este motivo para su mayor declaracion é inteligencia, fué necesario se compusiesen las advertencias llamadas *Leyes de Estilo* en número de 252, con autoridad del mismo Rey don Alonso, de su hijo don Sancho y de don Fernando el Emplazado, segun se declara en su Prólogo. Se publicaron á fines del siglo 13, ó principios del 14, y algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilacion de Castilla.

Las siete Partidas. Despues del *Fuero Real* sigue el código celebrado de las Partidas. El prólogo de esta obra nos refiere, que el Rey don Alonso el Sábío la emprendió por mandado de su padre S. Fernando el año de 1251, 4.º de su reinado, y que la acabó siete años despues. No se observaron estas leyes, hasta el tiempo de don Alonso XI, (hacia el año de 1348) quien por la ley 1. tit. 28 de su Ordenamiento de Alcalá las publicó y dió valor, habiéndolas ántes enmendadas.

este es posterior á las Partidas. Los fundamentos de esta opinion no parecen de mucha gravedad, y pueden verse en Colon Librer. de Escrib. lib. 1. cap. 2. núm. 10.

do y corregido á su satisfaccion. Esto mismo consta en la ley 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast. Se tiene por cierto que la causa de haberse dilatado tanto tiempo la publicacion de este código, fuéron las turbulencias, guerras y otros gravísimos negocios ocurridos en el reinado de don Alonso el Sábío, y en los dos siguientes.

Se componen las Partidas en gran parte de leyes del Derecho Romano, de capítulos del Derecho Canónico, y de autoridades de los Santos Padres. Es evidente que contiene al mismo tiempo muchas leyes antiguas del reino, y que se consultaron las costumbres y fueros de la nacion, deseando saliese un cuerpo legal, perfecto y peculiar de nuestra España; pero este objeto tan importante, no se logró completamente.

Don Alonso XI queriendo que todos sus Reinos se gobernasen por unas mismas leyes, teniendo presentes las que promulgó en las Córtes de Ciudad Real y Segovia, formó en las de Alcalá año de 1348 el Ordenamiento de Leyes, conocido por este nombre, mandando que rigiesen en sus dominios con preferencia á los códigos antiguos, y despues de ellas, las de los Fueros Municipales de los pueblos, y las de las Partidas, habiéndolas ántes corregido; lo cual renovó don Enrique II en las Córtes de Toro año de 1369, y la Reina doña Juana en la ley 1. de Toro que se halla inserta en la Nueva Recopilacion. Casi todas las leyes de este código, se pasaron así mismo á dicha Recopilacion, ó enteras ó con alguna leve mutacion.

De las leyes de este código y de las que promulgaron los Reyes sucesores, desde don Alonso XI hasta los Reyes natiendos Católicos, se formó el que conocemos con el título de *Ordenamiento Real de Alcalá*, y tambien con el de *Ordenanzas Reales de Castilla*, y tambien con el de *Ordenamiento Real*. Se compone de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el *Fuero Real*, *Leyes del Estilo*, y *Ordenamiento de Alcalá*, y se dividió en ocho libros. Se cree que su autor Alonso Montalvo emprendió esta obra, de orden de los Reyes don Fernando y doña Isabel, como lo asegura el mismo en su prólogo; pero nunca se espidió ley alguna que diese fuerza á esta compilacion, por lo que sus leyes no tienen otra que la que merecen en su original.

**Nueva Recopilación de Castilla.** A las referidas colecciones, se siguió otra que se llamó *Nueva Recopilación*. Esta se concluyó y publicó el año de 1567, en dos tomos comprehensivos de nueve libros, incorporándose en ella las leyes que corrían en varios cuadernos, y otras que se hallaban sueltas. En las posteriores ediciones hechas en los años de 1581, 92 y 98, 1640, 1723 y 1745, se le fuéron aumentando muchas leyes establecidas en el tiempo intermedio de una edición á otra; de suerte que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el cual bajo el nombre de *Autos acordados del Consejo*, se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, declaraciones, y resoluciones reales espedidas hasta dicho año, distribuyéndolas por el mismo orden de títulos y libros contenidos en los dos tomos de *Leyes Recopiladas*. Con el aumento de veinte y seis leyes y doce autos, salieron otras tres ediciones en los años de 1772, 75 y 77, ofreciendo dar al público en otro tomo separado por vía de suplemento, el gran número de cédulas y decretos reales, y autos acordados que habían salido desde el año de 1745.

**Novísima Recopilación.** Ultimamente se ha publicado otra edición de la misma Recopilación no por el método y orden de la antigua, sino en nueva forma, aprovechando las leyes útiles contenidas en aquella, y agregando mas de dos mil providencias respectivas al tiempo desde 1745, hasta 1805. Esta Recopilación dividida en doce libros, se aprobó y mandó observar por el Sr. don Carlos IV, con el título de *Novísima Recopilación de las leyes de España*, por una real cédula de 15 de julio de 805, que se halla al principio de la obra.

**Recopilación de Indias.** Con motivo de las grandes conquistas que se fuéron haciendo desde el descubrimiento de ámbas Américas septentrional y meridional, fué necesario que para el gobierno de los lugares conquistados, y sujetos al dominio español, se fuesen despachando cédulas, provisiones, ordenanzas y otras instrucciones conforme á lo que pedían las circunstancias. Estas disposiciones dispersas y vagantes, con el discurso del tiempo llegaron á un número excesivo, causando confusión y dificultad en el despacho de los negocios; por cuyo mo-

tivo desde el año de 1552 se comenzó á tratar de recogerlas y ordenarlas: y en efecto, el Sr. don Felipe II en el año de 1570, mandó se hiciese una recopilación de las leyes y provisiones dadas para el buen gobierno de las Indias, la que se comenzó y continuó por varios letrados, hasta que se concluyó el año de 1680, en tiempo de don Carlos II, quien dió á la colección llamada *Recopilación de Indias* toda la fuerza y autoridad necesaria, mandando que por sus leyes sean determinados todos los pleitos y negocios pertenecientes á la América, aunque sean contrarias á otras leyes y pragmáticas de los reinos de Castilla, como todo consta por dos cédulas que se hallan al frente de dicha Recopilación. Esta obra se compone de nueve libros divididos en títulos y leyes.

A mas de todos estos cuerpos legislativos, no cesan de venir nuevas pragmáticas, reales cédulas, autos acordados del Consejo y reales provisiones; porque siendo el derecho finito, y los casos infinitos, son necesarias nuevas disposiciones conforme á las diversas circunstancias ocurrientes.

Diversos los códigos legislativos, y multiplicadas cada día mas las reales órdenes y cédulas, un mismo punto se encuentra á veces decidido por disposiciones contrarias. Era necesario que las leyes fijasen el orden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes mismas, y esto es lo que ha hecho la 2. tit. 1. lib. 2. Recop. de Ind. y la 1. de Toro.

Segun ellas y otras órdenes posteriores, los asuntos deben despacharse y los pleitos decidirse, por las leyes y disposiciones siguientes. 1.º Por las últimas reales órdenes y cédulas comunicadas á las autoridades respectivas por la vía correspondiente. 2.º Por la real Ordenanza publicada para el establecimiento de Intendentes en Nueva-España, y mandada observar en éste en lo adaptable. 3.º Por las leyes de la Recopilación de Indias. 4.º Por las de la de Castilla. 5.º Por las del Fuero Real sin ser necesaria la prueba de su uso por no estar derogadas. (\*) 6.º Por la de los Fueros

(\*) Véase en Febrero librer. de escrib. cap. 14 §. 3. núm. 36. la real cédula que refiere de 15 de julio de 1788, y á Colon instr. juríd. de escrib lib. 1. cap. 2. núm. 10.

8  
municipales que tuviere cada ciudad, en lo que fueren usados y guardados. 7.º Por las de las siete Partidas, y habiendo en ellas oposicion ó contrariedad, debe consultarse al Rey para que las interprete, declare ó enmiende segun previene la ley 3. tit. 1. lib. 2. Recopilacion de Castilla. Lo mismo se ha de practicar cuando en ninguno de los cuerpos de nuestro derecho se encuentre ley oportuna de donde se pueda sacar la decision que se necesita, por no haber ya facultad para recurrir en estos casos á Bartolo, á Baldo, ni á Juan Andres, como mandaba una ley de Madrid, que se halla derogada por la citada ley 3. tit. 1. lib. 2. Recopilacion de Castilla.

# LIBRO I.º

## DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS.

### TITULO I.º

#### DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

#### I.ª PARTE.

##### DE LA JUSTICIA Y SUS DIVISIONES.

Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia, debe saber el fin á que ella se destina, dirémos aquí brevemente cual sea el de la jurisprudencia de que vamos á tratar. El fin último á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos, es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin próximo de un buen juriconsulto. Por que así como la felicidad eterna de los hombres es el fin último de la teología, y la sanidad del cuerpo humano el de la medicina, porque á esto dirigen sus miras estas facultades, así tambien el fin de la jurisprudencia y del juriconsulto que se aplica á ella, debe ser la tranquilidad interna de la república, que no se consigue si no es por medio de la justicia. No nos quedará duda de esta verdad, si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante á la de los peces, entre los cuales el mayor devora al menor. Se inventó, pues, la jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guardados; para que se dé á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes, y se castiguen los vicios. Es decir, para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad, como dice el Apóstol.

De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho, con la mira de defender cualesquiera causas en el foro, y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni juriconsultos,

sino buitres togados, tanto peores que los ladrones, cuanto más impunemente roban bajo la capa de defender la justicia. Quede, pues, profundamente impreso á los cursantes de derecho, que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

Veamos ahora qué cosa es la justicia, y cómo se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es: *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo, y vivir honestamente.* (1) Se divide en *moral y civil*. La justicia moral, es una virtud que reside en el alma, ó un hábito con el cual el hombre arregla todas sus acciones á la ley. (2) En este sentido, pues, no es justo aquel que cumple en el exterior con los oficios á que está obligado, si no los practica por amor de la virtud: el fariseo que se jactaba de no ser ladrón adúltero ni publicano, no era moralmente justo, porque solo se abstenía de estas acciones malas por hipocresía, y no por amor de la virtud. Por el contrario, justicia civil se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones externas á las leyes; pero sin que esto nazca de amor á la virtud, ni de rectitud de juicio, sino por miedo de la pena. De aquí se infiere, que si uno paga los tributos á que está obligado al Príncipe, se abstiene de matar, de robar, ó de otro modo dañar á ninguno de sus conciudadanos, será justo civilmente, aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipócrita, y aun cuando fuese un ateísta. Esto nace de que como son los medios, así es el fin: los medios que la jurisprudencia suministra son las penas, y los premios. Estos no hacen justos moral, sino solo civilmente; porque en el fuero externo ninguno es castigado por culpa que no turba la tranquilidad de la república, que es el fin de la sociedad. Luego la justicia que es el fin de la jurisprudencia, no es otra que la civil.

De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definición de la justicia que dá Justiniano, y la ley de

(1) Arg. de la ley 3. tit. 1. Part. 3.

(2) Ley 1. tit. 1. Part. 3.

Partida, (1) diciendo: *que es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo.* Esta definición es buena, aunque no para explicar la justicia de que aquí tratamos. Las palabras *constante y perpetua* voluntad le sirven de género, y quieren decir lo mismo que virtud, porque entre los estoicos, de cuya filosofía es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpetua. Por aquellas palabras *de dar á cada uno lo que es suyo*, se determinaba aquel género, y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia específica. Pero esta justicia, según hemos explicado, es la moral, que no es el fin de la jurisprudencia, ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos, pues, definiendo en términos precisos, la justicia civil de que vamos á tratar: *es la conformidad de las acciones externas á las leyes, para no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo, y vivir honestamente.* (2)

Se divide la justicia en *expletriz y atributriz*. Para entender esta division es necesario advertir que los oficios, [\*] á que estamos obligados para con los demás hombres, son de dos maneras. Unos son mandados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados, y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio, que es fuente de todos los oficios perfectos: *lo que no quierdes te sea hecho á tí, no lo hagas á otro.* De donde se infiere, que ninguno debe matar, injuriar, ni dañar á otro; que se deben pagar las deudas; que se deben guardar los pactos &c. El que falta á algun oficio de éstos, ó reusa cumplirlo, puede ser castigado por los jueces, ú obligado á su cumplimiento; y por esto semejantes oficios se llaman *perfectos*. Otros hay que son recomen-

(1) Ley 1. tit. 1. Part. 3.

(2) Dicha l. 3. tit. 1. Part. 3.

[\*] Por oficio entendemos una acción que se debe conformar á alguna ley, por nacer de obligación perfecta ó imperfecta. No es necesario que la ley mande precisamente amenazando con pena eterna, basta que sea ó con pena temporal, ó con algun desagradado de Dios, ó que sea omisión de algun acto virtuoso. Para mejor inteligencia de esto, léase el cap. 5. del Derecho natural de Heinnocio.

dados por la ley como virtuosos; pero á ninguno fuerza á prestarlos, sino que los deja á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio, que lo es de todos los oficios imperfectos. *Todo lo que quieres te sea hecho á tí, hazlo á otro.* V. g.: comunicar á otro que lo necesita, lo que nos sobra, ó nada nos cuesta: dar limosna, y hacer otros beneficios á los demas; los cuales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia.* El que no los cumple, en realidad es inhumano; pero no puede ser reconvenido delante del juez, ni forzado con penas á practicarlos; y por esto se dicen *imperfectos.*

Con lo dicho, fácilmente se esplica cual sea justicia *expletriz* y cual *atributriz.* Expletriz, es la que dá á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion, el que se abstiene de hurtar, y de dañar de cualquier modo á otro; el que paga lo que debe; el que cumple los pactos y contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia expletriz: porque todos estos oficios se deben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á prestarlos. Por el contrario, la atributriz es aquella que dá á cada uno lo que se le debo por sola humanidad y beneficencia; es decir, que dá lo que debemos á otro sin poder ser compelidos á cumplirlo. Diremos, pues, que observa esta justicia el que dá limosna á los necesitados; el que muestra el camino al que lo ha errado &c.

Si se pregunta, por qué la justicia expletriz admite coaccion, y la atributriz nó, se puede dar una razon aquí de esta diversidad, remitiendo al Derecho natural (1) á los que quieran saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona; de suerte que si ésta no los cumple, no hay otra de quien poderlos exigir. Por egemplo: si Ticio me debe cien pesos, de solo él los puedo exigir y me burlarían con mucha razon si no pagándomelos él, se los pidiese á Cayo. Por el contrario; los oficios imperfectos se deben por todos los hombres,

(1) Vease el cap. 1. del Derecho natural de Heinn.

y no por determinada persona; y así, á un pobre, v. g., le debo dar limosna; pero no solo yo, sino tambien los demas hombres: por lo cual si yo se la niego, puede pedirla con el mismo derecho á Cayo, á Sempronio y á cualquiera de los otros. Debiéndose, pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe ésta ser compelida á cumplirlos, porque de otra suerte quedaría yo privado de mi derecho; mas para los imperfectos no fué necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendigo que sufre repulsa de uno á otro.

De esta division de la justicia que hemos esplicado, se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son: *vivir honestamente, no dañar á otro, y dar á cada uno lo que es suyo.* Es verdad que se podían referir otros muchos; pero todos se reducen á estos tres, segun la division hecha, porque la justicia es, ó atributriz ó expletriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honéstidad y decoro; por lo cual es precepto del derecho *vivir honestamente.* La expletriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda, pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que éstas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, cumple el precepto de *á ninguno dañar;* el que hace lo que las leyes mandan, satisface al precepto de *dar á cada uno lo que es suyo.* Estos tres preceptos son sin duda alguna las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las doctrinas de la jurisprudencia. Así, por egemplo: el que se abstiene de hurtar, de robar, de matar y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos &c., es justo, porque dá á cada uno lo que es suyo: el que se porta en la república como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras buenas, y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas estos tres principios de lo que aparece á primera vista.

Síguese otra division de la justicia, la cual segun la mente de los autores es, ó universal ó particular; y ésta

ó conmutativa ó distributiva; pero una y otra es poco exacta. Darémos sus definiciones segun la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal, segun el filósofo, es *el ejercicio de todas las virtudes para con los demas*. En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes exteriores, ni toma para sí mas utilidad, ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene: v. g., si uno en la distribucion de los oficios, honores y premios, no tiene la mira en algun interes suyo, sino que dá á cada uno lo que se le debe, éste guarda la justicia particular. Esta es ó conmutativa, ó distributiva: la conmutativa, es la que mira á la cosa recibida, y no á las cualidades de la persona; de manera que guarda una perfecta igualdad, como la que se observa en los contratos: v. g., un panadero no vende el pan á ménos precio á un senador que á un zapatero; si de otra suerte lo hiciese sería injusto. La distributiva por el contrario, es la que mira á las cualidades de la persona, y así no puede guardar una perfecta igualdad, si no solo la que llaman geométrica: v. g., el Príncipe distribuye los oficios: á uno hace consejero, á otro secretario, á otro cónsul, á otro presidente, á otro verdugo. Más ¿se podrá llamar injusto porque á éste no hizo consejero, porque no guardó igualdad siendo todos ciudadanos? Antes bien sería injusto si á todos sin discernimiento encomendase unos mismos empleos, porque en distribuir los honores, los premios y los castigos, no se debe atender solo á la substancia de la cosa, sino principalmente á las cualidades de la persona.

Así se esplican los autores, segun la mente de Aristóteles. Pero semejante division, no es digna de aprobarse, así por no ser necesaria bastando la que se dió arriba, como porque si se quiere tener por rigurosa division es poco exacta. La razon es, porque en las divisiones un miembro no debe comprender á otro; y así, v. g., sería un absurdo dividir al hombre en todo el hombre, y en un dedo. Lo será, pues, tambien dividir á la justicia en univer-

sar que comprenda todas las virtudes, y en particular que solo abrace una opuesta á la avaricia. [\*]

[\*] Es verdad que la palabra justicia se puede tomar, y aun se toma frecuentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en este sentido llama el Evangelio á S. José justo: *Ioseph autem vir ejus cum esset iustus Mat. 1*. No obstante, hablando en rigor lógico, es mala la division de la justicia en universal y particular por la razon alegada. Dirémos, pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones: una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial que tiene el objeto que hemos explicado.

## II.ª PARTE.

## DEL DERECHO Ó DE LA JURISPRUDENCIA.

Por esta palabra *derecho* no se entiende aquí otra cosa, que el conjunto de las leyes; y segun la calidad de que sean éstas, lo es tambien el derecho que constituyen. Así, v. g., derecho natural es el que se compone de las leyes naturales: derecho divino es el conjunto de las leyes divinas; y civil la coleccion formada de las leyes civiles. Ahora, pues, la ciencia de este derecho civil, es la que se llama jurisprudencia, y es una ciencia práctica de interpretar bien las leyes, y de aplicarlas á los casos ocurrentes (1) [\*]. En esta definición el género es *ciencia práctica*; porque no aprende-

(1) L. 13. tit. 1. Part. 1. 8. en el princ. tit. 31. Part. 2. Proem. y l. 36. tit. 34. Part. 7.

[\*] En el §. 1. de este tit. se define la jurisprudencia *divinarum atque humanarum rerum notitia, justí, atque injusti scientia*. Una noticia de las cosas divinas y humanas, no es otra cosa que lo que los antiguos entendían por filosofía; y esto es lo que Ulpiano toma para género de esta definición. Mas como la filosofía tiene por objeto lo verdadero, y lo falso en la lógica, lo bueno y lo malo en la moral, y las causas de todos los efectos naturales en la física; no cuidando de ninguna materia de éstas la jurisprudencia, de ahí es que le añade por diferencia específica, una ciencia de lo justo y de lo injusto: es decir, que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así se explicaba Ulpiano; pero muy mal. Lo primero, porque es falso que la jurisprudencia sea filosofía ó parte de ella; pues esta ciencia deduce sus doctrinas de sola la recta razon, como único principio de conocer, y la jurisprudencia principalmente de las leyes escritas, aunque no se conozcan por sola la razon. Lo segundo, porque esta definición tuvo su origen de la emulacion que había entre los filósofos y los jurisconsultos. Estos despreciaban á aquellos por su afectacion, y por sus estraños modos de opinar nada útiles á la república; y creían que eran mejores filósofos, porque procuraban mejorar las costumbres de los hombres, por medio de las penas y de los premios. Esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos, es la verdadera razon de que Ulpiano definiese en estos términos la jurisprudencia, con la mira de

mos el derecho para hacer de él una nuda especulacion; sino para ponerlo en práctica: un fisico, v. g., especula qué cosa sea el viento, ó cuál la naturaleza de la luz, y con esto se contenta aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende qué cosa sea contrato, qué restitution *in integrum*, ni como se forma un libello para solo complacerse en esta ciencia, sino para saber celebrar un contrato, ó decidir si está bien celebrado ó nó; para pedir en juicio la restitution *in integrum* por sí, ó por otros cuando sea necesario; y para que cuando alguno intente privarlo de su derecho, pueda presentar al juez un libello bien formado. Todo aquí es práctico, ó se ordena á la práctica; y por esta razon definimos á la jurisprudencia, diciendo que es una *ciencia práctica*.

La diferencia, por la que la jurisprudencia se distingue de las demás ciencias prácticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes; y por eso se añade en la definicion de *interpretar bien las leyes, y de aplicarlas á los casos ocurrentes*. Lo primero, pues, que hace un jurisconsulto, es saber las leyes; despues pasa á darlas una recta interpretacion, y finalmente las aplica á los casos que cada dia se ofrecen en la vida civil.

atribuirle á ella todo lo que los filósofos atribuían á la filosofía, aunque no haya razon alguna para llamarla ciencia de las cosas divinas y humanas.

El Barbadiño criticando estas definiciones antiguas, dice así en la carta 13. "No quiero salir de la mas célebre que es la de la jurisprudencia, la cual dió Ulpiano, y repite Justiniano en las instituciones, *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justí, atque injusti scientia*. Esta definicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos, que por bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano parase en decir, que era ciencia de lo justo é injusto, se podía perdonar; pero decir que comprehende las cosas divinas y humanas, es querer que la llamemos enciclopedia, ó para decirlo mas claro, es querer que demos una carcajada." Y no dijo esto Barbadiño porque no haya entendido tan descabellada definicion; pues la entiendo de la misma suerte que Acursio, quien preguntado si sería preciso que el jurisconsulto estudiase teología? Respondió que nó: dando por razon la siguiente. *Num omnia in corpore juris inveniuntur.*

Estas tres calidades de tal suerte están unidas entre sí, que si alguno quisiese separar una sola de ellas, aunque inviese las demás, no merecería el nombre de juriconsulto. Porque si suponemos que sabe las leyes, pero no las interpreta bien, no será juriconsulto, sino *leguleyo*. El que las sabe y las interpreta, pero no es capaz de aplicarlas, será jurisperito, mas no juriconsulto. El que las aplica, esto es, se entrega á la práctica temerariamente, y á producir allí los estudios crudos, careciendo todavía de la competente ciencia, discrecion y tino, se llama *rábula*. Finalmente; el que sabe las leyes, las interpreta bien, y las aplica erudita y juiciosamente en los casos que se le ofrecen, éste solo merece con verdad el nombre de juriconsulto, ó de sábio en el derecho. (1)

Siendo de tantas obligaciones el empleo de los juriconsultos á que llamamos en España é Indias *abogados*, han procurado nuestras leyes que los que lo hayan de egerecer, estén adornados de toda la ciencia y práctica que es necesaria. Deben, pues, no solo estar instruídos en todas las leyes del reino, (2) sino que tambien, despues del grado de bachiller, el que puede ser en derecho canónico ó civil [\*] en Univesidad aprobada, han de haber practicado cuatro años en estudio de abogado aprobado, y ser examinados por la Audiencia del reino, segun y en la forma que se estila en todos los tribunales de España. (3)

Mas habiéndose advertido posteriormente que estaba demasiado fácil el ingreso á una profesion en que se desea la madurez, esperiencia y estudio continuado, y que el poco tiempo que se necesita para aspirar á ella, rebaja mu-

(1) Ley 13. tit. 6. P. 3.

(2) L. 4. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast.

[\*] Esto es en América, pues en España no basta el grado en cánones. Real resolucion de 18 de diciembre de 1804.

La ley 14. tit. 8. lib. 8. de la Nov. Rec. previene en general, que no se admitan á exámen para la recepcion de abogados, sino á los que hayan obtenido el grado en derecho civil, no bastando serlo en derecho canónico.

(3) Auto acord. §3. tit. 2. lib. 3.

cho la estimacion á que son acreedores los que despues de un estudio largo y profundo en los derechos, y una práctica sólida y estensa han llegado al término de sus afanes, se mandó: (1) que nadie pueda ser recibido de abogado sin que haga constar que despues del grado de bachiller ha estudiado cuatro años las leyes del reino, presentándose en las Universidades en que hay cátedras de esta enseñanza, ó á lo ménos dos, pudiendo emplear los otros dos en el derecho canónico, y sin que despues de estos estudios no acredite haber tenido por dos años la pasantía en el estudio de algun abogado de Chancillería ó Audiencia, asistiendo frecuentemente á las vistas de los pleitos en los tribunales, lo que certificarán los regentes de ellos, á quienes avisarán los abogados, de los pasantes que reciban para que les conste y puedan zelar y certificar su asistencia, á fin de evitar los fraudes que en esto se comenten continuamente.

Esta real resolucion no se halla comunicada á América, por lo cual hasta el dia se reciben de abogados en este reino con solo cuatro años de pasantía despues del grado de bachiller. Y aun tiene facultad el tribunal de la Audiencia de poder dispensar algun tiempo á los examinados, con tal que no llegue á un año, y que para semejante indulgencia haya justos motivos, y originarse de lo contrario crecidos daños y perjuicios, tales que se presuma que si llegasen á noticia del Rey franquearía el mismo indulto. Mas habiéndose erigido en esta ciudad de Goatemala el ilustre colegio de abogados, por real provision de la Audiencia de 2 de junio de 1810, aprobada por real cédula de 17 de diciembre de 1815, ninguno puede recibirse de abogado sin haber asistido por el tiempo de tres años á las lecciones y ejercicios de la Academia de derecho teórico-práctico, á mas de la pasantía en casa de un letrado conocido. (2)

Uno de los principales ejercicios de esta Academia, que tiene por preciso objeto el que los pasantes adquieran

(1) Real órd. circular de 14 de setiembre de 1802.

Es hoy la ley 2. tit. 22. lib. 5. de la Nov. Rec.

(2) P. 3. estat. 2.



toda aquella instrucción é ilustración necesaria para optar el empleo de abogado, es la substanciación de los juicios. En estos se instruyen los académicos formando procesos para los que sirven de materia las papeletas que forma el revisor. Otro de sus ejercicios es la exposición de las leyes reales y municipales; y el tercero dar una idea elemental de los tribunales del reino. La junta se forma el jueves de cada semana en la casa del presidente, y en el último del mes diserta uno de los académicos sobre la materia que él propio elige.

Siendo las principales obligaciones de un buen abogado por lo tocante á la ciencia, el interpretar y aplicar bien las leyes, diremos algo acerca de estos dos puntos. Interpretar el derecho, es no solo saber las leyes literalmente, si no entender el verdadero sentido de sus palabras. (2) La interpretación de una ley, ó pertenece al legislador y entonces se llama *auténtica*, ó al juez, y entonces se dice *usual*, ó á los jurisconsultos, la que llaman *doctrinal*. *Auténtica* es cuando la ley está tan oscura que es necesario consultar al mismo legislador para que explique el sentido que quiere darle. (3) La *usual* se verifica cuando el juez interpreta las leyes por los asuntos decididos ántes. Así sucede muchas veces que suscitándose duda en algun tribunal acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretación: se llama, pues, *usual* porque se funda en el uso y práctica anterior. Finalmente; la *doctrinal* es cuando los doctores ó abogados explican alguna ley conforme á las reglas de una justa interpretación. A esto se reducen todos los comentarios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entonces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretación, y valen tanto ó tienen tanta fuerza, cuanto tengan las razones en que se funden.

(1) P. 3. estat. 2.

(2) L. 13. tit. 1. P. 1.

(3) L. 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast.

La interpretación doctrinal puede ser de tres maneras; ó estensiva, ó restrictiva, ó declarativa. *Estensiva*, es cuando la razón de la ley se estiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretación se lleva á un caso que no está espreso en ella: v. g., prohíbe el Príncipe que se estraiga trigo de la provincia bajo la pena de confiscación: un mercader no estraee trigo sino harina; se pregunta: ¿habrá obrado contra la ley y merecerá la pena ó nó? Y se debe afirmar que sí: porque aunque la ley no habla de la harina, la razón de la prohibición es evitar la escasez, la cual igualmente amenaza sacando la harina, como el trigo. La *restrictiva* por el contrario es cuando las palabras se estienden mas que la razón de la ley, de suerte que por la interpretación se exceptúa un caso que las palabras de la ley parecen comprehender: v. g., dicen que en Bolonia habia una ley que condenaba á muerte á cualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pública. Supongamos que un barbero se vió en la necesidad de sangrar en el mismo lugar á un hombre acometido de apoplejía; preguntase: ¿si habrá faltado á la ley? y se niega, aun siendo tan generales las palabras en que está concebida. Porque la razón de la ley es la seguridad pública, y ésta no se turba con la sangría que se dió por necesidad. Finalmente la *declarativa* tiene lugar cuando la razón de la ley se estiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que explicarlas.

Esto es por lo que hace á la interpretación de las leyes: síguese su aplicación. Se dice, pues, que es perito para aplicar ó acomodar á la práctica el derecho, el que lo es para responder á las cuestiones de los que consultan, lo que en algunos lugares es oficio de los jurisconsultos, para pedir en juicio ó defender causas, lo que pertenece á los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros; para contraer y asegurar los instrumentos, el cual es oficio de los abogados y escribanos, quienes cuando se ha de celebrar un contrato, hacer un testamento ú otro negocio civil, deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben observar, para

no ser engañados, y para que el acto no sea nulo. Finalmente para juzgar, el cual es oficio de los jueces que oídas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos, es un verdadero juriconsulto, y como decía Ciceron, el oráculo de toda la ciudad.

La primera division del derecho es en público y privado, la cual no se toma del fin sino del objeto, siendo toda jurisprudencia pública por razon del fin, por estar destinada á la utilidad pública. Mas, por razon del objeto, como hemos dicho, se divide muy bien en público y privado; porque es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos, v. g., de los derechos de los príncipes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas, del que dispone de los negocios privados; v. g., de los contratos, de los testamentos y de los legados. Para que se entienda esto fácilmente, daremos las definiciones de ámbos derechos. Derecho público, es *el que dispone y arregla el estado, y derechos de las repúblicas*. Es decir, que enseña cuáles sean los derechos de los príncipes, cuáles los de los súbditos, qué relaciones haya entre unos y otros &c. De suerte que este derecho varía segun las leyes fundamentales de cada república. Derecho privado por el contrario, es *aquel que pertenece á la utilidad inmediata de cada uno de los privados*, es decir, á lo tuyo y mio, ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto; si yo v. g., intento la acción de hurto para que se me pague el duplo ó cuádruplo, será derecho privado, porque aquí pertenece al patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue á un ladrón para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, porque aquí no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la república, á la que interesa mucho quitar del medio á los ladrones.

Se divide tambien el derecho en natural, de gentes y civil; pero de esta division trataremos en el siguiente título.

## TITULO II.

### DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título segun dijimos yá, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aquí, pues, nace la segunda division. Todo derecho es, ó divino, ó humano. Divino, es el que comprehende todas las leyes establecidas por Dios: humano, el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres: porque, si segun hemos dicho, tal es el derecho, cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino, y de las humanas el derecho humano.

El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga; porque no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios, pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon, para que si el hombre quiere raciocinar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo, ó por medio de la revelacion, que es la Escritura Sagrada, para que leyéndola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon, se llama *natural*; y *positivo*, el que por sola la revelacion ó Escritura nos es manifesto: v. g., la razon sola nos enseña que el homicidio es ilícito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiéndonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan importante, han advertido los autores que su definicion solo se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas como el autor de este derecho es Dios, y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien,

dicendo: que es un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios á todo el género humano, por medio de la recta razon. Casi en los mismos términos se espresa el Apóstol, cuando dice: que la ley natural está escrita en los corazones aun de los mismos gentiles. (1) Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiéndose de la recta razon, al punto es conocido de cualquiera, siémpre que quiera usar de ella. Por la definición dada inferimos ser falsa la opinion de Groció, y otros que dicen habría derecho natural, aun cuando supongamos el imposible de que no hubiera Dios; porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna, no habría derecho. Mas, no habría ley alguna, no habiendo legislador; y faltaría el legislador no habiendo Dios: luego en este supuesto faltaría el derecho natural. Es verdad que un ateo, aun negando que exista Dios, podría vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entonces no lo haría por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad, porque es fácil conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien, que el derecho natural es inmutable, porque así la voluntad de Dios de donde dimana, como la razon por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase, pues, el derecho natural, ó Dios no sería ya Dios; ó se volvería contrario á la razón lo que antes era conforme á ella, y esto es absurdo. Concluyamos, pues, que el derecho natural es inmutable.

Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa que el mismo derecho natural aplicado á la vida social del hombre, y á los negocios de las sociedades, y de las naciones enteras. No son, pues, dos derechos diversos el natural y el de gentes, como han pensado algunos, sino uno mismo, el cual segun la diversidad de la materia, se llama Derecho natural, ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados, se dice derecho natural; y si á los negocios y causas de las sociedades, ó de las na-

(1) Roman. cap. 2: v. 15.

ciones, se dice derecho de gentes: v. g., es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos, pues, que Ticio prometió á Mevio cien pesos, y que reusa entregárselos, dirémos que viola el derecho natural; pero si fingimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nacion no ha cumplido las leyes del pacto á que se obligó, dirémos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que sola la recta razon es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes secundario; pero todos ellos ó se pueden reducir al derecho natural, y entonces son verdaderamente derecho de gentes, ó nó; y en tal caso serán de derecho civil. Quede, pues, establecido que no hay derecho de gentes diverso del natural.

Volvamos á la division hecha arriba. El derecho dijimos era ó divino, ó humano; y el divino, ó natural ó positivo. Del natural hemos hablado hasta aquí: síguese ahora el positivo. El derecho divino positivo, es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por sola la recta razon. Aunque uno y otro dimana de Dios, se diferencian en mucho. Lo primero, en que el natural es promulgado por la recta razon, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario; y de tal suerte unido con la recta razon, que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino, depende de la libre voluntad de Dios; de suerte que de muchos puntos de él ignoraríamos la justicia, si la Sagrada Escritura no nos la declarára. V. g.; todos los preceptos que Dios había impuesto á los israelitas sobre la circuncision, sobre los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino; pero no de absoluta necesidad, ni la razon hubiera podido dictar á los judíos que era malo comer carne de puerco, v. g., si la Sagrada Escritura no lo dijese.

Pasemos al derecho humano, que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canónico y civil. Canónico, es el que se ha establecido por los Sumos Pontífices, y por los Concilios para el gobierno de la Iglesia. Civil, es el que han constituido por sí, ó por sus

gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes, en que éste no es propio de solo una nacion ó república, sino que es comun á todo el género humano. Cada nacion manda ó prohíbe muchas cosas que en sí no son torpes ni honestas; pero comienzan á ser justas desde que son establecidas, por exigirlo así la utilidad de la república: v. g., cazar las fieras en el monte, no es injusto y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion, permitiéndolo otras.

El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es, no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado; y no escrito el que no lo ha sido. Segun este modo de espresarse, todo derecho establecido por voluntad espresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura, ó por voz de pregonero ó de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido á letras, ó nó. El derecho de los lacedemonios, por egemplo, era derecho escrito, aunque nunca se escribieron las leyes de Licurgo. Por el contrario: aquel derecho que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades, y sin preceder promulgacion se usa en la república, se llama derecho no escrito, aunque despues se reduzca á escritura.

Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito que es la ley. Esta es *un precepto general de la potestad suprema intimada á los súbditos, para que arreglen sus acciones á él.* (1) No hay, pues, en España como entre los romanos diversidad en cuanto al origen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del Príncipe, sino solo en cuanto al fin y modo de espresarlas, de donde ha provenido que se les dén distintos nombres. Unas veces se llama la ley que se nos promulga pragmática sancion, otras real cédula, real resolucion, real decreto, carta circular, otras finalmente real orden, y aun tambien auto acordado. A todos estos nombres con que dimanen las disposiciones.

(1) Ley 4. tit. 1. Part. 1.

del Príncipe se les dá su peculiar descripción, pero no exácta en todos casos por confundirse unas con otras. Pragmática sancion, es una real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en ella se reforma algun exceso, abuso ó dano introducido, ó experimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del derecho: v. g., la de 12 de marzo de 1771, en la que para evitar la desercion que hacen los presidiarios á los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena no exceda de 10 años. (1) Real cédula, es un despacho del Rey, espedido por alguno de los Consejos, en el cual se toma alguna providencia de motu proprio, ó se provee algo á petición de parte. Su cabeza es: *EL REY*, sin espresion de mas dictados: se firma con la estampilla de S. M.: el secretario del Consejo á quien pertenece pone la refrendata; se rubrica por algunos ministros, y por lo regular se entrega á la parte. Tal es la de 7 de mayo de 1740, en la que se dispone que la Audiencia en despachos ó exórtos para obispos no use de la palabra extraño, por ser poco decorosa á su alta dignidad. No se pone egemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas. Real resolucion, es la determinacion que el Rey toma en algun caso que se le propone, como lo es la de 10 de abril de 1756, por la que se declaran las salas en que se deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Pero este nombre de real resolucion es genérico, y puede convenir á toda determinacion que el Rey tome. Real decreto, es una orden del Rey que se estiende en las secretarías del despacho, y la rubrica S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los gefes de las casas reales, ó á algunos ministros. V. g., el de 7 de octubre de 1796, declarando la guerra al reino de Inglaterra, que se dirigió al gobernador del Consejo. Cédula, carta ú orden circular, es cualesquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia, ó en muchas. Real orden, es toda disposicion

(1) L. 13. tit. 24. lib. 8. de la Rec-

que comunica alguno de los ministros del Rey por su mandado.

Autos acordados son las leyes que con acuerdo del Rey establece el supremo Consejo tanto de Castilla, como de Indias; de suerte que la fuerza que tienen los autos acordados, la toman de la aprobacion del Rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las cuales segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en cuanto al origen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado.

Los estatutos y ordenanzas, ó constituciones que establece un concejo, junta ó colegio para su mejor gobierno; no tienen valor ni obligan, hasta obtener la aprobacion real. (1) Los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias, y otras justicias, tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están á su cargo. Usan de esta facultad, ya para poner en egecucion alguna providencia del Rey, ya para hacer observar las leyes que no están en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. (2) Y está mandado que cualquiera ley, ó providencia general, no se deba creer ni usar, no estando intimada, ó publicada por pragmática, cédula, provision, decreto, resolucion, real orden, auto acordado; edicto, pregon, ó bando de las justicias ó magistrados públicos. El que sin preceder estos requisitos se arrogase la facultad de poner en egecucion, ó anunciar de autoridad propia algunas leyes, ó fingirlas de palabra ó por escrito, ó en otra cualquiera forma, debe ser castigado como reo de estado. (3)

Por lo que mira á la autoridad de las leyes, y el uso que debe hacerse de los cuerpos del derecho para la decision de los casos ocurrentes, siendo constante que la ley posterior deroga á la anterior, parece lo mas fundado que

(1) L. 8. y 13. tít. 1. lib. 7. Rec. de Cast.

(2) Arg. de la l. 3. tít. 1. lib. 2. Rec. de Cast. y 116. tít. 15. lib. 2. Rec. de Ind.

(3) Auto acordado de 1. de abril de 1767.

así los jueces, como los abogados, se arreglen en América al orden siguiente.

En primer lugar: se debe atender á las reales disposiciones novísimas, aun no insertas en la Recopilacion. (1)

En segundo lugar: á las leyes de la Recopilacion de Indias, guardándose la mas moderna, segun sus fechas que tienen á la márgen, si se encontraren opuestas entre sí. (2)

Si en estas no se encuentra determinacion sobre el caso, se debe ocurrir en tercer lugar, á las leyes de la nueva Recopilacion de Castilla, en que se incluyen los autos acordados del supremo Consejo, guardándose lo mas moderno segun sus fechas como se dijo arriba. (3)

En cuarto lugar: se debe atender á las leyes del Fuero Real y Juzgo, sin necesitarse pruebas de su uso como algunos quieren suponer, refiriéndose á la ley 3. tít. 1. lib. 2. de la Recopilacion de Castilla, en lo que ciertamente se equivocan; pues como advierte muy bien Colom: (4) "El uso de los fueros que en ella se previene es y debe entenderse únicamente de los municipales que cada pueblo tuviere para su buen gobierno, segun la referencia que en dicha ley se hace de los lugares en que fueren usados y guardados." Esta inteligencia, es la mas conforme á la ley 1. tít. 28. del Ordenamiento formado en las Córtes de Alcalá, cuya letra está copiada al principio de dicha ley 3. en el v. *E mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron.* Y es conforme tambien al auto acordado 1. tít. 1. del lib. 2. de la Recopilacion en el v. *Y los otros fueros en lo que estuvieren en uso.*

En quinto lugar: á los estatutos y fueros municipales de cada ciudad, si no es en aquellas cosas que se deben enmendar por ser contra Dios, ó contra razon, ó contra le-

(1) L. 2. tít. 1. lib. 2. Rec. de Ind. al med. en el v. *ó por cédulas.*

(2) Dha. l. 2.

(3) La misma l. 2. tít. 1. lib. 2. Rec. de Ind.

(4) Colom lib. 1. cap. 2. núm. 19. Véase el Sr. Conde de la Cañada, juicios civiles part. 1. cap. 1.

yes escritas. (1) Mas, segun hemos advertido ya, para que los tales estatutos y ordenanzas tengan firmeza y deban seguirse, han de estar confirmados por el Consejo Real. (2)

En sexto lugar: se debe ocurrir á las leyes de las siete Partidas por aquellas que no están derogadas por otras posteriores. (3)

No encontrándose en alguno de los cuerpos sobredichos, ley espresa para la decision del caso que ocurre, se debe procurar decidir por otra ley semejante, ó que se pueda acomodar por paridad de razon, consultando al espíritu y dando á la ley la mejor y mas óbvia inteligencia. (4) Así está prevenido se practique en las causas tanto civiles como criminales. De las primeras, dice así el Rey don Alonso, (5) "Non se deben facer las leyes si non sobre las cosas que, suelen acaecer á menudo. E por ende non ovieron los antiguos cuidado de las facer sobre las cosas que vinieron pocas veces, porque tuvieron que se podría judgar por otro caso de ley semejante que se fallase escrito." Por lo que hace á lo criminal se ha intimado por el Rey á todos los jueces y tribunales con el mas sério encargo, que á los reos por cuyos delitos segun la espresion litera, ó *equivalencia de razon* de las leyes penales del reino corresponda la pena capital, se les imponga ésta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, ni de una remision arbitraria. (6)

Ultimamente: si evacuadas todas las precisas diligencias no se puede resolver el caso, se debe ocurrir al sumo Imperante para que forme una ley nueva que lo decida. (7)

Esto es cuanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho, que es aquel que por el uso se

(1) Dha. l. 3. tít. 1. lib. 2. Rec. de Cast.

(2) Auto acord. 16. tít. 4. lib. 2. Rec. l. 14. tít. 6. lib. 3. y 8. tít. 1. lib. 7. Rec. de Cast.

(3) La misma l. 3.

(4) L. 13. tít. 1. y 31. tít. 36. Part. 7.

(5) Dicha ley 34.

(6) L. 13. cap. 6. tít. 24. lib. 8. Rec. de Cast.

(7) L. 7. tít. 1. lib. 2. Rec. de Cast. y ley 1. tít. 1. lib. 2. de Ind.

introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tácito de la suprema potestad. (1) Para inteligencia de esta difinicion se debe observar que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del sumo Imperante, ya sea éste el Príncipe, ó el Senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo Imperante manda algo espresamente estableciéndolo por ley, se llama *derecho escrito*. Si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito*.

De lo dicho venimos en conocimiento de cuatro doctrinas acerca de la costumbre. 1.<sup>a</sup> Que la costumbre se debe probar y no la ley, porque ésta mediante la promulgacion vino á noticia de todos, y aquella tácitamente se introdujo; y como esta introduccion es de hecho, se debe probar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por lo ménos, y la continuacion de actos uniformes. (2) 2.<sup>a</sup> Que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley; porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga, espresa ó tácitamente. (3) 3.<sup>a</sup> Que la costumbre abroga la ley anterior, por ser lo mismo que otra ley; y es constante que la ley posterior abroga á la anterior. (4) 4.<sup>a</sup> Que la costumbre opuesta á la recta razon, ó á las leyes divinas, es de ningun momento; porque en esto no puede consentir tácita ni espresamente la suprema potestad. (5)

Por lo que hace á las costumbres que observaban los indios ántes de la conquista, se mandó por el Emperador Carlos V, que los gobernadores y justicias, se informasen de los usos y costumbres que tuviesen; y siendo razonables y en nada opuestas á nuestra sagrada religion, se les conservasen. (6)

(1) Leyes 1. y 4. tít. 2. Part. 1.

(2) Leyes 5. y 6. tít. 2. Part. 1.

(3) Las mismas leyes y la 238. de Estilo.

(4) Dichas leyes.

(5) Véase el tít. 2. de la Part. 1.

(6) Ley 4. tít. 1. lib. 2. y 22. tít. 2. lib. 5. Rec. de Ind.

Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas, y las acciones. Primeramente se debe saber cómo se diferencian las personas por razón de sus derechos: v. g., los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos. Después cuáles son los derechos de las cosas; y últimamente con qué acciones puede cada uno perseguir su derecho.

### TITULO III.

#### DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

Estas palabras *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimas; pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra *hombre*, es de mayor estension que la palabra *persona*; porque toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano; y persona es el hombre considerado con algun estado. En este supuesto: el que no tiene estado alguno, no es persona. En esta materia parece que los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos. Porque así como para éstos no todo hombre que sirve, ó contribuye á la comedia es persona, sino solamente aquel que representa á otro hombre, v. g., á un rey, á un viejo, á un lacayo &c.; así para los jurisconsultos aquel solamente es persona que hace en la república el papel ó de padre de familias, ó de ciudadano, ó de hombre libre; es decir, el que tiene algun estado.

Por estado entendemos una calidad ó circunstancia, por razón de la cual los hombres usan de distinto derecho; (1) porque de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano, y de otro el peregrino; de ahí nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. También se llama el estado en derecho con el nombre de *cabeza*; y por esta razón se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido, ó quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad, ó de familia.

(1) Princ. y ley 1. tit. 23. Part. 4.

El estado es de dos maneras: natural ó civil. Estado natural, es aquel que dimana de la misma naturaleza: v. g., que unos sean nacidos, otros por nacer, unos varones y otros hembras; unos mayores de veinte y cinco años, y otros menores. Civil, es el que trae su origen del derecho civil, v. g., la diferencia entre hombres libres y siervos: entre ciudadanos y peregrinos: entre padres é hijos de familia. Es, pues, de tres maneras el estado civil. De libertad, segun el cual, unos son libres y otros siervos: de ciudad, segun el cual, unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente de familia, segun el cual, unos son padres y otros hijos de familia. (1) Con lo dicho se entien- de fácilmente este axioma: cualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Este es hombre, pero no persona. Es hombre porque tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y así atendido el estado natural, le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civil porque no es *libre*, ni *ciudadano*, ni *padre de familia*. De ahí es, que por derecho no tiene cabeza, y puede ser vendido, legado y donado como cualquiera de las otras cosas que están en nuestro patrimonio.

Esplicada ya la division de los estados, pasaremos á tratar de cada uno de ellos separadamente.

#### §. I.

#### DEL ESTADO DE LIBERTAD.

Las personas tomadas no civil sino naturalmente, ó son hombres libres ó siervos. (2) Libres son todos aquellos que no están en servidumbre justa, porque si alguno sirve injustamente, v. g., robado por un plagiaro, éste en realidad está en servidumbre; pero no es siervo, sino hombre libre. Siervos son los que sirven á otro con justa causa,

(1) Dha. L. 1. tit. 23. Part. 4.

(2) Ley 1. tit. 23. Part. 4.

como las que referirémos despues. Los hombres libres ó son ingénuos ó libertinos: ingénuos son los que nunca han estado en servidumbre, por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. Libertinos son los que han sido manumitidos de una servidumbre justa. Unos y otros son libres; pero los ingénuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada, que sirve de desdóro á los libertinos.

Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre á que están sujetos, veamos qué es libertad y qué servidumbre. Libertad en derecho, es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera, si no es que se lo impida alguna violencia ó se lo prohíba el derecho*. Explicarémos esta definicion por partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres, y así la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos, fué introducida por las leyes civiles: se dice que es una *facultad para hacer el hombre lo que quiera*, porque la libertad consiste en que no estemos obligados á hacer ó omitir nuestras acciones á arbitrio de otro, sino que conforme al nuestro podamos obrar ó no obrar, ó verificarlo de éste, ó del otro modo. Finalmente se añade: *si no es que intervenga violencia, ó prohibicion del derecho*, porque el que padece violencia, queda privado de libertad para aquel caso; y todos los que viven en sociedad civil, renuncian una parte de su libertad, obligándose á omitir todo lo que prohiben las leyes. La servidumbre por el contrario: es un *establecimiento del derecho de gentes, por el cual el hombre se sujeta al dominio de otro contra la libertad natural*. Se coloca la servidumbre entre las disposiciones del derecho de gentes, porque, como hemos dicho ya, por derecho natural todos los hombres son libres; pero la necesidad obligó en las sociedades, que son gobernadas por el derecho de gentes, á reducir á muchos á servidumbre por que usaban de su libertad en perjuicio de la misma sociedad. Decimos en la definicion que el hombre en fuerza de ella se sujeta al dominio de otro, en atencion á que la esencia de la ser-

vidumbre consiste en que el hombre esté en dominio como cosa; y que por consiguiente pueda ser vendido, legado, donado &c. Todo esto se verifica contra aquella natural libertad en que el hombre fué criado; más no contra el derecho natural, que se llama preceptivo, por no haber precepto alguno que mande que todos los hombres se conserven libres. A más de esto se infiere claramente, que la servidumbre no repugna á la razon y derecho natural, supuesto se halla aprobada en la Sagrada Escritura (1) que no puede autorizar sino lo que no se opone, ó es conforme á los principios de equidad que Dios ha gravado en nuestros corazones. Se puede tambien decir que la servidumbre es contra la naturaleza, en razon de que las personas se vuelven cosas; pues segun hemos dicho, el siervo, de la clase de las personas, desciende á la de las demas cosas que están en nuestro patrimonio.

Hemos visto ya que es libertad y servidumbre. Mas si se pregunta cómo se hace siervo alguno, responderémos, que los siervos segun nuestro derecho, ó nacen, ó se traen venales de la Africa y de otras naciones bárbaras. Entre las cultas que tienen sentimientos de humanidad, está abolido del todo el derecho de servidumbre, como verémos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas: y así, si una sierva ó esclava, pare un hijo ó hija de cualquiera que sea, queda reducido á la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue, pues, que sus fetos ó producciones deben ser de la misma condicion; porque así como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve, debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nuestras esclavas se llaman *Vernas*. De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abraham, como se colige del cap. 14 del Génesis, en donde se dice que para una expedicion que tuvo que hacer, armó trescientos diez y ocho de sus vernas, y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nazca de un

(1) 1. á los Cor. cap. 7. v. 21. y sig. A los Efes. cap. 6. v. 5.



siervo de Ticio, y de una esclava de Cayo, se podría dudar de quien de los dos sería la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide, que el parto sigue al vientre. (1) Y así como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio, y de la vaca de Cayo sería de éste, así también el verna que procreasen el siervo de Ticio, y la esclava de Cayo, debe pertenecer al dueño de la esclava, por ser una accesion de su cosa.

De este modo nacen los siervos. Se hacían antiguamente, aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes, ó por derecho civil. Por derecho de gentes, por la cautividad: siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla, ó fuera de él en tiempo de guerra, lo fuesen. (1) Para este establecimiento ratiocinaban así los antiguos: podemos matar á los enemigos: luego podemos reducirlos á servidumbre, y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos á quienes justamente podíamos quitarla. [\*] De aquí, pues, trajo su origen el nombre de siervos, que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, porque se reservaban de la muerte para la esclavitud. (1) Pero esta costumbre cruel, ya se ha olvidado entre las naciones; y solo subsiste en aquellas cuya bárbara índole no las deja conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por

(1) Ley 2. tit. 21. Part. 4.

(2) Ley 1. tit. 29. Part. 2.

[\*] Que este razonamiento tiene apoyo en el derecho de gentes, se vé claramente demostrado, en Heinnecio lib. 2. de Iur. Gent. cap. 4. §. 80. en donde dice: Siendo lícito todo á un enemigo contra otro, era lícito también matar á los vencidos en la batalla. Mas como á aquel que puede evadir el peligro sin quitar la vida al agresor, representándole solamente un mal menor, no debe darle la muerte, se infiere: que no es injusto que el vencedor conserve á los vencidos para reducirlos á cautividad con el fin de que no vuelvan á dañarle, y para no alimentarlos sin sacar utilidad. Tampoco merecen reprehension los que con esta condicion han elegido conservar la vida ántes que perecer.

(3) Ley 1. tit. 21. Part. 4.

muchos siglos infestaron nuestras costas solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios, concedieron nuestras leyes el uso de las represalias, mandando que fuesen esclavos los que cayesen en nuestro poder. (1)

Mas ahora: habiéndose celebrado diversos tratados de paz y comercio, por el Sr don Carlos III con el Emperador de marruecos, y con el Gran Sultán Mustafá IV, y sus dependientes los Reyes de Barca, Túnez y Argel, ha quedado abolido el derecho de hacer esclavos que tenían los turcos y demás Regencias berberiscas, y por consiguiente el uso de retorsion. (2) En virtud de estos tratados; así las naciones bárbaras, como todas las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos tomados en la guerra como cautivos; sino como prisioneros ó detenidos en depósito hasta su conclusion. (3) Despues de ésta, se suelen dar en cange, ó trueque por otros de igual calidad, ó por algun equivalente en especial, siendo oficiales de graduacion.

En América tampoco se pueden hacer cautivos ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por cualquiera otro título por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitió fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion, (4) se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretexto ó motivo, puedan quedar por esclavos ni venderse por tales los que se aprehendieren en guerra ó fuera de élla. (5)

Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los

(1) L. 1. tit. 29. P. 2. y 1. tit. 21. P. 4.

(2) Reales cédulas de 28 de noviembre de 1784, de 29 de setiembre de 1786, y de 29 de agosto de 1791, en que se hallan insertos los tratados.

(3) Véanse los tratados ajustados con Francia y con los Estados-Unidos de América, en las cédulas de 4 de setiembre y de 18 de noviembre de 1796.

(4) L. 13. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

(5) L. 16. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

hombres libres, siervos en pena de sus delitos. Las leyes de Partida establecen algunos que aunque en el día no están en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del mayor de 20 años, que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley que quede siervo, verificándose cinco condiciones. La 1.<sup>a</sup> Que el mismo consienta de su voluntad ser vendido. 2.<sup>a</sup> Que participe del precio. 3.<sup>a</sup> Que sepa que es siervo. 4.<sup>a</sup> Que el que lo compra crea que es siervo. Y 5.<sup>a</sup>; que el que se hace vender sea mayor de 20 años. (1) El segundo modo tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibió la libertad, por cuyo motivo puede ser reducido á su antigua servidumbre. (2) Esta ingratitud puede ser de dos maneras, una que llaman simple y se verifica no correspondiendo con beneficios á aquel de quien se recibieron, y otra grave, retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos á la servidumbre no por una ingratitud simple, sino por la grave. (3)

Así mismo las mugeres libres que contraen matrimonio con los clérigos de orden sacro, deben ser hechas esclavas de aquella iglesia de que es dependiente el clérigo, con los hijos que hubieren tenido. (4) Finalmente tienen la pena de ser reducidos á servidumbre, los que dan ayuda ó consejo á los moros que son enemigos de la fe católica, vendiéndoles armas, naves ó víveres. (5)

Pero todos estos modos inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ó han quedado abolidos por costumbre contraria. [\*] De suerte que no subsiste modo al-

(1) L. 1. tit. 21. P. 4.

(2) Ll. 9. tit. 22. P. 4. y 13. tit. 1. P. 6.

(3) Dichas leyes.

(4) Ll. 41. tit. 6. P. 1. y 3. tit. 21. P. 4.

(5) Ll. 28. tit. 9. P. 1. 31. tit. 26. P. 2. y 4. tit. 21. P. 4.

[\*] Así lo afirman los adicinadores de Vinnio hablando de estos modos de hacer siervos. *Licet omnes ferè hi constitutæ servitutis modi in Partitarum legibus descripti sint, abhorrent tamen à moribus nostris. In debitores obaeratos, leges 4. et sup. tit. 5. lib. 6. Recop. Cast.*

guno de reducir á los hombres á servidumbre; y así los esclavos que se hallan tanto en España como en América, no son habidos por título de reduccion á esclavitud conforme á nuestro derecho, sino solamente por compra y venta, ó por el parto de las esclavas. (1)

Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon, la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fué disminuyendo, y aun se hubiera esterminado del todo el uso de reducir á los hombres al dominio absoluto de sus semejantes, sino lo hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa, dieron con una multitud de reinos bárbaros, como Guinea, Nigrícia, Etiopía, Congo, y otras vastas provincias habitadas de gentes toscas y salvages, dominadas por reyes dèspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomás, de San Matéo de Lovando, y otras que hacían frente á aquellas costas. Valiéndose de esta oportunidad entablaron comercio en ellas, dando paños, hierro, cascabeles, aretes y otras bugerías, por oro, plata, y principalmente por esclavos que les proporcionaron los mismos naturales, como género muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos países bárbaros, es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los reyes de aquellos dominios, en que acostumbra los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade, que la mayor parte de los delitos, se castiga con la esclavitud como una pena lucrosa para el fisco, no habiendo cárceles ni prisiones, sino para custodiarlos mientras se efectúa la venta. Los ingleses, dinamarqueses y holandeses, han continuado en este comercio como el mas ventajoso entre los que ejercitan. Comprados en las costas del Africa, pa-

*creditoribus tribunt potestatem dominicæ n. n. absimilem; sed nostri sacculi humanitas hisce legibus non utitur. §. 4. n. 2. tit. 3. Inst. de jure personarum.*

(1) Arg. de la ley 6. tit. 5. lib. 7. de la Rec. de Ind.

san á venderlos á los reinos de la Europa; y con mucha frecuencia á nuestra América. (1)

Estos negros esclavos, están constituidos entre nosotros en justa servidumbre, en virtud del contrato de compra y venta, y de la buena fé con que son recibidos. Ni se puede objetar que no sea legitima en el principio su adquisicion, y por consiguiente viciosa la compra y venta; pues no sin fundamento se cree ser la mayor parte de ellos siervos por derecho de gentes, ó por otros modos aprobados por sus respectivos soberanos; por lo que segun el Sr. Solórzano, se puede continuar en su posesion sin escrúpulo. [\*]

Hemos visto ya quanto pertenece al estado de libertad; síguese ahora tratar del de ciudad, que es una subdivision de los hombres libres.

## §. II.

### DEL ESTADO DE CIUDAD.

El estado de ciudad es aquel por el cual los hombres son ó ciudadanos naturales, ó peregrinos y extranjeros. Por naturaleza entendemos una inclinacion que reconocen en-

(1) Así se infiere de las leyes 2. tit. 17. todo el tit. 18. lib. 8. y ley 45. tit. 2. y 133. cap. 24. tit. 15. lib. 9. de la Rec. de Ind.

[\*] El Sr. Solórzano probando la libertad de los indios, y que por ningun título pueden ser hechos esclavos, dice así: "A lo dicho no contradice la práctica que vemos tan asentada, ó introducida de los esclavos negros que traen de Guinea, Caboverde y otras provincias, y rios, y pasan por tales sin escrúpulo en España y en las Indias. Porque en esto vamos de buena fé de que ellos se venden por su voluntad, ó tienen justas guerras entre sí, en que no captivan unos á otros; y estos cautivos los venden despues á los portugueses, que no los traen, que ellos llaman *pombeiros*, ó *taugomas*, nos, como lo dicen Navarro, Molina Rebelo, Mercado y otros autores; concluyendo finalmente, que todavía tienen por harto peligrosa, cenagosa y escrupulosa esta contratacion, por los fraudes que en ella de ordinario se suelen cometer, y cometen; pero que estas no les toca á los particulares averiguarlas." Solórzano Polit. Ind. lib. 2. cap. 1. núm. 26.

tre sí los hombres que nacen ó viven en una misma tierra y bajo un mismo gobierno. (1) Esto proviene de que la naturaleza ha infundido amor y voluntad, y ha enlazado con un estrecho vínculo de cierta inclinacion á aquellos que nacen en una misma tierra ó país, á semejanza de los que proceden de una familia, que se aman con especialidad y procuran su bien con preferencia á los estraños. Así, pues, aquellos que se miran con los respetos de traer su origen de una misma nacion, se llaman *naturales*, y fuera de esto, los demás son *extrangeros*. Esta consideracion tiene tanta fuerza, que hace imitar perfectamente á la naturaleza; pues así como esta admite en el gremio de parientes á los estraños que se hacen adoptivos, así tambien aquella abraza en su seno á los extrangeros que legítimamente se domicilian. En nuestra España, todos los domiciliados se comprehenden bajo la denominacion de españoles; pero sin olvidar que unos son *naturales*, y otros *naturalizados*. Naturales, son aquellos que fueren nacidos en estos reinos de padres que ámbos á dos, ó á lo ménos el padre sea nacido en España, ó aun quando nó, se haya naturalizado en alguno de los lugares de su dominacion, de cualquiera de las maneras que se dirán despues. Es tambien natural de España el hijo nacido en otros reinos estando sus padres en servicio del Rey, ó de pasajeros, sin contraer domicilio. Lo es así mismo, el hijo natural de padre español habido en otro país con estrangera, ó natural concubina, y cualquiera otro ilegítimo habido por un extrangero con alguna natural de estos reinos, dentro ó fuera de España. (2)

Para que los extrangeros que han contraido domicilio se tengan por naturalizados en España, es suficiente que mueren diez años con casa poblada siendo solteros; pero siendo casados con natural, les basta seis aunque no sean oficiales ni laborantes. (3) Mas para serlo en América, para el efec-

(1) L. 1. tit. 24. P. 4.

(2) L. 7. tit. 29. P. 2. y 19. tit. 3. lib. 1. Rec. de Cast. Ll. 15. y 27. tit. 27. lib. 9. Rec. de Ind.

(3) L. 66. cap. 5. al fin tit. 4. lib. 2. Rec. de Cast.

to solamente de tratar y contratar, es menester que haya vivido en los reinos de la Península, ó en las Indias por tiempo de 20 años continuos, y los 10 de ellos teniendo casa y bienes raíces, y estando casados con natural, ó hija de extranjero nacida en España ó en las Indias. Para usar de esta gracia, debe previamente declararse por el Consejo Real, que han cumplido con los requisitos que se han dicho, precediendo informacion, con citacion del fiscal ante las Audiencias, ó jueces superiores del partido. Concedida la carta de naturaleza, para que el extranjero pueda libremente tratar y contratar, dentro de treinta dias habrá de hacer inventario de sus bienes, y presentarlo ante la justicia, para hacer constar que tiene bienes raíces en valor de cuatro mil ducados constantes por instrumentos públicos. De otra suerte no se admiten los extranjeros en estas provincias. (1)

A mas de estos modos esplicados de adquirir naturaleza, hay otros que espresa un auto acordado, (2) que individualizando quienes deben considerarse vecinos, dice que lo son: 1.º Cualquier extranjero que tiene privilegio de naturaleza. 2.º El que nace en estos reinos. 3.º El que en ellos se convierte á nuestra santa fé católica. 4.º El que viviendo sobre sí establece su domicilio. 5.º El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo. 6.º El que se casa con muger natural y habita domiciliado en ellos, y la muger si no es natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio del marido. 7.º El que se arraiga comprando bienes raíces y posesiones. 8.º El que siendo oficial viene á morar, y ejercer algun oficio mecánico. 9.º O tienda en que vender por menor. 10. El que obtiene oficios de concejos públicos honoríficos, ó cargos de cualquiera género, que solo los pueden tener los naturales. 11. El que goza de los pastos y comodidades que son propias de los vecinos. 12. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos. Y 13, el que contribuye como los demás vasallos á S. M.

(1) Ll. 31. 22. y 33. tit. 27. lib. 9. Rec. de Ind.

(2) Aut. Acord. 22 tit. 4. lib. 6. Rec.

Los extranjeros, despues de haber sido domiciliados en España, y adquirido la naturalidad de alguno de los modos referidos, gozan de todas las comodidades y exenciones de los naturales, [\*] y se hacen capaces de los empleos y puestos públicos, como no sean cargos ni oficios que tengan anexa administracion de justicia, como corregidores, gobernadores, alcaldes mayores ni otros de gobierno. (1) Tampoco pueden obtener prelacías, canongías, ni otros beneficios eclesiásticos, ni pensiones sobre ellos, por deber conferirse éstos precisamente á los naturales. (2) Asimismo en la América ninguno puede ser presentado para beneficio ú oficio eclesiástico, no siendo natural de España ó de la misma América, si no es que obtenga del Rey carta de naturaleza para este efecto. (3)

Otra division de los hombres libres, y que gozan de los derechos de ciudadanos, es en nobles y plebeyos. (4) La nobleza que es la que constituye á los nobles, consiste en un conjunto de privilegios de distincion y de honor, concedidos á algunas personas en atencion al mérito que han contraido en la sociedad, ó ellas mismas ó sus ascendientes. (5) Se divide en nobleza por linage, por saber y por bondad de acciones. (6) En la nobleza por linage se incluye la solariega que tienen los poseedores de territorio ó solar con casa en él, y la titulada que es la de los duques,

[\*] Y aun de algunas franquicias mas: como son ser libres para siempre de la moneda forera, y por tiempo de seis años de las alcabalas, y servicio ordinario y extraordinario, y así mismo de las cargas concegiles en el lugar donde vivieren. Pero como estas gracias tienen el objeto de aumentar la industria nacional y perfeccionar las artes, solo se conceden á los extranjeros útiles que quieran venir á España á ejercer sus oficios y labores. Real cédula de 20 de julio de 1791.

(1) L. 66. cap. 5. tit. 4. lib. 2. Rec. de Cast.

(2) Ll. 14. 15. 17. 18. 19. y 25. tit. 3. lib. 1. Rec. de Cast.

(3) L. 31. tit. 6. lib. 1. Rec. de Ind.

(4) L. 2. tit. 23. Part. 4.

(5) L. 11. tit. 21. Part. 2.

(6) Dha. ley 2.

condes; marqueses é infanzones. (1) En la que se concede por saber, los doctores y maestros de las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares; (2) á que se añaden los de la Universidad de Méjico y Goatemala, que gozan de los mismos privilegios y exenciones que los graduados en Salamanca. (3) Y en la nobleza adquirida por buenas acciones y servicios personales, se incluyen los caballeros. (4) Plebeyos son todos los demás que ni son nobles, ni gozan de los privilegios de tales, y comunmente se llaman del estado llano.

Tambien se dividen los hombres libres en eclesiásticos y legos. (5) Los eclesiásticos que son los que componen el estado gerárquico de la Iglesia, ó son clérigos seculares ó regulares; (6) y legos son los que no han recibido la prima tonsura por lo ménos.

### §. III.

#### DEL ESTADO DE FAMILIA.

Segun este estado, se dividen los hombres en padres, é hijos de familia que están bajo la potestad de aquellos; pero esta division la trataremos oportunamente en el título IX.

(1) L. 11. tít. 1. Part. 2.

(2) Ll. 2. tít. 21. y 8. tít. 31. Part. 2. leyes 8. y 9. tít. 7. lib. 1.  
Rec. de Cast.

(3) Const. 273. aprobada en real céd. de 9 de junio de 1886.

(4) Ll. 1. 2. 3. y 4. tít. 21. Part. 2.

(5) Ley 2. tít. 23. Part. 4.

(6) Tít. 6. y 7. Part. 1.

—\*—

## TITULO IV.

### DE LOS INGENUOS.

La etimología de este nombre, se toma de la palabra latina *gignendo*. Los ingenuos, pues, por tanto se llaman así, porque les es ingénita, ó innata la libertad, es decir: porque desde el momento en que fuéron engendrados ó nacidos, fuéron libres. Esta es la principal distincion que hay entre ellos y los libertinos, los cuales tambien son libres; pero no desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

Con lo dicho se entiende fácilmente la definicion. *Ingénuo es aquel, que es libre desde el instante de su nacimiento.* (1) De suerte, que para que alguno sea ingénuo se requieren tres cosas. La primera, que sea libre, porque el siervo de ninguna manera lo es. La segunda, que sea libre desde el instante de su nacimiento; y así, si uno que naciese de una esclava fuese manumitido en el momento mismo del parto, no sería ingénuo sino libertino. La tercera, que nunca haya estado en justa servidumbre, porque con un solo instante que hubiese sido siervo, aunque despues recobrase su primera libertad, no sería ingénuo sino libertino. (2)

Para poder juzgar acertadamente quiénes son ingenuos, es necesario establecer un axioma del que deduciremos despues varias conclusiones. Tal es el siguiente: *es ingénuo todo aquel que ha nacido de una madre, que á lo ménos por un momento fué libre, ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó en el intermedio.* (3) La razon de este axioma, es la condicion tan miserable de los siervos, por cuya causa el derecho siempre favorece mas á la libertad que á la servidumbre; (4) y así juzga ingénuo y no siervo al

(1) L. 1. tít. 14. P. 4.

(2) Arg. de dicha ley 1. tít. 14. Part. 4.

(3) L. 2. tít. 21. Part. 4.

(4) L. 1. tít. 34 P. 7. y 22. v. é esto tít. 9. P. 6.

infante cuya madre ha sido libre, al ménos un instante desde la concepcion hasta el parto. (1)

Del axioma establecido se deducen varias conclusiones. 1.<sup>a</sup> Que es ingénuo el que ha nacido de padres libertinos, porque nunca ha estado en servidumbre. 2.<sup>a</sup> Que la manumision no daña á la ingenuidad: y así, si un hombre libre injustamente detenido en servidumbre recobra su libertad, no es libertino sino ingénuo; pues nunca fué siervo aunque estuvo en servidumbre. 3.<sup>a</sup> Que los hijos vendidos por su padre, (2) y los adudados despues de manumitidos, quedaban ingénuos. Porque segun nuestro derecho, los deudores insolventes y los que hacían cesion de bienes, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen; (3) pero como no eran siervos, sino que solamente prestaban sus obras como criados mercenarios, así que acababan de pagar, y conseguían su libertad, no quedaban libertinos sino ingénuos. 4.<sup>a</sup> Que el nacido de muger libre y de siervo, es ingénuo en virtud de que, como dijimos arriba, el parto sigue al vientre. Finalmente por la misma razon es ingénuo el espurio nacido de madre ingénuo, aunque el padre sea incierto.

## TITULO V.

### DE LOS LIBERTINOS.

**D**ijimos arriba al comenzar el tratado de las personas, que los hombres libres, ó son ingénuos ó libertinos. Habiendo, pues, tratado ya de los ingénuos, se sigue ahora hablar de los libertinos.

Libertino, *es aquel que ha sido manumitido de una servidumbre justa y legitima*. Decimos que ha de tener esta condicion, porque ya dejamos asentado que el que fué manumitido de una servidumbre injusta y violenta, no sería

(1) Dicha L. 2. tit. 21. P. 4.

(2) L. 9. tit. 17. P. 4.

(3) Ll. 4. 5. y 7. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

libertino sino ingénuo: v. g., José manumitido por Paraoñ, quedó ingénuo, porque habiendo sido vendido injustamente por sus hermanos, no estuvo en una servidumbre legitima. (1) Veamos ahora qué es manumision, y cuáles son los modos de manumitir adoptados por nuestro derecho.

Por ella entendemos, *el acto de dar de mano*. Por *mano* en derecho se significa la *potestad*; y así se dice muchas veces que *los hijos están en la mano de los padres*, esto es, *en su potestad*. Que los siervos pueden ser manumitidos, es claro, en el supuesto de que son cosas: luego están en dominio como las demás; y como éste se puede renunciar ó abdicar, es indudable que tambien se puede manumitir.

Segun nuestro derecho, los siervos pueden ser manumitidos de dos maneras; ó por voluntad de su dueño, ó por ministerio de la ley. Por voluntad espresa del señor, consiguen la libertad, cuando aquel se la dá, ó á presencia del juez ó en testamento, ó por carta, por sí mismo ó por personero, ó de cualquiera otro modo que conste la voluntad que tiene de manumitir, aunque no intervenga solemnidad alguna. Porque no obstante que las leyes de Partida fundadas en el derecho de los romanos, establecían que la manumision no pudiese ser hecha por personero, y que habia de verificarse delante de cinco testigos, ó en escritura firmada de otros tantos; (2) en el día ninguna de estas solemnidades se requiere, en virtud de que la ley de Recopilacion (3) manda que valga toda obligacion ó contrato hecho, en cualquiera manera que conste que uno se quiso obligar á otro.

Por voluntad tácita manifestada por los hechos, se tiene por manumitido el siervo á quien su señor instituye por heredero en su testamento, (4) ó deja por tutor de sus hijos, aunque no diga que le concede la libertad. (5) Asimismo cuando se casa con su sierva, ó permite que otro hombre libre se

(1) Ll. 4. 5. y 6. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 1. tit. 22. Part. 4.

(3) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) L. 3. tit. 3. Part. 6.

(5) L. 7. tit. 16. Part. 6.

case con ella, ó una libre con su siervo. (1) Lo mismo sucede cuando el siervo recibe órdenes hasta el subdiaconado sabiéndolo el señor y consintiéndolo: porque si los recibe sin su consentimiento ni noticia, puede el señor mantenerlo en servidumbre, si no es que hubiese sido promovido al diaconado ó presbiterado, que entonces quedará libre; pero con la obligacion de pagar el precio que valía ántes de ser ordenado, ó de dar otro siervo que valga tanto como él. (2)

Por ministerio de la ley, aun contra la voluntad de su dueño consiguen los siervos su libertad, unas veces en pena de los delitos del señor, y otras en premio de algunas acciones recomendables. Del primer modo es libre por derecho la sierva prostituida por su señor. Así mismo lo es (3) el siervo espuesto en su infancia, ó abandonado por vejez ó enfermedad; (4) aunque en estos casos debe el señor proveerles de todo lo necesario durante el tiempo de la niñez, ó de la vida ó enfermedad. (5) En premio es libre el siervo que en campaña hace prisionero, ó mata al caudillo contrario. El que descubriere al raptor de una muger vírgen, ó al que fabrica moneda falsa, ó al que desamparó alguna fortaleza que estaba á su cargo, ó al Rey ó capitán en alguna expedicion y descubriese alguna traicion que se intentase contra el Rey ó contra el reino. Pero en estos casos el Rey, ó el otro señor á quien las descubriese, debe dar á su dueño tanto precio cuánto vale el siervo. Es tambien libre, cuando acusa al que dió la muerte á su señor, (6) y el siervo de moro ó judío que abandonando la secta que profesaba juntamente con su señor abrazare la religion cristiana y se bautizare. (7)

(1) L. 5. tít. 22. Part. 4. y 1. tít. 5. Part. 4.

(2) L. 6. tít. 22. Part. 4. Del siervo ordenado de subdiacono, se debe decir lo mismo que del diacono. L. 18. tít. 6. Part. 1. que concuerda con el cap. 7. De servis non ordin.

(3) L. 4. tít. 22. Part. 4.

(4) L. 4. tít. 20. Part. 4.

(5) Real cédula de 31 de mayo de 1789. cap. 6.

(6) L. 3. tít. 22. Part. 4.

(7) L. 8. tít. 21. Part. 4.

Por derecho de gentes, es libre el esclavo, que de los reinos estrangeros se pase á alguna provincia del nuestro, con ánimo de recobrar su libertad, como está decidido por repetidas cédulas y reales órdenes. (1)

Finalmente se juzga tan favorable por nuestro derecho la libertad, que la conseguirá cualquier siervo que por sí ó por otro, presente á su señor el justo precio de élla; á cuyo efecto le han proporcionado nuestras leyes algunos medios. (2)

A la manumision son consiguientes varios oficios entre el liberto y su señor, que llaman derechos de patronato, de los que vamos á tratar, aunque por la mayor parte están desacostumbrados. El fundamento de todos los derechos de los patronos, consiste en cierta especie de paternidad y filiacion que el derecho finge entre el patrono y su liberto. (3) La razon es clara: porque así como el hijo debe á su padre la vida natural, el liberto debe á su patrono la civil. Durante la servidumbre no era mas que una cosa como las otras que están en el patrimonio, y por la manumision se hizo persona, adquirió cabeza en la república, y recibió el mayor beneficio que se puede hacer a un hombre despues de la vida. (4) Los patronos, pues, deben tener para con sus libertos el lugar de padres.

De este fundamento nacen todos los derechos del patrono. Porque, como segun hemos dicho, el liberto es á semejanza de hijo para con su patrono, debe á éste todo obsequio y reverencia; (5) y así como el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre sin impetrar vénia del juez, de la misma suerte el liberto contra su patrono. De-

(1) Real cédula de 14. de abril de 1789. y real orden de 25. de marzo de 1801.

(2) Arg. de la ley 2. tít. 22. P. 4. y de la real céd. de 31. de mayo de 1789. cap. 3.

(3) Arg. de la ley 8. tít. 22. P. 4. y en ella Greg. Lopez al núm. 4.

(4) Dicha ley 8. tít. 22. P. 4.

(5) Dicha ley 8. tít. 22. P. 4.

be también mostrar su agradecimiento, no solo con sus palabras, sino con toda especie de obras oficiosas, ayudándole y cuidando de sus cosas cuando sea necesario; pero no con obras de trabajo á que llaman fabriles, como coserlo sus vestidos si es sastre, hacerle zapatos si es zapatero, si no es por convencion especial, ó por mucha pobreza del patrono. (1) Sucede *ab intestato* en todos los bienes del libertado, no teniendo hijos, nietos, padres ni hermanos. Si hace testamento y no tiene ninguno de los parientes sobre dichos, llegando sus bienes al valor de cien maravedis de oro, debe dejar á su patrono la tercera parte. (2)

Estos derechos tienen lugar cuando el señor dá libertad á sus siervos gratuitamente por sola su buena voluntad y por hacerles bien. Mas si son manumitidos por méritos suyos, ó en pena de los abusos de su señor, no quedan con obligacion alguna para con él. (3)

## TITULO VI Y VII. [\*]

### QUIENES NO PUEDEN DAR LIBERTAD Á SUS SIERVOS Y POR QUE CAUSA.

Aunque las leyes han procurado en cuanto es posible favorecer la libertad, facilitando los medios de que la consigan los que carecen de ella; no obstante, se hallan algunos casos en que por justas causas han privado á los señores de la facultad de manumitir á sus siervos, que por principios generales de derecho les compete.

(1) L. 8. tit. 22. P. 4.

(2) L. 10. tit. 22. P. 4.

(3) L. 11. tit. 22. P. 4.

[\*] Al tit. 7. nada corresponde por nuestro derecho. En él se derogó la ley llamada *Fusia Caninia*, que por otros motivos distintos de los que se refieren en el tit. VI, prohibía dar la libertad á los siervos, si no era en cierta proporcion con el número de los que se tenían. Sea lo que fuere de la justicia de los motivos, acerca de la

El primer caso se verifica en la manumision hecha en fraude de los acreedores. Acerca de ésta disponen las leyes, que no valga la libertad dada á sus siervos por aquel que estando cargado de deudas, no teniendo como satisfacerlas completamente, y consistiendo su patrimonio ó la mayor parte de él en siervos, los manumitiese con la mira de defraudar á sus acreedores y hacer ilusorio su derecho. (1) Los siervos aun en el dia forman en muchas provincias la mayor parte de las riquezas de los propietarios, y como en derecho se reputan por cosas, no es ménos rico el que tiene muchos siervos, que el que posee muchas cabezas de ganado, casas y haciendas. Por tanto el que les diese libertad á todos, aniquilaría ó disminuiría mucho su patrimonio, con perjuicio irreparable de sus acreedores. Para ocurrir á este inconveniente se han declarado *nulas*, ó de ningun valor y efecto semejantes manumisiones. (2)

Para inteligencia de esta materia, es necesario advertir que hay mucha distincion en derecho entre lo que es *nulo y rescindible*. Nulo se dice aquello que sin necesidad de intentar accion judicial, no produce efecto alguno; v. g., la enagenacion hecha por un infante. Por el contrario, rescindible se llama lo que en sí es válido y capaz de producir su efecto; pero el juez por justas causas lo irrita ó deshace: v. g., la enagenacion de las cosas de los menores hecha con consentimiento del curador. Esta es una verdadera y legitima enagenacion que produce su efecto. No obstante, si aparece despues que el menor ha sido dañado, puede el juez rescindirla, declarando al menor el beneficio de la restitucion. Ahora, pues, no toda enagenacion hecha en fraude de los acreedores es nula, si no que se rescinde por

cual están discordes los autores; lo cierto es que por nuestro derecho no hay mas impedimento para dar libertad á los siervos que el perjuicio que se ocasione á los acreedores, ó á los herederos forzosos, en el caso de que las libertades dadas excedan la quinta ó tercera parte de los bienes del testador y perjudique la legítima que les corresponde conforme á derecho. L. 12 tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

(1) L. 24. tit. 3. Part. 6.

(2) Dha. ley 24. tit. 3. Part. 6.



El juez, valiéndose los dañados de la acción pauliana que les compete, para recobrar lo que ha sido enagenado en fraude de sus créditos. (1) Mas la manumisión hecha en fraude de los acreedores, no se rescinde sino que por el mismo hecho es nula. La razón de esta diversidad consiste, en que la libertad una vez dada no se puede rescindir ni quitar, por lo que tienen las leyes por mejor declarar que no fué dada. A esto se añade que con la acción pauliana, se recobra del poseedor lo que ha sido enagenado; (2) mas en la manumisión nada se enagena, ni hay quien poséa la servidumbre de que ha sido librado el siervo. No había, pues, otro modo de ocurrir al daño de los acreedores, que estableciendo por regla general, que en cuanto al efecto nada hace el que manumite en fraude de ellos.

Resta ahora explicar, qué sea manumitir en fraude de los acreedores. Por *fraude* se entiende todo dolo dirigido á engañar á otro. Pero no todo dolo es malo, sino solamente aquel que tiene por objeto engañar para causar daño; v. g., cuando uno maliciosamente dá á otro una moneda de cobre plateada, por corriente. Como aquí se trata de un fraude y de un dolo malo, para que se verifique son necesarias dos condiciones. 1.<sup>a</sup> Animo, intención ó deseo de defraudar á los acreedores; esto es, que sepa el deudor que manumitiendo los siervos, no le queda con que pagar, y que no obstante eso proceda á manumitir. 2.<sup>a</sup> Que resulte el efecto de no poder satisfacer á los acreedores, manumitidos los siervos. (3) Cualquiera de estas dos condiciones que falte, hace válida la manumisión; y así, si uno con buena fé dá libertad á su siervo, porque se cree tan rico que pueda satisfacer completamente á sus acreedores, aunque efectivamente no alcance, nada ha hecho en fraude suyo, porque faltó el deseo ó intención de defraudarlos. Y si otro, de treinta siervos que tenía, hubiese manumitido tres, quedando con lo suficiente para pagar á sus acreedores, aunque

(1) L. 7. tit. 15. Part. 5.

(2) Dha. ley 7. tit. 15. Part. 5.

(3) Ley 24. tit. 5. Part. 6.

hubiese tenido intención de defraudarlos, nada hizo en fraude suyo, si estas manumisiones no produjeron el efecto de que fuesen dañados. (1) [\*]

Para manumitir á los siervos requerían antiguamente las leyes la edad de 20 años, y habiendo justas causas para la manumisión permitían que se hiciese aun á la edad de 17. (2) Las causas que se juzgaban suficientes, eran varias, y las expresa muy bien la ley de Partida. “Como si á „ aquel á quien quisiese aforrar fuese su hijo ó su hija que „ oviese de alguna su sierva, ó si fuese su padre ó su madre, ó su hermano ó su hermana, ó su maestro que le „ enseñase, ó su amo, ó ama que le criase, ó si fuese su „ criado ó criada, ó si fuese con él criado á leche de una „ muger, ó si fuese tal siervo que oviese librado á su señor de muerte, ó de mala fama, ó si quisiese aforrar á „ alguno de sus siervos para hacerlo procurador para recabar „ dar sus cosas fuera de juicio, habiendo el siervo á lo me-

(1) Dha. ley 24. tit. 3. Part. 6.

[\*] Esta nulidad de las manumisiones que hemos explicado padecía dos excepciones. La primera se ha insinuado ya, y era cuando alguno juzgándose mas rico de lo que era en la realidad, manumitía con buena fé. Y la segunda, cuando no hallando el testador quien quisiese ser su heredero, instituía á un siervo suyo por tal, dándole la libertad aunque fuese con perjuicio de sus acreedores. La razón de esta excepción era, que entre los romanos se tenía por ignominioso que los bienes de un ciudadano que hubiese muerto insolvente, se subastasen por los acreedores en su nombre. Para evitar, pues, este deshonor, permitía el derecho que en estos casos pudiese instituir á un siervo por heredero, el cual lo era necesariamente y nada lucraba de la herencia; pues en esta institución solo había el objeto de que los bienes no se pregonasen en nombre del difunto para consultar á su fama, sino en el del siervo heredero. Esta preocupación se supone existente por la ley 24. tit. 3. Part. 6., y por tanto dispone lo mismo que el derecho de los romanos. Pero en el día no es admisible semejante excepción, porque no se tiene por ignominiosa la venta de los bienes de ningún difunto. Así vemos frecuentemente que en pública almoneda se subastan las bibliotecas y menages de las casas de los hombres mas ilustres, aun cuando nada deben á otro.

(2) L. 1. tit. 22. Part. 4.

„nos 17 años cumplidos, ó si aforrase su sierva para casar con ella.” Probándose por el señor alguna de estas causas delante del juez, aun cuando fuese menor de 20 años, como fuese mayor de 17, podía dar la libertad á sus siervos con consentimiento de su curador. (1)

Lo dicho tenía lugar cuando la manumisión era hecha en vida, pues si se hacía en testamento bastaba que el señor tuviese la edad de 14 años. (2) Pero ahora no estando en uso estas leyes, es muy probable que tanto en testamento como fuera de él, puede cualquiera manumitir á la edad de 14 años, y sin que se exija justa causa para ello. Solo así, en las menores de 25 se deberá exigir respectivamente el consentimiento del tutor ó curador, por carecer hasta esa edad de la libre administración de sus bienes.

Como esta amplia facultad concedida á los señores, es en beneficio de los siervos, para que no ceda en daño suyo, está prevenido que no puedan los dueños dar libertad por descargarse de las obligaciones de alimentos y vestido, á aquellos esclavos, que por su mucha edad ó enfermedad no se hallen en estado de trabajar, y lo mismo á los niños y menores de cualquiera de los dos sexos. Y en caso de manumitirlos debe ser proveyéndoles del peculio suficiente señalado por el señor á arbitrio del juez, y con audiencia del procurador síndico (3) como protector de esclavos.

## TÍTULO VIII.

### DE LA POTESTAD DOMÍNICA.

Otra división de los hombres aprobada por el derecho es, en unos que están libres de toda potestad, y otros que están sujetos á potestad agena. Si esta división no se

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

(2) Dha. L. 1. tit. 22. P. 4.

(3) Real cédula de 31 de mayo de 1780. cap. 6.

mira con cuidado, es fácil creer que coincide con la primera, por la que dividimos á todos los hombres en libres y siervos; pero no es así, porque hay muchos hombres libres, que están sujetos á potestad agena; v. g., los hijos é hijas de familia, no siendo siervos sino libres. Dirémos, pues, que las personas no sujetas á potestad, y que en derecho se llaman *sui iuris*, son aquellas que están libres de potestad dominica y patria, y estas se dicen *padres de familia* de cualquiera edad que sean, v. g., un infante que acaba de nacer, es padre de familias si no tiene padre ni señor. Por el contrario, están sujetos á potestad agena todos aquellos que se hallan bajo de la de su padre, ó señor: los primeros se llaman *hijos ó hijas de familia*, y los segundos *siervos ó esclavos*. En este título se tratará de la potestad dominica, y en el siguiente de la patria.

El fundamento de la potestad de los señores, es el estado de los siervos, es decir, que los derechos que corresponden á los señores sobre sus siervos, estriban en no considerarse éstos como personas, sino como cosas que están en el dominio de su dueño, no de otra manera que un buey, ó un caballo. De suerte, que por derecho antiguo de los romanos era principio inconcuso, que todos aquellos derechos que competen al señor en su cosa le competen también en su siervo. De este principio tan general nació el abuso, que hicieron los señores de una facultad tan absoluta. No se limitó á adquirir por medio de los siervos, exigiendo de ellos con crueldad cuanto ganaban, ni solamente á tenerlos en el comercio como cualquiera otra cosa, mueble ó semoviente, sino que se llevó hasta el exceso de quitarles la vida aun por muy leves causas.

Nuestro derecho aunque conviene en que los siervos son cosas que están en el dominio de sus dueños, teniendo también consideración á que son hombres, y en este concepto iguales á cualquiera otro, han concedido solamente á los señores aquellas facultades, que son necesarias para sacar de ellos una justa utilidad; pero sin violar las leyes sagradas de la caridad cristiana, y de la humanidad. Les concede, pues, un poder lleno y cumplido para hacer de ellos

lo que quieran; (1) pero les prohíbe matarlos, lastimarlos; y tratarlos con demasiada crueldad. (2) Impone á los siervos la obligacion tan justa y conforme á la recta razon, de obedecer y respetar á sus dueños, de desempeñar las tareas y trabajos que les señalen, y de venerarlos como á sus señores y padres de familia; pero al mismo tiempo toma las mas oportunas precauciones para que éstos no escedan sus facultades. Para el caso, pues, de que falten á alguna de estas obligaciones ó cometan algunos excesos, les dá poder para castigarlos correccionalmente, segun la calidad del defecto ó exceso, con prision, grillete, cadena, maza, cepo, no poniéndoles en éste de cabeza, ó con azotes que no puedan pasar de veinte y cinco, y con instrumento suave que no les cause contusion grave ó efusion de sangre. (3) Si los castigos espresados no fueren suficientes por haber sido grave el delito cometido por el siervo, ya sea contra sus amos, muger ó hijos, ya contra cualquiera otra persona, no tiene entonces el señor mas facultad para su castigo, sino que deberá dar parte á la justicia (4) para que se proceda contra él, en la forma que esplicaremos en otra parte.

Si los señores ó sus mayordomos maltrataren á los siervos, ó se escedieren en los castigos correccionales que únicamente les están permitidos, causándoles contusiones graves, efusion de sangre, ó mutilacion de miembro, además de imponérseles pena pecuniaria, segun merezca la gravedad del exceso, se procederá contra ellos criminalmente á instancia del procurador síndico, substanciando la causa conforme á derecho, y se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido, como si fuese libre el injuriado, confiscándose además el esclavo, para que se venda á otro dueño si quedare hábil para trabajar, aplicando su importe á la caja de multas. Mas si el esclavo quedare inhábil para ser vendido, sin devolvérsele al dueño ni mayor-

(1) L. 6. tít. 21. Part. 4.

(2) Dha. ley 6.

(3) Real cédula de 31 de mayo de 1789. cap. 8.

(4) Dha. real céd. cap. 9. lib. 4. tít. 8.

domo que se escedió en el castigo, deberá contribuir el primero con la cuota diaria que se señalare por la justicia para su manutencion y vestuario por todo el tiempo de la vida del esclavo. (1)

La adquisicion por medio de los esclavos, ha tenido tambien bastante moderacion; pues aunque deben siempre ocuparse en beneficio y utilidad de sus señores, en trabajos proporcionados á sus edades, fuerzas y robustéz, no obstante les concede el derecho algun tiempo para emplearlo en su utilidad, y adquirir con sus ganancias algun peculio verdaderamente propio. A este efecto está dispuesto, que debiendo principiar y concluir sus trabajos de sol á sol, se les dejen en este mismo tiempo dos horas libres en el dia, para emplearlas en manufacturas que cedan en su personal beneficio y utilidad. (2) Y la práctica del dia, aun mas benigna, es que los señores, que se sirven de esclavos, les permiten liberalmente que adquieran para sí en todas las horas en que no hacen falta á los oficios á que los destinan, cediéndoles tambien todas las donaciones que se les hacen, y tratándolos en todo como á los criados mercenarios. [\*]

## TITULO IX.

### DE LA PATRIA POTESTAD.

**P**or patria potestad entendemos, aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil, conceden á los padres sobre sus hijos, con el fin de que éstos

(1) Real cédula de 31 de mayo de 1789. cap. 10.

(2) La misma real cédula cap. 3.

[\*] Por real cédula de 19 de diciembre de 1817; se prohíbe para siempre desde esta fecha á todos los vasallos de S. M., así de la Península como de la América, que vayan á comprar negros en las costas de Africa que están al norte del ecuador. Y desde 30 de mayo de 1820, se prohíbe igualmente á los mismos, que vayan á comprarlos en las costas de Africa que están al sur del ecuador: bajo la pena de que los negros que fueren comprados en dichas costas, sean

sean convenientemente educados. De aquí se infiere, que hay una patria potestad que dimana de la recta razón, ó del derecho de gentes, y otra que es inventada por el derecho civil: aquella no dá mas facultades á los padres que las que son necesarias para conseguir el fin, que es la conveniente educacion de los hijos; ésta se estiende á concederles algunas otras facultades y derechos que los indemnizen en alguna manera del trabajo que deben tener para formar de sus hijos unos ciudadanos útiles á la república.

Considerada la patria potestad por derecho de gentes, no es otra cosa que aquella facultad que tienen los padres para gobernar y dirigir las acciones de sus hijos, concedida por la naturaleza con el fin de que puedan darles la conveniente educacion á que están obligados. La razón de esta potestad es evidente. Como cuando los hijos son todavía infantes ó niños pequeños y aun jóvenes, no están dotados de aquella perspicacia de ingenio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen por sí buscar sus alimentos, y saber como deben arreglar sus acciones á la recta razón, Dios que quiso que existiesen, se pone que quiso también encomendar á otros el cuidado de su educacion. Y como no puede haber otros mas á propósito que sus mismos padres, á quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente que este oficio incumbe principalmente á los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos, que es lo que se llama *patria potestad*.

Segun este derecho, es comun la potestad á ambos padres, porque de uno y otro es propio el oficio de educar á los hijos comunes; y concediéndose por ella todo aquello sin lo cual no pueden dirigirse sus acciones, es fácil de conocer que es lícito á los padres prescribir á los hijos lo que deben hacer y lo que deben omitir, y á los desobedientes no solo reprehenderlos, sino también castigarlos se-

declarados libres en el primer puerto español á que llegue la embarcacion, y otras que se contienen en la misma cédula.

gun lo exija su culpa, con consideracion á su edad; sexo y otras circunstancias. Por la razón contraria se infiere, que esta potestad no se estiende á derecho de vida y muerte sobre los hijos, ni tampoco á venderlos, empeñarlos, entregarlos á *la noxa*, y adquirir todo lo que les venga de otra parte; pues es claro, que ninguna de estas facultades es de tal naturaleza que sea necesaria para conseguir el fin que hemos dicho. Pero como la potestad de los padres consiste en la facultad de dirigir las acciones de los hijos, no se les debe negar el derecho de mandarles hacer algunas obras segun su condicion, y de percibir la utilidad de ellas, y aun de administrar aquellos bienes que han adquirido por beneficio de los hombres ó de la fortuna.

Finalmente: siendo constante que conseguido el fin deben cesar los medios, por tanto se acaba esta potestad, no solo por la muerte de los padres, sino también cuando los hijos varones están en tal edad y circunstancias que pueden vivir separados y formar nueva familia, ó si las hijas ó nietas se casan y pasan á otras familias, al contrario del derecho de los romanos y del antiguo de España, que mantenía á los hijos con sus mugeres y descendientes por toda su vida en la patria potestad, si no es que los padres ó abuelos quisiesen de su voluntad emanciparlos.

La patria potestad por derecho civil de España, se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es, pues, un derecho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la cómoda educacion de ellos, sino también para utilidad del mismo padre y de toda la familia. (1) Como en esta potestad se halla una parte gravosa á los padres, y otra que les es útil, se puede dividir la patria potestad en onerosa y útil. La primera es comun al padre y á la madre, sean legítimos, ó ilegítimos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones mismas que la recta razón ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro. (2) La segunda comprende algunos

(1) L. 5. tit. 20. Part. 2. y 1. 3. y 5. tit. 17. Part. 4.

(2) L. 5. tit. 19. P. 4. y real céd. de 11 de dic. de 1796 art. 25.

derechos que producen honor y utilidad á los padres que han tenido hijos conforme al orden establecido por el derecho, y á quienes es justo remunerar, así el trabajo que toman en su educación, como el servicio que hacen á la república multiplicando los ciudadanos honrados. Esta es propia de solo el padre, (1) así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educación de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad. (2) Veremos en primer lugar las obligaciones que abraza la patria potestad onerosa, y en segundo los derechos que concede la útil.

La primera es criar y alimentar á los hijos. Esta obligación y cuidado es á cargo de la madre hasta los tres años, y del padre de allí adelante. (3) La segunda instruirlos, gobernarlos, y cuando fuere necesario, castigarlos moderadamente para hacerse obedecer de ellos. (4) Otra de las principales obligaciones de los padres en lo perteneciente á la vida civil es, encaminar y proporcionar á sus hijos para algun oficio, ó destino útil con que puedan pasar la vida con honor y comodidad; (5) y siendo negligentes los padres en el cumplimiento de una obligación tan importante, ó estando imposibilitados, deben los magistrados tomar en sí este cuidado. (6)

Estos son los cargos anexos á la patria potestad onerosa. Las utilidades que produce la lucrativa son: 1.<sup>a</sup> La propiedad de los bienes adquiridos por los hijos con el peculio profecticio. (7) Este se llama así, porque dimana del padre, ó de los parientes de parte de él, ó porque viene á los hijos por respecto suyo. 2.<sup>a</sup> El usufructo de los ad-

(1) L. 2. y 8. tít. 17. Part. 4.

(2) L. 3. al fin v. Ca así como es razon. tít. 20. P. 2.

(3) Ll. 3. tít. 8. lib. 3. del Fuero Real y 1. 2. 3. 4. y 5. tít. 19. Part. 4.

(4) Ll. 3. tít. 20. Part. 2 y 18. tít. 18. Part. 4.

(5) Real cédula de 12 de julio de 1781. art. 1.

(6) Dha. real cédula art. 2.

(7) L. 5. tít. 17. P. 4.

venticios ó adquiridos por parte de la madre ó de sus parientes, por herencia ó beneficio de la fortuna ó de la industria. (1) Pero debe el padre administrar estos bienes de sus hijos, y defenderlos así en juicio como fuera de él, por toda su vida, (2) y en caso de emancipar al hijo le conceden las leyes que se quede con la mitad del usufructo que tenia, y que solo le entregue la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo. (3) 3.<sup>a</sup> La facultad de vender ó empeñar á sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza, que no pueda remediar de otra suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre. (4) 4.<sup>a</sup> Ultimamente compete á los padres la facultad de dar ó negar la licencia y consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de 25 años, y de sus hijas menores de 23, sin que tengan obligación en caso de disenso de explicar la causa, ni dar la razon de él. (5) Esta prerrogativa es la única que se comunica á la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo 24 años, y la hija 22. (6)

Los modos de adquirir la patria potestad, son: 1.<sup>o</sup> El matrimonio legítimo ó contraído conforme al orden establecido por la iglesia: (7) 2.<sup>o</sup> La legitimacion; (8) y 3.<sup>o</sup> la adopción. (9) A estos suele añadirse la sentencia del juez que declara ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba; y el delito que cometiese un hijo contra su padre que lo había emancipado. (10) Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad, que de fundarla; y el segundo solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y

(1) Dha. L. 5. tít. 17. P. 4.

(2) Dha. ley 5.

(3) L. 15. tít. 18. Part. 4.

(4) L. 8. tít. 17. P. 4.

(5) Real decreto de 10 de abril de 1803.

(6) Dho. real decreto.

(7) L. 4. tít. 17. Part. 4.

(8) Arg. de las leyes 1. y 2. tít. 17. Part. 4.

(9) L. 4. del mismo tít.

(10) La misma ley 4. tít. 17. P. 4.

que por tanto no es un modo comun de adquirirla. Tratarémos, pues, aquí solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio.

## TÍTULO X.

### DE LAS NUPCIAS Ó MATRIMONIO.

El primer modo de adquirir la patria potestad, es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su origen del derecho natural y de gentes, confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesucristo, reconocido y venerado como tal en la Iglesia católica. Bajo este supuesto, veremos en este título: 1.º que sea el matrimonio: 2.º con que solemnidades y ritos se contrae: 3.º quienes pueden contraerlo, y 4.º en que penas incurrén los que lo contraen ilegítimamente.

Cuanto á lo primero, el matrimonio se define: un *contrato indisoluble de sociedad celebrada entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la procreacion de la prole, y de cuidar de su conveniente educacion.* (1) Se dice que es un contrato, porque para su valor requiere precisamente el consentimiento de ámbas partes: (2) *indisoluble*, porque aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mútuo disentiimiento, éste por la naturaleza de sus obligaciones, y por derecho divino, canónico y civil, no puede disolverse. (3) Se dice que este contrato es de *sociedad*, porque no es otra cosa que el consentimiento de de dos, acerca de un mismo fin, y de unos mismos medios: *entre dos personas de diverso sexo*, porque la poligamia si es viril, es del todo opuesta al fin del matrimonio, y si es muliebre, es ménos conforme á él, y prohibido por el derecho divino, eclesiástico y civil: (4) finalmente se

- (1) L. 1. tit. 2. Part. 4.  
 (2) L. 5. tit. 2. Part. 4.  
 (3) L. 7. del mismo tit.  
 (4) L. 3. del mismo tit.

añade, que en esta sociedad se debe tener por fin *la procreacion y educacion de la prole*, porque el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio, fué que el género humano se propagase ordenadamente, y que se supliese con nuevos individuos el número de aquellos, que cada dia pagan la deuda comun de la naturaleza. (1)

Hasta aquí hemos investigado la naturaleza del matrimonio en su definicion: síguense ahora los ritos y solemnidades con que se contrae. Entre éstas, unas hay que preceden, y otras que acompañan al matrimonio. De la primera especie son los esponsales, los que aunque no son necesarios para su valor, no dejan de precederle cuando este se contrae con la madurez que se requiere. No son otra cosa, que una promesa mútua de futuro matrimonio; (2) y aunque esta no es mas que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ella quedan obligados los desposados á contraer matrimonio despues. (3) Y aunque por derecho novísimo (4) en ningun tribunal eclesiástico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no estén reducidos á escritura pública, esto prueba que no producirán accion sin este requisito; pero sí obligacion, siempre que no haya una justa causa para reusar su cumplimiento. Finalmente para contraerlos, basta la edad necesaria para consentir, que es la de siete años, (5) y el consentimiento de los padres en los que son hijos de familia, que es la segunda solemnidad que debe preceder al matrimonio.

Es verdad que la licencia de los padres y su consentimiento, no es un requisito necesario para que sea válido el matrimonio contraido por hijos de familia; pero sí lo es para que sea lícito. No se puede dudar que falta gravemente al respeto, veneracion y agradecimiento que debe á sus padres, el hijo que se empeña en un asunto de tanta

- (1) L. 4. del mismo tit. v. *6 las razones* al medio.  
 (2) L. 1. tit. 1. P. 4.  
 (3) Ll. 1. y 7. tit. 1. P. 4.  
 (4) Real decreto de 10 de abril de 1803.  
 (5) L. 6. tit. 1. Part. 4.

consideración como el matrimonio; sin pedir y obtener su consentimiento aun cuando sea mayor de edad, ó haya salido de su potestad; (1) pues nada de esto es motivo para que se estinga el amor de veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder ó negar el permiso para el matrimonio, puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que los empuje sin reflexion en una alianza de consecuencias funestas, para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad, y dar una regla fija, se ha señalado por derecho la edad, hasta la cual pueden los padres usar de su potestad, impidiendo del todo el matrimonio si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere, entren los hijos al goce de su libertad, contrayéndolo á su arbitrio. Pero en este caso, aunque las leyes no exigen que se pida licencia ni consejo á los padres, faltarán á su obligacion los hijos que no les den esta señal de respeto y de amor, ó que no hagan caso de la resistencia fundada que hagan sus padres á su matrimonio por indecoroso ó perjudicial.

Lo últimamente dispuesto sobre este particular, se puede reducir á cuatro puntos. 1.º Que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estarán obligados á 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 á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo, ni consentimiento de sus padres. 2.º En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año ántes de la referida, es decir, á los 24 el varon, y á los 22 la muger. 3.º A falta de padre y madre recae la autoridad en el abuelo paterno, y á falta de éste en el materno; pero en este caso es libre el varon á los 23, y la muger á los 21 cumplidos. 4.º A falta de los

(1) Pragm. sanc. de 23 de marzo de 1776.

referidos recae la autoridad en los tutores, y á falta de éstos en los jueces del domicilio; entonces son libres los varones á los 22, y las mugeres á los 20 cumplidos. (1) Aunque los padres, madres, abuelos y tutores, segun hemos dicho ya, no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas, de las causas que tengan para disentir á sus matrimonios, no obstante los que fueren de la clase que deben solicitar el real permiso, pueden recurrir á S. M., ó la Cámara, gobernador del Consejo y gefes respectivos, para que por medio de los informes que tomen, se conceda ó se niegue el permiso correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto: en las demás clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de Chancillerías y Audiencias, y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos.

Las proclamas ó denunciaciones, son otro requisito y solemnidad que debe preceder al matrimonio. Estas tienen por objeto, hacer público el matrimonio que se ha de contraer, para que si alguno sabe algun impedimento que obste á su celebracion, lo denuncie al párroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta continuos en la iglesia y al tiempo de la misa mayor, y siendo los contrayentes de diversas parroquias, debe proclamarse en ámbas. (2)

Otra solemnidad, y que absolutamente se requiere para el valor del matrimonio, es que se celebre delante del propio párroco, de alguno de los contrayentes, ó de otro sacerdote de licencia del mismo párroco ó del ordinario, y de dos ó tres testigos. (3)

Finalmente es constante, que desde los primeros siglos de la iglesia, se ha celebrado el matrimonio con algunas sagradas ceremonias y preces, que aunque no pertenecen á su esencia sería un crimen omitirlas. Han sido varias segun la diversidad de tiempos y lugares. El dia de hoy

(1) Real decreto de 10 de abril de 1803.

(2) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Reform. Rit. Rom. de sacr. matr.

(3) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Ref.

conforme al Ritual Romano de Paulo V, mandado observar desde el año de 1614, despues de haber espresado los contrayentes su mútuo consentimiento con cierta fórmula soemne que les propone el sacerdote, y certificándose de éste, les manda darse las manos diestras, y les dice: *Ego vos coniungo in matrimonium &c.* Síguense despues las bendiciones nupciales que tambien se llaman velaciones, las que recibidas, surte el matrimonio todos sus efectos, así en lo eclesiástico como en lo civil. (1)

Veamos ahora qué personas pueden contraer matrimonio. Para que este pueda verificarse, se requieren las siguientes condiciones. 1.<sup>a</sup> Que los contrayentes hayan llegado á la puberdad, esto es, que el hombre tenga 14 años, y la muger 12. De otra suerte no se tienen por capaces para conseguir el fin del matrimonio, que es la procreacion de la prole y su conveniente educacion. (2) 2.<sup>a</sup> Que un hombre solo, se case con una sola muger, y una sola muger con un solo hombre, porque segun dijimos arriba, la poligamia es prohibida por todo derecho. 3.<sup>a</sup> Que los hijos de familia, y menores de la edad señalada no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó madres, abuelos ó tutores &c. respectivamente; y si lo contrageren serán espatriados y confiscados sus bienes. (3) La 4.<sup>a</sup> condicion es, que las personas no sean inhábiles por derecho; pues entre algunas se prohibe el matrimonio como incestuoso: entre otras como *irreligioso*; y entre otras finalmente como *danoso*.

Es prohibido como incestuoso el matrimonio entre los parientes cercanos, ya lo sean por consanguinidad ó por afinidad. Para inteligencia de esto es necesario explicar: 1.<sup>o</sup> que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad: 2.<sup>o</sup> de qué modo se cuentan los grados; y 3.<sup>o</sup> hasta donde llega la prohibicion:

Veamos primeramente qué sea parentesco de consanguinidad y de afinidad. Parentesco de consanguinidad, es la

union ó conexion natural que hay entre aquellas personas que descienden de una misma raíz ó tronco: v. g., el padre y la hija son consanguíneos, porque descienden de un tronco cumun, es decir, del abuelo. El hermano y la hermana son consanguíneos, porque descienden del mismo padre ó madre. (1) Parentesco de afinidad, es el vínculo que se contrae por el matrimonio consumado, ó por cópula ilícita entre el hombre y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del hombre. Por ejemplo: los padres de mi muger, sus hermanos y hermanas &c. son afines míos, y mis padres hermanos y hermanas &c. son afines de mi muger; pero mi hermano, y el hermano ó hermana de mi muger, no son afines entre sí. (2)

Síguese ahora el modo de computar los grados. Grado no es otra cosa que la distancia que hay de un pariente á otro, proveniente de las mas ó ménos generaciones que median. (3) Si se han de contar muchas personas que engendraron ó que fueron engendradas, esta série se llama línea. (4) Esta, ó es recta ú oblicua, á que tambien llaman transversal ó colateral: Línea recta es aquella que solo comprehende personas generantes y engendradas. Oblicua es aquella que abraza otras personas. Si en la línea recta se cuenta subiendo desde la última persona hasta sus progenitores, se llama de *ascendientes*: v. g., padre, abuelo, bisabuelo &c. Si se cuenta bajando, se llama de *descendientes*: v. g., bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto &c. La línea oblicua y transversal, ó es igual ó desigual: se llama igual, cuando por ámbos lados se halla igual número de personas y de grados; y desigual, cuando por un lado se encuentra mayor, y por el otro menor número de grados y de personas. Entendidas estas definiciones, se entienden fácilmente tres reglas que se dan para la computacion de grados.

(1) Ritual Rom. de sacr. matr.

(2) L. 6. al fin tit. 1. P. 4.

(3) Real decreto de 10 de abril de 1803.

(1) L. 1. tit. 6. Part. 4.

(2) L. 5. tit. 6. P. 4.

(3) L. 3. del mismo tit.

(4) L. 2. del mismo tit.



1.<sup>a</sup> En la línea recta se cuentan tantos grados, cuantas son las generaciones. (1) Si deseo, pues, saber cuantos grados dista Ticio de Cayo su hijo, como no encuentro mas que una generacion, concluyo que no dista mas que un grado.

2.<sup>a</sup> En la línea oblicua igual, el derecho civil cuenta ámbos lados, y el derecho canónico uno solamente: es decir, que en la línea colateral igual, cuantos grados dista uno del tronco comun, otros tantos doblados dista de la otra persona con quien sea comparada; porque segun el derecho civil, cada persona hace un grado. (2) No así por derecho canónico. La razon de esta diversidad es, porque segun la computacion civil, para saber los grados que hay entre dos personas, se sube al tronco desde la una, y despues se baja hasta la otra. Este es el motivo porque no hay primer grado en esta línea, que debe necesariamente empezar del segundo, por no poder verificarse subida y bajada de otra manera. Por egemplo: los hermanos de donde comienza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de ellos al padre, que es el tronco comun, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Segun la computacion canónica solo se sube; y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado. (3)

3.<sup>a</sup> En la línea transversal desigual, por derecho canónico cuantos grados dista del tronco comun el mas remoto, tantos distan entre sí: v. g., Ticio, y Berta hija de su hermano Sempronio, están en segundo grado, porque de Berta á Sempronio se sube un grado; y de Sempronio á su padre, que lo es tambien de Ticio, y por lo mismo tronco comun, se sube otro. (4)

De este modo se computan fácilmente los grados de consanguinidad. Por lo que toca á los de afinidad se debe observar, que en ella propiamente no hay grados, porque no nace de la generacion, sino del ayuntamiento carnal; pero

(1) L. 4. tít. 6. P. 4.

(2) L. 4. del mismo tít.

(3) Ll. 3. y 4. tít. 6. Part. 4.

(4) L. 3. tít. 6. Part. 4.

por analogía, se distinguen y cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. La razon es, porque haciéndose como una sola persona del hombre y la muger por el matrimonio y por la cópula carnal, es muy justo que el hombre se haga pariente de los consanguíneos de la muger, y ésta de los consanguíneos del hombre en el mismo grado que lo son de cada uno: v. g., porque mi muger dista un solo grado de su padre, yo no disto de mi suegro sino uno solo; y en la línea transversal la hermana de mi muger está en primer grado conmigo por derecho canónico, y en segundo por el civil. (1)

Hasta aquí hemos visto el modo de contar los grados de parentesco: veamos ahora hasta donde se estiende la prohibicion de contraer matrimonio, ya sea con los consanguíneos, ya con los afines. Sobre este punto se establecen las reglas siguientes.

1.<sup>a</sup> *En la línea recta, esto es, entre los ascendientes y descendientes, está prohibido el matrimonio sin límites.* Esta regla concuerda con todos los derechos, y se dice en ella que no hay límites en la prohibicion para dar á entender que se estiende á los grados mas remotos. (2) La bisabuela v. g., no puede casarse con su bisnieto, del mismo modo que ni la abuela con su nieto, ni la madre con su hijo. Para mejor inteligencia suele esta regla ilustrarse con aquel célebre egemplo, de que si Adan no hubiese violado el precepto divino de no comer del árbol vedado, y Eva solamente lo hubiese comido, y sufrido la muerte en pena de su pecado, Adan no hubiera hallado hasta el día segunda muger, porque respecto de él todos los hombres son descendientes, aunque se hallen en grados remotísimos.

2.<sup>a</sup> *Tampoco tiene límites la prohibicion en la línea transversal desigual, cuando hay atingencia del primer grado de la línea recta.* V. g., en un tío con una sobrina en quinto ó sexto grado. (3) Segun esta regla, si Abél viviera,

(1) L. 5. tít. 6. Part. 4.

(2) Levit. cap. 18. v. 7.—Clement. unic. de consang. et affiu. Conc. Trid. sess. 24. cap. 5. de ref. matr. L. 4. tít. 6. P. 4.

(3) L. 4. del mismo tít. al fin.

no hallará en el día muger con quien contraer matrimonio, porque todos los hombres nacieron de su hermano Seth y Caín; y así, es como padre de todo el linage humano.

3.<sup>a</sup> En la línea transversal se estiende la prohibicion hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica [\*] que es la que se observa en materia de matrimonio. (1)

4.<sup>a</sup> La afinidad que nace del matrimonio consumado, produce un impedimento que se estiende á los mismos grados, y se computa del mismo modo que el de consanguinidad. [\*\*] Por ejemplo: en la línea recta está prohibido el matrimonio sin límites entre los ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará con la que fué muger de un ascendiente ó descendiente. Del mismo modo en la colateral, porque está prohibido el matrimonio entre los hermanos y hermanas; lo estará tambien entre los hermanos y hermanas de la muger y del marido; y así, de los demás grados. (2)

5.<sup>a</sup> La afinidad que nace de cópula fornicaria, ó de cualquier modo ilícita, no pasa del segundo grado. (3)

6.<sup>a</sup> El matrimonio rato y no consumado, y los esponeales válidos, producen un impedimento que se llama de pública honestidad, que en aquel se estiende hasta el cuarto grado, y en éstos no pasa del primero. (4)

Hay tambien otras dos especies de parentesco que son, el espiritual y el civil. El primero, trae su origen del derecho canónico, y el segundo, del civil. El parentesco espiritual es el que se contrae en los sacramentos del bau-

[\*] De esta regla se exceptúan los indios, á quienes el Sr. Paulo III concedió privilegio para que puedan contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, y así en éstos el impedimento solo se estiende hasta el segundo grado. Conc. Lim. 2. ses. 3. cap. 89.

(1) L. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

[\*\*] Algunos autores fundándose en el cap. 8. de Cons. et affin. opinan que ningún impedimento de consanguinidad ni afinidad pasa del cuarto grado. Véase á Gonzalez, en el cap. 5. de Cons. et affin.

(2) L. 5. del mismo tit.

(3) Conc. Trid. sess. 24. cap. 4. de Reform.

(4) Cap. 8. de Cons. affin. Conc. Trid. sess. 24. cap. 3. de Ref.

tismo y de la confirmacion. Es impedimento para el matrimonio entré el bautizante y bautizado, y el padre y madre del bautizado, y tambien entre el padrino y el bautizado y su padre y madre. El mismo impedimento, y en los términos referidos, se contrae en el sacramento de la confirmacion. (1) El parentesco civil es el que nace de la adopcion; porque como ésta imita á la naturaleza, son reputados los hijos adoptivos del mismo modo que los naturales. De esta suerte, así como un padre natural no puede casarse con su hija natural; así tampoco un padre por adopcion con su hija adoptiva. (2) Este impedimento es perpetuo entre los que están en lugar de padre, por lo que dura aun despues de disuelta la adopcion. No sucede lo mismo entre los hermanos; y así, una hija del padre adoptivo, puede contraer matrimonio con el hijo adoptivo emancipado. (3)

Hasta aquí hemos tratado de los matrimonios prohibidos como incestuosos. Como irreligiosos ó contrarios á la santidad de la religion, lo son tambien los que se celebran entre personas de otra religion que la cristiana: (4) con los clérigos que han recibido orden sagrado, religiosos ó religiosas profesas: (5) con los que están ya ligados con otro matrimonio: (6) cuando es contraido clandestinamente, ó sin la solemnidad de la presencia del propio párroco, y de dos ó tres testigos. (7) Finalmente; cuando intervienen los delitos de adulterio ú homicidio en cuatro casos. 1.<sup>o</sup> Cuando hay adulterio con pacto de futuro matrimonio. 2.<sup>o</sup> Cuando aunque no haya adulterio hay muerte, ó maquinacion de parte de alguno de los contrayentes con promesa de matrimo-

(1) L. 2. y 5. tit. 7. Part. 4.

(2) Ll. 7. y 8 tit. 7. P. 4.

(3) Dha. L. tit. 7. P. 4.

(4) L. 15. tit. 2. Part. 4.

(5) L. 16. del mismo tit.

(6) 1. ad Corint. cap. 7. v. 39. de secund. nup. Conc. Trid. sess. 24. de sac. matr. Can. 2. y L. 16. tit. 17 P. 7.

(7) Conc. Trid. sess. 24. de Ref. matr. cap. 1. L. 1. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

nio. 3.º Cuando hay adulterio y homicidio, aunque haya ignorancia de una parte. Y 4.º; cuando uno de los contrayentes celebra segundo matrimonio con mala fé. (1)

Como dañosos son prohibidos por las leyes los matrimonios en que con fundamento se sospecha que no hay la suficiente libertad para contraer, ó que verificándose peligrara la recta administracion de justicia, ó la de las rentas del fisco ó de los pupilos.

En estos principios se funda la prohibicion que tienen los consejeros y oidores para contraer matrimonio con personas que en los tribunales donde ellos residen tienen pleitos pendientes, (2) y los vireyes, presidentes, oidores y fiscales de las audiencias, oficiales reales, administradores, tesoreros, protectores de indios, auditores de guerra, gobernadores de las provincias, y los hijos de todos éstos y sus asesores, con cualesquiera personas residentes en sus distritos. (3) Se prohíbe también el matrimonio del tutor, ó su hijo, con la pupila, por temor de que con este pretexto se niegue á dar cuentas de la administracion de la tutela, ó se dificulte el que se le exijan con la exactitud debida. (4)

Hasta aquí hemos referido los matrimonios que son prohibidos por el derecho. A mas de éstos hay otros que sin necesidad de prohibicion, no pueden subsistir por repugnantes á la recta razon. Esto se verifica cuando hay defecto en el consentimiento, ó en la naturaleza de los contrayentes. Del primer modo es nulo el matrimonio, ya cuando interviene error acerca de la persona con quien se contrae, ó acerca de su condicion servil, (5) ya cuando la muger es robada, si no es que despues de estar en lugar seguro con-

(1) L. 19. tít. 2. Part. 4.

(2) Ll. 25. tít. 4. lib. 2. Rec. de Cast. y 15. tít. 3. lib. 2. R. de Ind.

(3) L. 2. tít. 14. Part. 4. Ll. 82. y siguientes tít. 16. lib. 2. 40. tít. 3. lib. 3. Rec. de Ind. Reales cédulas de 17 de julio y 16 de agosto de 1773 y de 9 de agosto de 1779. Véase la nota que está al fin del tít. 16. lib. 2. de la Rec. de Ind. que estracta una real cédula de 1. de junio de 1676.

(4) L. 6. tít. 17. Part. 7.

(5) Ll. 10. y 11. tít. 2. Part. 4.

sienta libremente; (1) y ya en fin, cuando alguno es obligado á contraer por violencia ó miedo grave. (2) Por defecto de naturaleza no pueden contraer matrimonio los impúberes, (3) si no es que la malicia supla la edad, y los que sean inhábiles para la cópula siendo la inhabilidad perpetua. (4)

Las penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones de derecho que hemos referido, son varias. La primera es la nulidad, siempre que el matrimonio es contraido con alguno de los impedimentos que se llaman dirimentes, cuales son todos los que se incluyen bajo los nombres de matrimonio incestuoso, irreligioso, ó repugnante á la razon. De aquí se sigue que los hijos que nazcan de semejantes nupcias, no son legítimos, ni están en la potestad de sus padres, sino que son espúrios. A mas de esta pena se les impone la que corresponde, segun las leyes, al delito que cometen como de incesto, raptó, violencia &c.

Los que contraen matrimonios dañosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenían, y el tutor que casase con su pupila, tiene la pena de adulterio. (5)

#### APÉNDICE DE LA LEGITIMACION.

El segundo modo de adquirir la patria potestad, es la legitimacion. Esta es un acto por el cual los hijos ilegítimos, se fingen nacidos de un justo matrimonio, (6) y se reducen á la potestad de sus padres á manera de los legítimos. De la definicion dada se infiere, que el fundamento de la legitimacion rigurosa, es una ficcion, por la cual

(1) L. 14. tít. 2. Part. 7. Conc. de Trent. sess. 24. de Ref. cap. 6.

(2) L. 15. tít. 2. P. 4.

(3) L. 6. tít. 2. P. 4.

(4) Dha. ley 6.

(5) Ll. 82. y 84. tít. 16. lib. 2. Rec. de Ind. ley 6. tít. 17. P. 7.

(6) Arg. de la ley 1. tít. 13. P. 4. y 1. y siguientes tít. 15.

la ley tiene por nacidos en un justo matrimonio á los que han nacido fuera de él. Se dice en ella que á manera de los legítimos son reducidos á la patria potestad, para denotar el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no están en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo tuvieran; porque en derecho solo se tiene por padre aquel que demuestra el matrimonio legítimo. De aquí proviene que los hijos ilegítimos se llaman naturales, porque segun la naturaleza tienen padre, pero no segun derecho.

Los modos de hacerse la legitimacion que están en práctica, son dos. El primero por subsiguiente matrimonio, y el segundo por rescripto del Príncipe. Por subsiguiente matrimonio se legitiman solamente los hijos naturales, cuando el padre que los ha tenido en alguna concubina contrae matrimonio con élla. Se requiere, pues, lo 1.º que la madre sea una muger honesta, no una ramera: 2.º que tanto el padre como la madre sean hábiles para contraer matrimonio sin dispensa; y 3.º que lo verifiquen conforme á derecho. Puestas estas tres condiciones, resulta una legitimacion tan completa que se equipára á la legitimidad. (1)

De lo dicho se infiere, que son incapaces de esta especie de legitimacion: 1.º los hijos espúrios, esto es, los que han nacido de ramera ó de una muger pública que hace ganancia con su cuerpo: 2.º que lo son así mismo los adulterinos ó nacidos de adulterio: 3.º los incestuosos habidos entre personas que por el parentesco de consanguinidad, ó afinidad que tienen entre sí no pueden contraer matrimonio: y finalmente los sacrilegos habidos por clérigos ordenados de orden sagrado, ó por religiosos profesos. La razon es porque la legitimacion se hace fingiendo el derecho que los hijos que se legitiman, fueron nacidos de matrimonio, retrayendo el que contraen los padres, al momento en que tuvieron los hijos; y como toda ficcion supone términos hábiles, de ahí es, que no pudiendo fingirse

(1) Ll. 9. y 10. tit. 8. lib. 6. Rec. de Cast. cap. 6. Qui filii sint legit.

matrimonio con una ramera al tiempo mismo que se entrega á todos, ni entre el adúltero y adúltera, ni entre los demás, que hemos esceptuado, tampoco puede retrotraerse el que contraigan actualmente al tiempo del comercio ilícito; y por consiguiente que semejantes hijos no pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, aun cuando sus padres lo llegasen á verificar.

El otro modo de legitimar, es por rescripto del Príncipe. Este se consigue presentando el padre un memorial de súplica ante la suprema potestad, pidiendo que su hijo ó hija habidos fuera de matrimonio, se legitimen. (1) Concediendo el Príncipe la gracia, se tiene el hijo por legitimado. [\*] Esta especie de legitimacion, se suele conce-

(1) L. 4. tit. 15. P. 4.

[\*] Estas legitimaciones regularmente no se conceden grátiis, sino que segun el motivo por qué se solicita la gracia, está señalada la cantidad con que deben servir los pretendientes. Así está dispuesto en la real cédula de 21 de diciembre de 1800, en que se aprueban diversos arbitrios propuestos por el Consejo, para la estincion de vales reales y pago de intereses. En ella, pues, al artículo 17 se dice así: "La legitimacion á hijo ó hija que le hubieren sus padres siendo solteros para heredar y gozar, sirva con doscientos ducados de vellon, cada hijo ó hija; pero si la legitimacion es solo para egercer oficios de república indistintamente, sirvan con ciento y cincuenta ducados. Y si es para oficio determinado como abogado, escribano, procurador, ú otro de esta clase, queda la regulacion del servicio al juicio del referido superintendente, segun las circunstancias del pretendiente y oficio que solicite, no bajando el servicio en todo caso de cuarenta ducados." Y el artículo 25, hablando de otras legitimaciones en que hay alguna mas dificultad, dice así: "Los legitimaciones es- traordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos, de caballeros profesos de las órdenes, de clérigos y de casados, sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales; entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite." De estos dos artículos inferimos tres cosas. La primera, que el servicio pecuniario, que siempre debe intervenir, está regulado con consideracion al impedimento que se dispensa, y al fin para que se solicita. La segunda, que estas gracias siempre se contraen al oficio para que

der no solo á los naturales, sino tambien á los espúrios; adulterinos, incestuosos y demas; ya verifiquen sus padres el matrimonio con dispensa, ya sean del todo incapaces de contraerlo; pero por lo regular no tiene otro objeto que limpiar de alguna manera la mancha del origen criminoso y habilitar á los hijos, ó para heredar á sus padres, que no los tienen legítimos, ó para gozar de su nobleza, ó para obtener empleos y cargos de que están excluidos los ilegítimos. (1) Así mismo solo produce habilitacion para el objeto á que se dirige la súplica, y no se estiende á mas de lo que espresa el rescripto.

Fuera de los modos referidos, se encuentran otros en las leyes de Partida, que aunque no se practican, es conveniente referir. El primero, es el que las leyes romanas llamaban por ofrecimiento á la curia. Este no es otra cosa, segun dice la ley de Partida, que llevar el padre á su hijo natural á la corte del Rey, ó al Concejo de la ciudad; y entregándolo de su propia voluntad para su servicio, decir públicamente, que es su hijo habido de tal muger soltera, nombrándola; por cuyo acto dice quedar legitimado, si el hijo se conviene y acepta la entrega de su padre. (2) Así mismo se tienen por legitimados los hijos que se ofrecen espontáneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad ó villa, diciendo de quien son hijos, en cuyo caso les concede la ley que hereden á sus padres ab intestato, sino tienen éstos otros hijos; pues si los tienen legítimos, no se legitiman por este acto. (3)

Otro modo de legitimar los hijos naturales, segun la ley de Partida, es por testamento, en que el padre que no los tiene legítimos, diga que quiere que Ticio y Cayo, sus hijos naturales, procreados en tal muger de estado soltera,

se solicita, y que no se estienden á mas de lo que se espresa; y la tercera, que cada hijo ó hija necesita de ser habilitado separadamente, porque una sola legitimacion no vale para todos los hijos de un mismo padre.

(1) Real cédula de 21 de diciembre de 1800.

(2) L. 5. tit. 15. Part. 4.

(3) L. 8. tit. 15. P. 4.

sean sus herederos legítimos. En cuyo caso, si despues de la muerte del padre tomaren los hijos este testamento, y lo presentaren al Rey pidiéndole se digne confirmar la legitimacion; lo debe hacer así, y serán habidos por legítimos, no solo para heredar los bienes de su padre, sino tambien para todo lo demás. (1)

Igualmente se concede legitimar á los hijos por instrumento público firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos, y que los reconoce por tales; mas para que valga esta legitimacion, no ha de espresar que son hijos naturales, de donde se infiere que está fundada en presuncion de matrimonio, y que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que verdadera legitimacion. (2)

Los efectos que produce la legitimacion cuando es completa, son: 1.º Reducir los hijos naturales á la potestad de sus padres con todas las facultades que el derecho concede sobre los legítimos. 2.º Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres; pero en este punto se debe hacer distincion entre la legitimacion que se hace por subsiguiente matrimonio, y la que se concede por rescripto del Príncipe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres de la misma manera que los legítimos. (3) En el segundo caso aunque el hijo sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, si despues, éstos tuvieron algun hijo ú otro descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, entonces el legitimado por rescripto no puede suceder con ellos ab intestato, ni extestamento, y solo habrá lo que sus padres le quisieren mandar del quinto de sus bienes en que tienen libre disposicion; pero sí heredarán á los otros parientes y tendrán las honras y preeminencias que corresponden á los hijos legítimos, y todo lo demás que en el rescripto se les concede espresamente. (4)

(1) L. 6. tit. 15. Part. 4.

(2) L. 7. del mismo tit.

(3) L. 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) Dha. ley 10. del mismo tit.

Por conclusion de este apéndice, es digno de advertirse que por una real cédula mandada insertar en los cuerpos de las leyes de España é Indias, está declarado que todos los espósitos de ámbos sexos, así los que hayan sido espuestos en las casas de caridad, como los que lo fueren en otro parage y no tengan padres conocidos, son legitimados por el Rey, y deben ser tenidos por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion. (1)

## TITULO XI.

### DE LA ADOPCION.

El tercer modo de adquirir la patria potestad, es la adopcion. Esta aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante, estando vigentes las leyes en que se funda, es necesario dar una idea de su esencia, y de la forma en que se practicaba.

La adopcion se puede tomar ó lata, ó estrictamente. Cuando se toma del primer modo, abraza en sí dos especies, que son la *adrogacion* y la *adopcion* en especie; y cuando del segundo, se opondrá á la adrogacion. Tomada latamente y en general, se define la adopcion: *un acto solemne por el cual se recibe en lugar de hijo, al que no lo es por naturaleza.* (2) Se llama acto solemne, porque debe hacerse ó en presencia del Rey, ó ante el juez de cualquier lugar: se dice que por él recibe en lugar de hijo al que por naturaleza no es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene; y así, por ejemplo, Mo-

(1) Real cédula de 20 de enero de 1794.

Estiéndose este privilegio para que no se impongan á los espósitos la pena de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca; sino aquellas que en iguales casos se impondrían á personas privilegiadas.

(2) L. 7. tit. 7. y ley 1. tit. 16. Part. 4.

sés por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon; pero verificada la adopcion comenzó á serlo.

De esta definicion se deduce un axioma que tiene lugar en todo el título. *La adopcion imita á la naturaleza.* El sentido es, que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo por la naturaleza no puede ser de mayor edad que su padre; luego ni por la adopcion puede uno que es de mas edad que otro, hacerse su hijo.

De lo dicho se infiere claramente que no pueden adoptar: 1.º Los castrados ó eunucos, sino es que su inhabilidad provenga no de la naturaleza, sino de la malicia de los hombres, ó de enfermedad, ó de caso fortuito. (1) 2.º Los impúberes, ó que no hayan llegado á la edad de 14 años. (2) 3.º Las mugeres, porque no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopcion; pero por privilegio se suele conceder el que adopten, habiendo perdido algun hijo en servicio del Rey. (3) Ultimamente, el que no esceda 18 años al que quiera adoptar. (4)

Hasta aquí hemos tratado de la adopcion en general. En este sentido se divide en adrogacion, y en adopcion estrictamente tomada. Estas dos especies se diferencian en dos maneras. En el sugeto, por que el de la adrogacion es el hombre libre de toda potestad, y el de la adopcion es el hijo de familias sujeto á la potestad de su padre. En la forma ó modo, porque la adrogacion se hace por rescritto del Príncipe, y la adopcion con autoridad del juez, el cual estando presente, si el padre natural declara que dá á su hijo en adopcion á otro, y el adoptante dice que lo recibe por hijo, está concluido el negocio. (5)

Segun estos principios, la adrogacion se define: *un acto por el cual un hombre que goza de la libre disposicion de su persona se reduce á la patria potestad de otro por au-*

(1) L. 3. tit. 16. P. 4.

(2) L. 2. del mismo tit.

(3) Dha. ley 2.

(4) La misma ley 2.

(5) L. 7. tit. 7. Part. 4.

*toridad del sumo Imperante.* (1) De la naturaleza de la adrogacion que hemos explicado, venimos en conocimiento que por ella se padece la mínima disminucion de cabeza, haciéndose el adrogado hijo de familia, y perdiendo los derechos de hombre libre de toda potestad, y como á ninguno se puede privar de sus derechos contra su voluntad, se infiere: lo 1.º que es necesario el consentimiento del adrogado: 2.º que prestado éste, pasa con todos sus bienes á la potestad y dominio del adrogante; y 3.º que el infante no puede ser adrogado porque no es capaz de consentir. (2) Y aunque casi lo mismo se verifica en todos los que no han llegado á la pubertad, no obstante se permite el que puedan ser adrogados con las siguientes condiciones. 1.ª Conocimiento de causa, y que de ésta resulte ser útil al pupilo la adrogacion; es decir, que debe preceder investigacion de las cualidades y circunstancias del adrogante, y del provecho que se seguirá al adrogado: 2.ª Que se obligue el adrogante á restituir los bienes del mozo á sus legítimos herederos, si muere ántes de llegar á los 14 años; y 3.ª que se haga la adrogacion con otorgamiento del Rey. (3)

El efecto que produce la adrogacion, es reducir al adrogado á la patria potestad del adrogante, y no teniendo este hijos legítimos, darle derecho á la herencia en los mismos términos que lo tienen aquellos. Y si el adrogante emancipase sin justa causa ó exheredase al hijo adrogado, está obligado á devolverle todos los bienes con que entró en su poder, y todo lo que haya adquirido de nuevo, ménos el usufruto que percibió por la administracion de dichos bienes; y además debe darle la cuarta parte de cuanto hubiere de suyo. (4)

Pasemos ya á la adopcion propiamente dicha: esta se define: *un acto por el cual se reciben por hijos con autoridad judicial aquellos que están en la potestad de sus pa-*

(1) Dha. L. 7. tít. 7. P. 4.

(2) L. 4. tít. 16. Part. 4.

(3) L. 6. tít. 16. Part. 4.

(4) Ll. 7. y 8. del mismo tít. y Part.

*des naturales.* (1) Segun esta definicion pueden ser adoptados cualesquiera hijos que estén en poder de sus padres, consintiendo éstos. Para que sea válida, es suficiente que tanto el padre natural como el adoptivo, se presenten á cualquier juez, y digan que el uno quiere dar, y el otro recibir en adopcion á aquel niño, y que se les dé el documento que corresponde para constancia de aquel acto. (2)

Para conocer cuando esta especie de adopcion produce el efecto de reducir al adoptado á la potestad del adoptante, es menester distinguir dos casos que se hallan expresos en derecho. El primero es, cuando la adopcion es hecha por alguno de los ascendientes del mozo: v. g., por el abuelo paterno ó materno; y el segundo, cuando es hecha por algun extraño. En el primer caso, esto es, cuando alguno de los ascendientes adopta, adquiere patria potestad en el adoptado, por lo que semejante adopcion se llama comunmente plena y perfecta. En el segundo, cuando un extraño, ó aunque sea pariente, no siendo de los ascendientes, recibe á otro en adopcion, no se transfiere á él la patria potestad, sino que permanece en su padre natural, y el adoptado en este caso mas es alumno que hijo; por lo que esta adopcion se llama imperfecta y ménos plena. (3) Se podría juzgar que esta adopcion imperfecta no produce efecto, supuesto que por ella no se adquiere patria potestad; pero en realidad no deja de producir alguno. El adoptivo aunque no entre á la potestad del adoptante, tiene derecho á sucederle ab intestado, no teniendo hijos legítimos; (4) pero si hiciere testamento no hay inconveniente en que instituya por heredero á quien quisiere por no ser el adoptado de que hablamos heredero forzoso en testamento.

Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion que se usaba antiguamente, y que á fuerza de querer imitar servilmente á la naturaleza, dejó de producir to-

(1) Ll. 7. tít. 7. 9 y 10 tít. 16. P. 4.

(2) L. 91. tít. 18. Part. 3.

(3) Ll. 9. y 10. tít. 16. Part. 4.

(4) Ll. 5. tít. 6. lib. 3. 1. y 5. tít. 22. lib. 4. del Fuero Real y 1. y 10. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

das las ventajas que de otra suerte se podían esperar de ella. En su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes, otra especie de adopción mas útil á la humanidad, y mas digna de la despreocupación que es consiguiente á la ilustración de nuestro siglo.

Tal es la que se verifica en los espósitos, que son aquellos niños ó niñas que han sido echados por sus padres ó por otras personas á las puertas de las iglesias, de las casas y otros parages públicos, ó por no tener con que criarlos, ó por ocultar de quién son hijos. La situación tan miserable en que se hallaban semejantes niños, aun en las ciudades en que había casas de caridad, ó incluso para cuidar de ellos, y los muchachos que morían de necesidad, movió el paternal corazón de uno de nuestros monarcas para que tomase las providencias mas oportunas y eficaces á favor de los espósitos, cuidando de sus vidas y de su decente y honesto destino para que fuesen útiles en lo sucesivo. (1)

Estos pueden ser adoptados ó prohijados por cualquier persona, con tal que sea decente y honesta, y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que se les dé buena educación y destino. No es, pues, impedimento, el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino á cuyas puertas fuere espuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de donde sea feligrés, espresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino, persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el espósito será bien educado. (2) Si el espósito que se quiere adoptar fuere sacado de

(1) Real céd. de 11 de dic. de 1796. y de 6. de marzo de 1790.

(2) Dha. real cédula de 11. de dic. de 1796. art. 12. 17. y 19.

algunas de las casas de caridad, la licencia deberá ser dada por el rector ó administrador de ella. (1)

Aunque en los adoptados de esta manera no tienen los que los han criado patria potestad ni derecho para exigir de ellos cosa alguna, (2) no obstante, conforme á nuestras leyes, debe el que recibió tan gran beneficio, honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural; y se le prohíbe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la cual le resulte daño grave en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por el bien del Rey ó de la república. (3)

Finalmente: de esta especie de adopción son capaces no solo los infantes ó recién-nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que estén en edad de ser educados, y carezcan de los auxilios que son necesarios para lograr la conveniente educación. (4)

## TITULO XII.

### DE LOS MODOS POR QUE SE DISUELVE

#### LA PATRIA POTESTAD.

Después de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos por que se acaba ó disuelve.

El 1.º es la muerte natural, porque esta es la disolución de todos los vínculos que tenía el hombre en este mundo, y después de ella nada le queda propio. (5)

El 2.º es la muerte civil, que en derecho está equiparada á la natural. Esta segun el derecho novísimo, solo se padece quando alguno es desterrado perpetuamente del reino, y le son

(1) Real céd. de 2. de junio de 1788.

(2) L. 3. tit. 20. P. 4. 35. y 37. tit. 12. y 35. tit. 14. P. 5.

(3) L. 3. tit. 20. P. 4.

(4) Real cédula de 11 de diciembre de 1796.

(5) L. 1. tit. 18. P. 4.



confiscados todos sus bienes; (1) pero no cuando es condenado á servir en los arsenales ó en otras obras públicas, por estar mandado que no puedan los tribunales destinar á reclusion perpetua ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno. (2) Por esta razon, así éstos, como todos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad, pudiendo á su vuelta recobrarla en los términos que la tenían ántes. [\*]

Otra especie de muerte civil, es el estado religioso por el cual los que lo profesan dejan todas las cosas del mundo, y se tienen por muertos en él. (3) Segun esto, no se puede dudar, que aquel que hiciere profesion en alguna religion aprobada, sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sujeto á los superiores de su orden, á quienes promete obediencia.

El 3.º modo de disolverse la patria potestad es por dignidad á que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes de Partida, tomadas del derecho romano, las que (á escepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no se conocen en el dia; pero de las que se mencionan, se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el Rey promoviere á algun oficio que tenga anexa jurisdiccion, ó recaudacion de sus rentas; porque habilitándolos para estos cargos, parece les quiso librar de otra sujecion, segun la ley 7. y siguientes del tít. 18. Part. 4.

(1) L. 2. tít. 18. Part. 4.

(2) L. 13. tít. 24. lib. 8. Rec. de Cast.

[\*] Entre los romanos y por derecho de las Partidas, se distinguía servidumbre de pena, deportacion y relegacion. Por la primera pena se padecía lo que llamaban *Capitis diminutio maxima*, y por la segunda la *media*. La servidumbre de pena, se padecía cuando alguno era condenado perpetuamente á trabajar en las minas. ó en las galeras del Rey. La deportacion, cuando era espelido para siempre del reino con confiscacion de todos sus bienes; y la relegacion, cuando era desterrado por tiempo cierto. Estas dos últimas penas están en uso; pero no la servidumbre de pena, ni la condenacion perpetua á trabajos públicos. Véase el tít. 16. de este libro, en donde se tratará esta materia de propósito.

(3) L. 1. y 8. tít. 7. P. 1.

4.º Salen tambien los hijos de la potestad de sus padres por la emancipacion. Segun nuestro derecho (1) se hace esta, compareciendo el padre y el hijo ante el juez ordinario del lugar de su residencia, diciendo el padre en su presencia, que aparta al hijo de su poder; y que le dá facultad para que se maneje por sí, contratando, y compareciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar espresamente esta dimision; pero el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al supremo Consejo, con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá. (2)

Si el hijo fuere menor de siete años, solo puede ser emancipado por rescripto del Príncipe; (3) en cuyo caso no se necesita de su consentimiento. [\*]

5.º Otro modo de disolverse la patria potestad, es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades, y con las bendiciones nupciales, porque en este caso conforme á nuestro derecho se tiene por emancipado, (4) y le pertenece desde luego todo el usufruto de sus bienes adventicios que le debe entregar su padre. (5) Pero esta entrega no se ha de verificar, si no es que el hijo tenga la edad de 18 años cumplidos, porque hasta en-

(1) Ll. 15. y 17. tít. 18. Part. 4.

(2) Auto acordado 20. tít. 9. lib. 3. Rec. de Cast.

(3) L. 16. tít. 18. P. 4.

[\*] Por real cédula de 27 de octubre de 1800, está prevenido, para detener el abuso de emancipar á los hijos para que maneándose por sí, gocen de la exencion del servicio militar que les concede el artículo 13, que la emancipacion para que exima del sorteo, ha de recaer en hijo de 25 años de edad cumplidos, y que ha de ser aprobada por el Consejo, donde no se dará despacho de aprobacion sin que conste de dicha circunstancia, guardándose todo lo demás que en egecucion del auto acordado 20. tít. 9. lib. 3. de la Recopilacion se acostumbra practicar. Pero como esta real cédula no está comunicada á la América, no habrá inconveniente en que la emancipacion se haga ántes de los 25 años.

(4) L. 8. tít. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(5) L. 9. del mismo tít. y lib.

tonces no puede administrar sus bienes, ni los de su mujer. (1)

6.º Finalmente, pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenían en sus hijos, por el hecho de esponerlos, sin que se les conceda acción para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza; si no es que puedan probar que el motivo de la esposición del hijo, fué una necesidad extrema. (2) La pierden también por el mismo hecho, contrayendo matrimonio con parienta dentro del cuarto grado, ó con muger religiosa profesada. (3)

Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, porque la patria potestad, á manera del dominio, no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria; no obstante, esta regla padece algunas escepciones. 1.ª Si el padre castiga al hijo cruelmente, y sin aquella piedad y amor que es natural. 2.ª Cuando obligase á sus hijas á prostituirse. 3.ª Cuando admite algun legado que se le dejó con la condicion de emancipar al hijo; y 4.ª cuando consume y malgasta los bienes de su nieto que hubiese adoptado con aquella especie de adopcion que se llama adrogacion. (4)

### TITULO XIII.

#### DE LA TUTELA EN GENERAL.

Segun la division que dejamos hecha arriba, los hombres que no están sujetos á potestad dominica ni patria, pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Síguese, pues, tratar en este título y los siguientes, de la tutela y sus especies.

(1) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Real cédula de 11 de dic. de 1796. art. 25. y 26.

(3) L. 6. tit. 13. Part. 4.

(4) L. 13. tit. 18. Part. 4.

No se puede dudar que la tutela trae su origen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para toda sociedad humana, que sean gobernados y defendidos por otro, aquellos que por sí mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos, y todas las naciones guiadas solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban de direccion y defensa. Conforme á estos principios, nuestro derecho desde sus leyes mas antiguas (1) estableció: que se den tutores á los impúberes, ó pupilos que no han llegado á la edad de 14 años, y curadores á los menores de 25. Porque siendo por lo comun hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy fácil que fuesen engañados, que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes.

Por tutela entendemos, la fuerza y autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarle sus bienes mientras que ellos son capaces de hacerlo. (2) De la definición dada, nace este axioma: la tutela es un cargo público. No se debe entender por esto, que la tutela sea un oficio público ó concejil; pues el tutor ni administra alguna parte de la república, ni goza honor ó dignidad, ni se constituye persona pública, sino que permanece persona privada. Pero decimos que la tutela es un cargo público, porque es una ocupacion ó carga que están obligados á desempeñar todos los ciudadanos, por autoridad y mandato público. Imponiéndose, pues, á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tenga una excusa legítima, con razon se llama cargo público.

Del axioma establecido se deducen dos conclusiones. 1.ª Que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores. (3)

(1) Véase el tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo tit. 7. lib. 3. del Fuero Real y tit. 16. Part. 6.

(2) L. 1. tit. 16. Part. 6.

(3) Arg. de la ley 4. tit. 16. Part. 6.

La razon es, porque en los cargos públicos, cual es la tutela, se tienen por padres de familia. 2.<sup>a</sup> Que ni los siervos, ni las mugeres pueden ser tutores. (1) No los siervos, porque no siendo ciudadanos, no son capaces de ejercer un cargo para el cual es necesario ser persona, ó tener cabeza en la república. No las mugeres, porque así por el decoro de su sexo, como por la debilidad de su juicio, les están prohibidos los cargos públicos. Pero esta regla admite una escepcion; porque nuestro derecho establece, que no solamente sean admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas á todos los demás parientes. (2) La razon que ha motivado esta escepcion, es el singular amor que suelen tener á sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone á cubierto de toda sospecha de mala administracion, por lo ménos con dolo. Pero aun estas mugeres no deben ser tutoras, si no es que renuncien las segundas nupcias, y el privilegio concedido á todas las de su sexo, de no quedar obligadas á otro por fianzas. (3)

Hemos visto ya quienes pueden ser tutores: síguese ahora investigar en que casos se les impide, ó se les suspende de la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de la tutela, que es el de que el tutor eduque al pupilo, y administre sus bienes mientras que se hace capaz de verificarlo por sí. De aquí se infiere, que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos, no pueden ser tutores. Tales son: 1.<sup>o</sup> Los menores de 25 años, porque estando ellos bajo de curatela, no se juzgan hábiles para cuidar de otros. (4) 2.<sup>o</sup> Los furiosos y mentecatos, que por carecer de juicio, son incapaces de toda administracion. (5) 3.<sup>o</sup> Los sordos y mudos, porque estos dos impedimentos cuando se juntan en un mismo sugeto, producen el mismo efecto que la insensatez. (6) Pero aunque todo esto es verdad, no

(1) Ll. 4. y 7. tít. 16. Part. 6.

(2) L. 4. tít. 16. P. 6.

(3) L. 5. del mismo tít.

(4) L. 4 tít. 16. Part. 4.

(5) Dha. ley 4.

(6) La misma ley 4.

obstante, se debe hacer distincion entre tutela testamentaria, legítima y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad ó furiosos, ó sordos ó mudos, por ninguno de estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el ejercicio; esto es, permanecen tutores; pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso, pues, se les nombra curador, el cual ejerce el cargo mientras que los nombrados llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó la facultad de oír ó de hablar. (1) Pero si el tutor legítimo ó dativo es menor, ó furioso, ó sordo y mudo, no vale su nombramiento; y si despues de haber comenzado á ejercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos, al instante se acaba la tutela, y se nombra otro tutor al pupilo.

Segun la definicion de la tutela, se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion, y que son incapaces de administrar sus bienes. De aquí, pues, nacen tres conclusiones. 1.<sup>a</sup> El tutor se dá primariamente para la persona, no para las cosas; (2) y en esto se diferencia del curador que principalmente se dá para los bienes, y no para la persona. No obstante, secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo. 2.<sup>a</sup> Al que tiene padre no se le dá tutor. (3) La razon es, porque mientras vive el padre, el hijo tiene quien lo eduque y guarde; tambien porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad, y así no es del todo libre. 3.<sup>a</sup> Al siervo no se dá tutor. (4) Esta conclusion tiene una razon semejante. El siervo está en la potestad dominica, y así no es pupilo libre; luego no puede tener tutor.

La tutela, segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: testamentaria, cuando el padre dá tutor á sus hijos en su testamento: legítima, cuando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley, cuáles son los

(1) Arg. de las leyes 7. y 8. tít. 16. Part. 6.

(2) L. 1. tít. 16. Part. 6.

(3) Dha. ley 1. al princip.

(4) La misma ley.

consanguíneos mas cercanos del pupilo; y dativa, cuando el juez nombra el tutor por falta de unos y otros. (1) De aquí se infiere, que los testamentarios son llamados á la tutela por el testador, los legítimos por la ley, y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios, de suerte que habiéndolos; no se admiten los legítimos; y por falta de una y otra tutela, el juez nombra tutor.

El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia; porque asi como el heredero instituido en testamento, excluye á todos los demás, así el tutor testamentario. Asi como cuando no hay heredero suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente: asi como cuando no hay heredero alguno ni testamentario, ni legítimo sucede el fisco, así en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Esta es el fundamento en que estriba esta division; y de cada una de estas especies de tutela se tratará en título separado.

## TÍTULO XIV.

### DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que dá el padre en su testamento á los hijos que están en su potestad. (2) El fundamento, pues, de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aquí se infiere, que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce fácilmente la razon 1.<sup>a</sup> Porque la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento; y es, porque solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre, ni la abuela, y mucho ménos otras personas estrañas. Asi mis-

(1) L. 2. tit. 16. Part. 6.

(2) Ll. 2. y 3. tit. 16. Part. 6.

mo 2.<sup>a</sup> Porque aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados; porque los emancipados están ya fuera de la patria potestad. 3.<sup>a</sup> Porque puede darse tutor en testamento aun á los hijos desheredados; porque la desheredacion priva de la herencia; pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podría objetar á esto, que el desheredado no necesita de tutor estando privado de la herencia que había de administrar el tutor; pero la respuesta es clara. Segun hemos dicho ántes, el tutor se dá primeramente para la persona; y así, aunque nada tuviese el pupilo, puede dársele tutor: fuera de que el desheredado puede tener otros bienes heredados de la madre, ó de sus parientes. 4.<sup>a</sup> Porque se puede dar tutor en testamento aun á los póstumos que por no haber todavia nacido, no están realmente en la patria potestad: (1) porque siempre que se trata de la comodidad de los póstumos, se tienen por ya nacidos; (2) luego tambien deben reputarse por hijos que están en la potestad de sus padres, y por consiguiente puede darles tutor.

Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de ejercer los cargos públicos: v. g., los siervos, dándoles libertad, y los hijos de familia; pero no los obispos ni religiosos. Los clérigos de órden sacro, pueden serlo legítimos, pero no testamentarios; como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse, que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez que lo dá de oficio. El juez no puede dar por tutor á un loco, á un menor, á un sordo y mudo, porque semejante nombramiento sería nulo; pero vale el que un testador haga en cualesquiera de estas personas, que tienen actual impedimento para ejercer la tutela. Porque aunque inmediatamente que son nombrados no administran, sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es válido su nombramiento; y se les debe conceder la administracion luego que llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó el oído y habla.

(1) L. 3. tit. 16. Part. 6.

(2) L. 3. tit. 23. Part. 4.

Puede también el testador nombrar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia, y para tiempo cierto; (1) lo que tampoco puede hacer el juez que siempre lo debe dar puramente conforme á la práctica de España. La razon es, porque el defecto que resulte del nombramiento del padre, puede ser suplido por el juez; pero el de éste, nadie lo puede suplir, y así quedaría tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo. (2) Pero no puede el padre dar por tutor á una persona incierta, porque no se puede suponer confianza en una persona desconocida del testador; y así, si se nombrase tutor á uno, cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de qual de ellos es de quien habló el testador, ninguno de los dos será tutor. (3)

Resta tratar de la confirmacion de los tutores, que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bastante diferencia entre la confirmacion de que hablan las leyes, y la que se usa al presente. El dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez; si no es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion. (4) Segun la ley de Partida, solo los testamentarios, y estos no todos, sino algunos. (5) Conforme á la práctica del dia se confirman, ó se les discierne el cargo, aun á los que están legítimamente nombrados tutores: por derecho solamente aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aquí se deduce, que hablando en rigor de derecho, la confirmacion es, *un acto por el cual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente*. Es necesaria, pues, la confirmacion judicial, á la que nuestros prácticos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto, ó está en el testador mismo, ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador siempre que lo dé

(1) L. 8. tit. 16. Part. 6.

(2) Feb. cinco juic. lib. 1. cap. 1. §. 2. núm. 62.

(3) L. 7. al fin tit. 16. P. 6.

(4) Feb. lib. 1. cap. 1. §. 2. núm. 56.

(5) L. 8. tit. 16. Part. 6.

el que no tenga patria potestad en los hijos; v. g., la madre, ó el abuelo, supuesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad; luego el que dá tutor á unos pupilos que no están en su potestad, lo dá viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio sino lo nombra en testamento, ó codicilo. En ámbos casos, el nombramiento de tutor debía ser nulo; mas en atencion á la insigne confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por el juez, y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento. (1)

Se puede hacer la confirmacion de dos maneras, ó sin inquisicion ó con ella. Sin inquisicion se hace, si el padre dá tutor en su testamento, pero viciosamente; lo que puede acontecer de tres maneras. 1.<sup>a</sup> Si dió tutor al hijo emancipado. 2.<sup>a</sup> Si lo dió á su hijo natural; pues en uno y otro caso carece de patria potestad. 3.<sup>a</sup> Si lo dió en testamento imperfecto, ó en otra disposicion ilegítima. En estos casos debe ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion; porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, si no es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario, con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos. 1.<sup>o</sup> Si la madre dá tutor á sus hijos á quienes instituye por herederos. 2.<sup>o</sup> Si el padre lo dá á sus hijos naturales no instituidos por herederos. 3.<sup>o</sup> Si un extraño dá tutor á un pupilo á quien deja su herencia. (2) En todos estos casos no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor por falta de patria potestad: no obstante el juez lo confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce á investigar. 1.<sup>o</sup> Si será útil al pupilo esta tutela. 2.<sup>o</sup> Si el tutor es hombre bueno ó malo. 3.<sup>o</sup> Si es amigo ó enemigo del pupilo &c.

(1) L. 8. tit. 16. Part. 6.

(2) L. 6. y 8. tit. 16. Part. 6.

## TITULO XV.

## DE LA TUTELA LEGITIMA.

La segunda especie de tutela es la *legítima*. Se llama así, porque estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama á la tutela. Esta es de cuatro maneras. 1.<sup>a</sup> La de los parientes inmediatos, de que se trata en este título. 2.<sup>a</sup> La de los patronos para con sus libertos, en el 17. 3.<sup>a</sup> La del padre para con su hijo emancipado ántes de la pubertad, en el 18. 4.<sup>a</sup> La del hermano para con su hermano emancipado y menor de 14 años. Estas tres últimas especies, el día de hoy casi están sin uso. La primera es bastante usada, por lo que se debe tratar con mas estension.

Tiene lugar esta tutela legítima, cuando el padre muere intestado; porque es regla general que *habiendo tutor testamentario, no se admiten los legítimos*. Solo, pues, son admitidos, cuando el padre del pupilo muere intestado. (1) Se dice morir el padre intestado, no solo cuando del todo no hizo testamento, sino tambien cuando aunque lo haya hecho, nada dispuso acerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legítima. La razon porque habiendo tutor testamentario es excluido el legítimo, se deduce del principio que hemos explicado arriba. La tutela es semejante en derecho á la herencia; luego así como faltando heredero instituido en el testamento sucede el legítimo, así no habiendo tutor testamentario, el pariente mas cercano, á que llamamos legítimo, recibe la tutela.

El fundamento de esta tutela, se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparándose en derecho la tutela á la herencia, formaron los juriconsultos este axioma: *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela*. Esta regla casi con las mismas palabras, se halla en la ley 10. tit. 16. Part. 6. Ahora, pues;

(1) L. 9. tit. 16. Part. 6.

llamando la ley á los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos sean llamados al cargo de la tutela.

De este axioma inferimos: que deben ser tutores legítimos del pupilo, que no lo tiene testamentario, sus parientes consanguíneos mas cercanos por ambas líneas; (1) y habiendo muchos en igual grado, lo serán todos. (2) Pero en este caso, para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos, deben elegir entre sí quien ha de egercer la tutela; y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idóneo y dé mayor seguridad, y solo éste será tutor en efecto; y los demás se tendrán por honorarios. (3) Si el pupilo tiene madre, la pertenece ante todos esta tutela; y si no la quiere, á la abuela, (4) y en defecto de ámbas, deben entrar los parientes como se ha dicho.

## TITULO XVI.

CUANDO PIERDEN LOS PARIENTES EL DERECHO A LA  
TUTELA POR LA PERDIDA DEL ESTADO  
Ó DE LA CABEZA.

Entre los romanos se llamaba *cabeza* todo aquel cuyo nombre se escribía en las tablas del censo, ó padron general de la república. Mas como en ellas no se escribían sino los hombres libres, los ciudadanos y los padres de familia, de aquí dimanó que lo mismo fuera tener cabeza, que gozar de algunos de los estados de libertad, de ciudad ó de familia. Cualquiera, pues, que no tiene alguno de éstos, se dice en derecho que no tiene cabeza, v. g., el siervo. Aquel que tuvo los tres y los perdió todos ó alguno de ellos, se dice que *perdió la cabeza: capite minui*. (5)

(1) L. 9. tit. 16. Part. 6. y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.

(2) Dha. ley 9.

(3) L. 11. tit. 16. Part. 6.

(4) L. 9. del mismo tit.

(5) L. 18. tit. 1. P. 6.

Con lo dicho se entiende fácilmente esta definición: pérdida de cabeza, no es otra cosa que *la mutacion del estado que se tenía en la república*; (1) luego cuando alguno de hombre libre pasa á ser siervo, de ciudadano á peregrino, ó de padre de familias á hijo, hay pérdida de cabeza; y no al contrario si de siervo pasa á libre, de peregrino á ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo, pues, de tres maneras la cabeza ó el estado: de libertad, de ciudad y de familia; tambien es de tres maneras la pérdida de cabeza, *máxima, media y mínima*. La máxima es, por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia; porque cuando alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es, por la que se pierde el derecho de ciudad. El que padece esta mutacion, queda en realidad hombre libre; pero se hace extranjero y deja de ser padre de familias. Mínima es, por la que se pierden los derechos de padre de familias, no obstante que se conservan los de la libertad y de ciudad. (2) En una palabra, la máxima se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la mínima al estado de familia. La máxima y media se llaman en derecho muerte civil. (3)

Hemos visto ya, qué sea la triple pérdida de cabeza: veamos ahora quiénes la padecen. La máxima la padecían: 1.º Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros permanecen libres, pero entre los romanos eran hechos siervos; y así perdían el estado de libertad, y no lo recobraban, si no es que volviesen á su casa, que entonces por el derecho de *postliminio* eran restablecidos en todos sus derechos. (4) 2.º Los mayores de 20 años que dolosamente se vendían por medio de otro para gozar del precio. (5) Estos quedando siervos en pena de su fraude, perdían el estado de libertad, y padecían la máxima pérdida de

(1) Dha. ley 18.

(2) La misma ley.

(3) L. 2. tit. 18. Part. 4.

(4) L. 1. tit. 29. Part. 2.

(5) L. 1. tit. 21. Part. 4.

cabeza. 3.º Los siervos de la pena. Estos tuvieron su origen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes, ni condenados al último suplicio. En fuerza de esta ley, siempre que algun magistrado se atrevía á imponer semejantes penas á algun ciudadano romano; levantaba éste la voz y decía: *soy ciudadano romano*, é inmediatamente se le debía dejar en libertad. Tenemos un ejemplo de este en el libro de los Hechos Apostólicos, en donde se cuenta, que el Apóstol S. Pablo se libró de este modo de la crueldad del tribuno de los soldados. (1) Gozando, pues, de un privilegio tan exorbitante los ciudadanos romanos; y no siendo posible que una república se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fué necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados al último suplicio, por la sentencia capital se habían hecho siervos, y por consiguiente, que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado á muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

Este fué el origen de la servidumbre de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la esplican con diferencia. Segun ellas, es llamado siervo de la pena, aquel que es condenado á trabajar perpetuamente en obras públicas, ó en otros servicios penosos de utilidad pública. (2) Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue; pero habiéndose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales, condenando á los reos incorregibles y del todo abandonados, á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras ínfimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante, en el dia ni con impropiedad puede llamarse ésta servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser perpetua.

(1) Act. Ap. cap. 22. v. 24. 25. et 26.

(2) L. 2. tit. 18. Part. 4. y 18. tit. 1. Part. 6.

En efecto, el amor á la humanidad, hizo atender á que la penalidad y afan de estos trabajos era insufrible; y así, con la mira de evitar, el total aburrimento y desesperacion de los infelices que se veían sujetos á su interminable sufrimiento, se dispuso que no pudieran los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales á reo alguno; por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que segun la práctica del dia se padezca la pérdida de cabeza que llamaban máxima.

La media padecían entre los romanos: 1.<sup>a</sup> Aquellos á quienes se prohibía el uso del agua y del fuego. Esta pena se originó de que los ciudadanos romanos gozaban el privilegio de no perder contra su voluntad los derechos de ciudad. Segun esto, para privar de ellos á algun delincuente, era necesario mandar, no que saliese para un destierro, porque á esto, segun hemos dicho, no podía ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponían guardias para que le impidiesen usar de ámbos elementos. Mas como de esta suerte no podía vivir, se veía obligado á salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo de este modo los derechos de ciudadano romano. 2.<sup>a</sup> La misma padecían los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpetuamente por sus delitos, y mandados conducir á alguna isla despues de haberles confiscados todos sus bienes. (1) Se distingue la deportacion de la relegacion, en que en ésta no se confiscan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y relegacion, hablan las leyes de Partida casi en los mismos términos que el derecho de los romanos. (2)

La mínima pérdida de cabeza padecían los adrogados y los emancipados; pero segun nuestro derecho, solo la padecen los primeros, porque de hombres libres de toda po-

(1) L. 2. tit. 18. Part. 4.

(2) Ll. 2. y 3. tit. 18. Part. 4.

testad ó padres de familia, se hacen hijos y se reducen á la patria potestad del adrogante. (1)

En el dia por ninguna de estas pérdidas de derechos, se pierde el que los parientes consanguíneos tengan á la tutela de sus parientes pupilos. Pero por razon de ser infame aquel, á quien por sus delitos se impongan las penas de presidio, arsenales ó destierro, debería ser privado de la tutela legítima, aun cuando cumplido el tiempo de su condena volviese á la ciudad. (2)

## TITULO XVII, XVIII Y XIX.

### DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS PATRONOS, DE LOS PADRES Y DE LOS HERMANOS.

Entre las tutelas legítimas, ó que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. Patrono, se dice aquel que dió la libertad graciosamente á un siervo. Entendemos, pues, por tutela legítima de los patronos la que pertenece conforme á derecho al patrono en el liberto manumitido ántes de la pubertad. (3)

El fundamento de esta tutela es el mismo que el de la legítima de los consanguíneos: á donde corresponde el derecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela. (4) Ahora, pues; como muriendo sin hijos el liberto, y sin padre ó madre, ni otro pariente de los que conforme á derecho le habían de heredar, sucedía el patrono; se infiere de aqui que debía ser su tutor legítimo. (5)

Tutela legítima de los padres, se llamaba la que egercian éstos en los hijos emancipados ántes de la pubertad. (6) En el dia como ninguno puede emancipar á sus hijos me-

(1) L. 7. tit. 7. Part. 4.

(2) Arg. de la ley 7. tit. 6. Part. 7.

(3) L. 10. tit. 16. Part. 6.

(4) Dha. ley 10.

(5) Dha. ley 10. tit. 16. Part. 6.

(6) La misma ley 10.



nores sin autoridad real, ó aprobacion del Consejo en sus respectivos casos, dificilmente tiene lugar esta tutela.

La tutela fiduciaria, es la que egercia el hermano mayor de 25 años en su hermano emancipado, y menor de 14 años despues de muerto su padre, que era su tutor legitimo. (1) Pero esta tutela nunca ha tenido, ni puede tener lugar entre nosotros; pues aunque se verifique el caso que se figura, entrará el hermano á ser tutor, pero no fiduciario, sino legitimo, por ser el pariente mas cercano del pupilo.

## TITULO XX.

### DE LA TUTELA DATIVA.

Hasta aquí hemos explicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legitima: resta la tercera que es la dativa. Se llama así, porque este tutor es dado no en testamento ni por ley, sino por el juez. Definiremos, pues, esta dacion de tutor: *un acto por el cual el magistrado con autoridad de la ley nombra tutor al pupilo que no lo tiene testamento ni legitimo.* (2) De esta definicion inferimos: 1.º Que para conseguir el fin de esta tutela, que es que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento, debe ser dado el tutor puramente, y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto, ni á dia cierto, ni para cierto tiempo, como puede suceder en el testamentario. (3) La razon de diferencia ya la hemos insinuado, y es porque el defecto del testador puede ser suplido por el juez nombrando curador al pupilo; pero el de éste no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provéa á la necesidad del huérfano desamparado. 2.º Que esta tutela es subsidiaria; es decir, que

(1) Dha. ley 10.

(2) L. 12. tit. 16. Part. 6.

(3) L. 8. tit. 16. Part. 6. y en ella Greg. Lopez núm. 4. v. se condicion.

no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento, ó de parientes cercanos que lo sean conforme á derecho. (1) 3.º Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autoridad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio del pupilo, ó del lugar en que nació, ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen, será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho primero; y si todos los hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupilo. (2) De esta regla se exceptúan los hijos primogénitos de los grandes, á quienes dá el Rey tutor por sí mismo, ó confiere especial comision á algun magistrado para que se lo dé. (3)

Ultimamente deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parientes del pupilo. Y en caso de que nadie lo pidiese y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio, (4) en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo, si los bienes del pupilo valiesen mas de 500 maravedis; pero si no ascendieren á esta cantidad, podrá delegar al inferior la dacion de tutor. (5)

## TITULO XXI.

### DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

Hemos visto hasta aquí todas las especies de tutores: siguese ahora tratar de sus oficios. Estos, unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo, los principales son: 1.º Darle educacion é instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes.

(1) L. 12. tit. 16. Part. 6.

(2) La misma ley 12.

(3) L. 14. tit. 5. lib. 2. Rec. de Cast.

(4) L. 12. tit. 16. Part. 6. y en ella Gregorio Lopez núm. 7.

(5) Dha. ley 12.

tes, atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades. (1) 2.º Alimentarlo del modo y en los términos que el padre haya dispuesto en su testamento, ó en los que el juez dispusiere con consideracion á los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los réditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades. (2)

3.º Con el nombre de alimentos se entiende, no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien todos los demás gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, así en lo moral como en lo civil. (3) 4.º La habitacion ó casa, debe ser la que el padre haya señalado al pupilo en su testamento, y no habiendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ó casándose ésta, en donde determine el juez; pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes. (4)

El cuidado de los bienes del pupilo, compone la segunda parte de los oficios del tutor. Este consiste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Dijimos arriba, que la tutela era una fuerza y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto, es digno de observarse, que estas dos palabras no son sinónimas, sino que la fuerza denota una facultad mayor que la autoridad. La fuerza, pues, la egercen los tutores en los infantes; y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año séptimo de la edad: el tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad, se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el pupilo próximo á la infancia, y en la segunda próximo á la pubertad. Segun estas reglas, para mayor claridad diremos, que el hombre se llama infante hasta los siete años: próximo á la infancia hasta los diez y medio: próximo á la pubertad hasta los 14: en

(1) L. 16. tit. 16. Part. 6.

(2) Ll. 19. y 20. tit. 16. Part. 6.

(3) L. 16. tit. 16. Part. 6.

(4) L. 19. del mismo tit.

Los 14 puer: plenamente puer hasta los 18; y mayor á los 25. La muger será infante hasta los siete años: próxima á la infancia hasta los nueve y medio: próxima á la pubertad hasta los 12: puer en los 12: plenamente puer á los 14; y mayor á los 25. Estos términos de la edad, se deben tener presentes y observarse con cuidado.

No se puede dudar, que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante, que en el que se halla próximo á la infancia ó á la pubertad. Cuando el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace el tutor en su nombre, y en este caso se dice propiamente que administra. (1) Mas si el pupilo se halla próximo á la infancia ó á la pubertad, puede hacerlo todo con tal que su tutor esté presente y apruebe lo que ha de obrar; (2) en cuyo caso se dice que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos egejemplos. Un pupilo infante no puede contraer, aceptar una herencia ó mover un pleito: todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario: el mayor de siete años, contrae legitimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que esté presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aquí nace, que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo*, por que en realidad, el tutor aumenta y completa lo que falta á la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre; pero el que es mayor de esa edad, aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene, pues, el tutor á completar lo que falta á este pupilo, y aumentar su persona cuando aprueba y consiente. Por tanto esta aprobacion y consentimiento del tutor, es lo que propiamente se llama autoridad.

De estos principios nace la definicion de la autoridad. Es, pues, *un acto por el cual el tutor aprueba lo que el*

(1) L. 17. tit. 16. Part. 6.

(2) La citada ley 17.

*pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion.* (1) Se dice que es un *acto*, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion espresa, lo que significa la palabra *otorgamiento* de que usa nuestro derecho. (2) Se dice que *por él aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia obra*; porque si el pupilo es todavía infante, nada puede obrar, sino que entonces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice últimamente *capaz de hacer peor su condicion*; porque como veremos despues, puede el pupilo sin autoridad de su tutor hacer mejor su condicion; pero de ninguna manera hacerla peor. (3) V. g.; si Ticio dona al pupilo una onza de oro, es válida la donacion aunque el tutor no esté presente ni la apruebe; pero si el pupilo promete á Ticio un caballo, no nace obligacion de esta promesa, si no es que el tutor la hubiese autorizado. (4)

De la definicion que hemos explicado, se deducen dos axiomas. 1.º La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intenta algun negocio del cual puede resultar peor la condicion del pupilo. 2.º El tutor mediante la autoridad suple la falta de juicio del pupilo.

El primer axioma establece, que es necesaria la autoridad del tutor siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo, porque mejorarla puede aun sin noticia ni consentimiento suyo. ¿Pero cuándo se dirá que hace mejor su condicion el pupilo, y cuándo peor? La hace mejor, siempre que obliga á otro; v. g., cuando otro le promete, le dona ó le dá en comodato. La hace peor, siempre que el pupilo se obliga á otro; v. g., cuando promete, dona, dá en comodato. (5) De aquí nacen dos importantes conclusiones. 1.ª Que el pupilo sin necesidad de autoridad alguna, puede aceptar promesas y adquirir por

(1) L. 17. tít. 16. P. 8.

(2) Dha. ley 17.

(3) La misma ley 17.

(4) La propia ley 17.

(5) Dha. ley 17.

cualquier título lucrativo, porque de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro si no interviene la autoridad del tutor. Por ejemplo, un mercader vende un reloj de oro á un pupilo en 100 pesos, pero sin consentimiento de su tutor. Verificada la compra, dá parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien, lo aprueba y dá orden de que se entregue el precio: el mercader que mientras tanto se había arrepentido de la venta, quiere disolverla fundándose en que no quedó obligado, por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora, ¿quedaría obligado? No hay duda que sí, segun los principios sentados. (1) Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo á que pagase el precio, respondería éste muy bien, que no había podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contrato el mercader se obligue, y el pupilo quede libre; pero no es así, porque voluntariamente se sujeta á ese gravamen el que contrae con el pupilo sin auencia de su tutor; y por tanto, no debe tener á mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio.

Todo lo dicho es consiguiente á los principios establecidos: únicamente admite duda, ¿si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podría parecer supérflua la autoridad en este caso, porque el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor; en cuyo caso, segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante, de nuestras leyes se deduce claramente, que sería nula semejante aceptacion. (2) La razon es, porque la aceptacion de la herencia, es un cuasi contrato por el cual se obliga el heredero, no solo á pagar á los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fideicomisarios lo que se les haya dejado en el testamento; es así, que á na-

(1) La misma ley 17.

(2) Arg. de dicha ley 17. tít. 16. Part. 6.

no puede obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor; (1) luego ni aceptar la herencia.

El segundo axioma dice: que el tutor con su autoridad suple la falta de juicio del pupilo. De aquí tambien se deducen varias conclusiones. 1.<sup>a</sup> El tutor no puede interponer su autoridad en causa propia: (2) es decir, no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que interese á él y al pupilo. La razon es, porque cuando el tutor suple la falta de juicio del pupilo, uno y otro forman como una sola persona, la cual no puede contraer consigo misma. 2.<sup>a</sup> El tutor no puede comprar cosa alguna del pupilo, porque así interpondría su autoridad en causa propia, lo que no puede segun hemos dicho. (3) Se exceptúa el caso de que comprase con licencia del juez y consentimiento de los contutores, por evitarse de este modo que el pupilo sea dañado; pero si lo fuere, puede pedir restitucion dentro de cuatro años despues de haber llegado á la mayor edad. 3.<sup>a</sup> Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á éste otro tutor que lo defienda, al cual llaman *curador ad litem*. La razon es, porque el pupilo por la contestacion del pleito quasi contrae: el que quasi contrae se obliga: el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor: el tutor no puede interponer su autoridad en causa propia; luego es necesario que se le dé otro que autorice. (4)

## TITULO XXII.

### DE LOS MODOS DE FENERSE LA TUTELA.

Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este axioma: *cesando la causa, cesa la tutela*. La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad

(1) La misma ley. 17.

(2) Arg. de las leyes 4. tit. 5. Part. 5. 18. tit. 16. Part. 3. y 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 4. tit. 5. Part. 5. y 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) Arg. de la ley 13. tit. 16. Part. 6.

no es capaz de dirigirse por sí mismo; luego si no hay necesidad de estos oficios, ó el tutor no los puede cumplir, se acabará la tutela.

De este axioma se infiere claramente, que se disuelve la tutela por la muerte ya del tutor, ya del pupilo. (1) La razon es, porque muerto el primero, no es ya capaz de guardar al pupilo; y muerto éste no necesita de guarda. De allí mismo se colige, que la tutela no pasa á los herederos, por ser un cargo público y personal que espira con la persona. Se exceptúa la tutela legitima que pasa á los herederos, por ser éstos los parientes mas cercanos.

Otro modo de acabarse la tutela, es por la pérdida de cabeza. Porque como se equipara á la muerte segun hemos visto, se le atribuyen con razon los mismos efectos. Pero es necesario distinguir, entre pérdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por cualquiera de las tres que padezca el pupilo, se acaba la tutela. No así el tutor: éste por la pérdida máxima y media, queda privado del egercicio de su empleo; pero no por la mínima. (2) La razon es esta: si el pupilo padeciese la máxima, se haría siervo: si la media, extranjero: si la mínima, hijo de familia por la adrogacion: es así, que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un extranjero por ser esta un derecho propio de los ciudadanos, ni un hijo de familia por estar bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se dá tutor; luego en cualquiera de estos casos feneces la tutela. La razon porque el tutor que padece la máxima y media pérdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el extranjero, no pueden ser tutores por ser incapaces por derecho de todo cargo público. La mínima no daña al tutor; porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos públicos se reputa por padre de familia. (3)

El tercer modo de acabarse la tutela, es la pubertad ó la edad de 14 años en los varones, y de 12 en las mugeres.

(1) L. 21. tit. 16. Part. 6.

(2) Dha. ley 21 tit. 16. Part. 6.

(3) L. 4. tit. 16. Part. 6. y en élla Greg. Lopez núm. 6.

res. (1) Una de las razones porque se había dado la tutela, y la principal, es para que el pupilo sea educado bajo el gobierno y direccion del tutor: cesa, pues, ésta cuando ha llegado á la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavia todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo, y administrar sus bienes, le ha proveydo el derecho de otra guarda con el nombre de curatela. Esta, aunque en rigor podia llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado así, porque en realidad se advierte diferencia entre los cargos del tutor y del curador: aquel como hemos notado ya, tiene por principal objeto la persona, y éste los bienes del pupilo. Se dice, pues, con razon; que á los 14 años se ha concluido la tutela, no obstante que haya de comenzar la curatela.

El cuarto modo, es la llegada del día, ó cumplimiento de la condicion con que fué dado el tutor. (2) Pero éste, solo puede tener lugar en la tutela testamentaria, porque solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto día, ó bajo de condicion. Por ejemplo, si el padre digese en su testamento: Ticio sea tutor de mis hijos por cinco años; ó sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos pasado el quinquenio, ó si el tutor procrea hijos, cesará la tutela porque ya llegó el día señalado, ó se verificó la condicion.

El quinto modo de fenecer la tutela, es la escusa; y el sexto, la remocion del tutor sospechoso. (3) Pero como estos modos son comunes á los tutores y curadores, porque unos y otros pueden excusarse, ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los últimos títulos de este libro.

Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion, y entregar al menor ó á su curador todos los bienes existentes. (4) Esta

(1) L. 21. del mismo tít.

(2) L. 21.

(3) Dña. L. 21.

(4) La misma L. 21. al fin.

obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general que todo aquel que administra cosas ajenas está obligado á darlas. ¿Pero que arbitrio se tomará cuando el tutor se resista á verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada *de tutela*, que no se debe confundir con la de sospechoso y de revision de cuentas, porque se diferencian en el tiempo en que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso tiene lugar durante la tutela, siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad. La de tutela se entablá fenecida ésta, y ántes de rendirse las cuentas; y la de revision de cuentas, despues de dadas éstas, pero mal y con fraude. El fin de la primera, es que el tutor sea removido; el de la segunda, que dé cuentas; y el de la tercera, que se glosen y revisen estas mismas, y que hallándose que el tutor sustrajo algo de los bienes, lo restituya con pena á arbitrio del juez. (1)

En la accion de tutela se debe observar que es, ó directa ó contraria. La directa se dá al pupilo despues de la pubertad contra el tutor, sus fiadores y sus herederos para que dé cuentas con pago: (2) la contraria se dá al tutor fenecida la tutela contra el pupilo, para que lo indemnice si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo, ó si ha sufrido algun daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

No solo debe ser indemnizado de las espensas que haya hecho de su cuenta en la administracion de la tutela, sino que á mas de esto puede abonarse y tomar para sí, por razon de su trabajo y responsabilidad en que se constituyó, la décima parte de los frutos que los bienes de su menor hayan producido mientras duró la tutela. (3) Este beneficio se estiende tambien á los curadores; pero en el supues-

(1) L. 21. tít. 16. y 4. tít. 17. Part. 6.

(2) L. 21. al fin.

(3) Ll. 3. tít. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo y 2. tít. 7. lib. 3. del Fuero Real.

to de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones.

## TITULO XXIII.

### DE LA CURATELA Y CURADORES.

Casi todo lo que se ha dicho hasta aquí pertenece á la tutela: síguese ahora tratar de la curatela. Esta es: *una potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos.* (1) Se dice *una potestad*, no con derecho de adquirir para sí, como la que tiene el padre en sus hijos, el señor en sus siervos; sino directiva, como la que compete á todos los administradores de las cosas ajenas. Porque así como el tutor cuida de la persona del pupilo, y por eso su oficio es una fuerza y potestad para educarlo y defenderlo, así la curatela es una potestad de administrar las cosas y bienes. Se añade, *de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*, para denotar que los curadores se dan á los que en realidad son personas, esto es; á los mayores de 14 años; pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus cosas. Tales son los menores de 25 años, los furiosos, pródigos, perpetuamente enfermos y ausentes. (2)

De esta definicion nacen las diferencias que hay entre el tutor y el curador. 1.<sup>a</sup> El tutor se dá primeramente para la persona, y secundariamente para las cosas. 2.<sup>a</sup> Hablando con rigor y propiedad se dice que el tutor interpone autoridad, porque es necesario que aumente y complete la persona del pupilo y supla el defecto de la impubertad; pero como nada falta á la persona de los púberes, se dice que el curador presta consentimiento, no que interpone autoridad. 3.<sup>a</sup> Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador. (3) V. g., si nace pleito entre el

(1) Ll. 12. y 13. tit. 16. Part. 6.

(2) L. 13. tit. 16. Part. 6. y en ella Gregorio Lopez núm. 1.

(3) Dha. ley 13.

pupilo y el tutor, ó si éste se enfermá ó ausenta. 4.<sup>a</sup> El tutor se dá al pupilo aunque no lo quiera; (1) pero el curador no se dá al menor si no lo pide, excepto en los pleitos, para los que precisamente se le debe nombrar. (2) Ultimamente, el curador se puede dar para un acto ó cosa sola; pero el tutor ha de ser para la persona y todos los negocios del pupilo. (3)

Veamos ahora cuantas especies hay de curatela. La tutela dijimos que era, ó testamentaria, ó legítima ó dativa; pero toda curatela, hablando con propiedad, es dativa. (4) Es verdad que suele darse á los furiosos ó mentecatos por curador á algun pariente suyo cercano; pero á ninguno de éstos corresponde la curatela por ministerio de la ley, sino por nombramiento del juez. Tampoco debe haberla testamentaria. (5) La razon que motivó esta disposicion antiguamente, fué que parecía absurdo que el padre dispusiese de la curatela en un tiempo en que el hijo se hallaba en estado de otorgar testamento. A la manera, pues, que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede dar heredero á su hijo en un tiempo en que éste puede testar é instituir heredero, de la misma manera, solo puede dar tutor para el tiempo que precede á la pubertad; pero no curador para despues de élla, porque entonces el hijo es capaz de testar, y así se juzgó que la provision paterna no debía llegar hasta allá. No obstante, aunque la curatela no se debe dejar en testamento, si el padre la deja á su hijo, debe confirmarla el juez, si el curador le parece apropósito para evacuar su encargo. Podemos, pues, decir que toda curatela es dativa, porque siempre toma su fuerza del nombramiento ó aprobacion del juez: y de lo dicho en la definicion inferimos, que tiene lugar: 1.<sup>o</sup> en los menores de edad: 2.<sup>o</sup> en los furiosos y mente-

(1) L. 1. tit. 16. Part. 6.

(2) Dha. ley 1.

(3) La citada ley.

(4) L. 12. tit. 16. Part. 6.

(5) L. 13. tit. 16. Part. 6.

catos: 3.º en los pródigos; y 4.º en los perpetuamente enfermos, ausentes ó impedidos.

La primera especie de curatela dativa, es la que se dá á los menores de 25 años, en consideracion á que por falta de edad no están aptos para tomar la libre administracion de sus bienes. (1) Es verdad que ninguno que haya llegado á la pubertad debe ser compelido á recibir curador sino para los negocios judiciales; (2) pero tampoco puede siendo menor tratar y contratar sin tenerlo. Deben, pues, todos pedirlo y nombrarlo; y siendo idóneo el que eligieren, debe ser confirmado por el juez. El medio que se ha juzgado mas oportuno para que lo pidan, es no dar por concluida la tutela ántes de que tengan curador, privando de la administracion de sus bienes á los que no lo tienen. De esta suerte se verifica que no se dá curador, sino á los que lo quieren, y que se dá á todos los menores.

De esta regla se exceptúan los que obtienen del supremo Consejo vénia de edad, ó habilitacion para administrar sus bienes sin necesidad de curador. Para impetrar esta licencia ó facultad, se requiere en el varon la edad de 20 años, y en la muger la de 18; y que unos y otros acrediten con informacion judicial, que son hábiles para la administracion y manejo de sus cosas. Despues de impetrada, es necesario que se presenten con ella al juez de su domicilio para que les conste estar habilitados ó dispensados, y evacuar lo que por el Consejo se lo ordene en ella. Verificado esto, queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos y comerciar del modo que quiera, quedando eficazmente obligado. (3) Pero no obstante la vénia, conservan los menores el beneficio de la restitucion. (4) Y como no se estiende á mas que á la administracion, si no es que se espresé, no pueden vender ni gravar sus bienes raíces sin licencia del juez, ni hacer otras

(1) L. 13. del mismo tít.

(2) Dha. ley 13.

(3) Auto acordado 26. tít. 5. lib. 3. Rec. de Cast.

(4) Arg. de la ley 207. de Estilo y 5. tít. 11. Part. 5.

cosas que están permitidas solamente á los mayores de 25 años. (1)

Se exceptúan tambien los mayores de 18 años, casados, á quienes se les concede que puedan administrar sus bienes, y los de sus mugeres sin necesidad de vénia; (2) pero tampoco éstos quedan privados del beneficio de la restitucion cuando hayan sido dañados, ni pueden vender sus bienes raíces sin decreto del juez.

Por el contrario los indios, aunque sean mayores de 25 años, los reputa el derecho como menores en la enagenacion de sus bienes. La razon es, porque su estupidez é ignorancia hace temer que sean engañados fácilmente. Para evitar, pues, cualquiera daño que les pueda resultar, se dispone: que cuando los indios hayan de vender sus bienes sean raíces ó muebles, se pongan á pregon en almoneda pública á presencia de la justicia; los raíces por término de 30 días, y los muebles por nueve; y que lo que de otra forma se rematare sea de ningun valor ni efecto. Pero si al juez pareciese que hay justa causa para abreviar el término en cuanto á los muebles, lo puede hacer. Esta disposicion tiene lugar cuando el valor de los bienes escede de 30 pesos; porque si fuere ménos, bastará que el vendedor indio parezca ante algun juez ordinario á pedir licencia para hacer la venta; y constándole por alguna averiguacion que es suyo lo que vende, y que no le es dañosa la enagenacion, le dará su licencia interponiendo su autoridad en la escritura que se otorgue. (3)

La segunda especie de curatela dativa, es la de los furiosos y mentecatos. (4) A éstos, aun repugnándolo se les dá curador, porque la falta total de juicio los hace incapaces de la administracion de sus bienes. Como los pródigos, en el efecto, no distan mucho de los furiosos por no saberse conducir como sensatos y cuerdos, los ha equipara-

(1) Feb. Ref. 1.ª pte. cap. 23. num. 38.

(2) L. 14. tít. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 27. tít. 1. lib. 6. Rec. de Ind.

(4) L. 13. tít. 16. Part. 6.

do el derecho, y así como previene que se dé curador á éstos, se debe dar también á aquellos; porque donde milita la misma razón, debe tener lugar la misma disposición de derecho. (1) Pero es necesario hacer distinción entre pródigos moral y jurídicamente tales. Los primeros, son todos aquellos que ninguna economía observan en los gastos, desuertes que dilapidan sus bienes. En este sentido no se toma aquí la palabra; porque si á todos los pródigos de este género se hubiese de dar curador, se encontrarían muchos á quienes sería muy conveniente nombrárselo. Pródigos jurídicamente son los que el juez con conocimiento de causa ha declarado tales, y en su consecuencia les ha prohibido que administren sus bienes. A éstos únicamente se les debe nombrar curador, ya sea pariente suyo, ya extraño; y verificado esto, á nada pueden obligarse sin su consentimiento, como si fueran menores. (2)

Finalmente se puede nombrar curador á los perpetuamente enfermos, ausentes ó de otra manera impedidos; (3) porque en todos estos tiene lugar la razón fundamental de la curatela, que hemos dado en la definición.

Pueden dar curadores, los mismos jueces que dan tutores, y pueden ejercer este cargo, todos los que son hábiles para ejercer el de la tutela, y por tanto aun los hijos de familia, como sean mayores de 25 años. Pero no podrá ser obligado á que reciba la curatela, el mismo que fué tutor del pupilo; (4) y la razón es, porque sería cosa incivil gravar á un amigo con una doble carga. No obstante, en el día está recibido, que el que fué tutor continúe en la curatela hasta la mayor edad.

Se acaba ésta, por parte de aquel á quien se ha dado curador, siempre que cesa la causa porque se dió. Por ejemplo, cesando la locura, cesa la curatela del loco: cesando la prodigalidad, enfermedad ó la menor edad, cesa la de

(1) L. 5. tit. 11. Part. 5.

(2) Dha. ley 5.

(3) Ll. 1. tit. 2. Part. 3. y 13. tit. 16. Part. 6.

(4) L. 3. tit. 17. Part. 6.

los pródigos, enfermos ó menores, siendo principio constante, que cesando la causa debe cesar el efecto. Por parte del curador se acaba, por excusa legítima que pruebe: v. g., que tiene necesidad de ausentarse del lugar. Lo mismo debe decirse cuando por no administrar con fidelidad, es removido como sospechoso (1) Pero de estos dos modos trataremos en los últimos títulos.

Acabada la curatela, competen al menor contra su curador, y á éste contra aquel, las mismas acciones que dijimos tener el pupilo contra su tutor, y éste contra el pupilo. [\*]

## TITULO XXIV.

### DE LAS FIANZAS QUE DEBEN DAR LOS TUTORES Y CURADORES.

**H**asta aquí hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Síguense ahora algunas cosas que son comunes á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las excusas, y el crimen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean fácilmente defraudados de sus créditos; no obstante, hay muchos casos en que no se puede admi-

(3) L. 21. tit. 16. Part. 6.

[\*] Esta acción de la curatela se llamaba *útil* en las leyes de los romanos. La razón era, porque todas aquellas acciones que nacían inmediatamente de las palabras de la ley, se llamaban *directas*, y las que los jurisconsultos deducían por interpretación tomada de la razón de la ley, se decían *útiles*. Ahora, pues; como las leyes de las doce tablas solo habían hecho mención de la acción de la tutela, sin hablar nada de la de la curatela, juzgaron los jurisconsultos que aquella misma podía acomodarse á los curadores, porque donde hay la misma razón, debe haber la misma disposición de derecho. Entre nosotros no se necesita de esta acción útil, porque tanto la de tutela como la de curatela se hallan expresas en la ley 21. tit. 16. Part. 6. que con el nombre de *guardadores* entiende á los tutores y curadores.



tir otra, sino la *fideiusoria*. Tal es el de los tutores y curadores, á los que, no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduría; es nulo cuanto egecuten, y sé les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, porque es indeterminada la cantidad á que puede ascender el daño que el tutor ó curador cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen, v. g., cinco mil pesos, y despues al tiempo de las cuentas se advirtiese un descubierto de diez mil, habría sido inútil al pupilo la caucion *pignoraticia*. Son, pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren, que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

Con lo dicho se viene fácilmente en conocimiento de la razon por qué se han inventado estas fianzas. La primera, porque aunque el tutor se dá principalmente para la persona, no obstante, administra los bienes del pupilo, y el curador se dá principalmente para las cosas. Siendo, pues, regla general que todos los que administran cosas ajenas, deben dar cuenta y afianzar, se sigue que es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion: A esto se añade la especial conmiseracion de que son dignos los huérfanos, porque importa á la república que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro, tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podría conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

Pero como no todos indistintamente estén obligados á ello, se hace preciso investigar cuáles son los que deben prestar esta caucion, y cuáles nó. Sobre este punto establecerémos un axioma general, del cual se deducen algunas conclusiones especiales. Este es: *que todos los tutores y curadores en quienes cabe alguna sospecha, están obligados á afianzar*. Se hará claro este axioma teniendo presente el fin de esta caucion, el cual segun ya hemos notado, es el de que los bienes del pupilo estén seguros así de la malicia como de la negligencia del administrador: luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo, ó le cause daño en sus bienes cesando la causa,

debe tambien cesar el efecto que es la fianza. De este axioma inferimos: 1.º quienes no dan fianzas: 2.º los que están obligados á darlas.

No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamento sean ó no confirmados por el juez. (1) La razon es, porque el padre por el hecho mismo de nombrarlos, dá una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que dá por tutor á su hijo, y de que está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano. No teniendo, pues, lugar en éstos sospecha alguna, segun nuestro axioma, deben estar libres de la obligacion de afianzar.

Por el contrario se infiere, que están obligados á dar fianzas: 1.º todos los legítimos aunque sean la madre y abuela. (2) La razon es, porque éstos ni son nombrados por el testador ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes, sino por parientes mas cercanos, por tanto en ellos tiene lugar cualquiera sospecha, y conforme á nuestro axioma deben afianzar: 2.º todos los curadores y tutores dados por los jueces ordinarios, (3) así porque no suelen tomarse todos los informes necesarios acerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para eximirlos de las fianzas. La práctica es, que aun á los que se dan por los tribunales supremos se les mande afianzar, si no es que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se le dispense esta formalidad: 3.º tambien están obligados á afianzar aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion; (4) porque se presume que no se ofrecerían, sino esperáran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo dá lugar á sospecha; luego debe afianzar.

(1) L. 9. tit. 16. y en ella Greg. Lopez núm. 5.

(2) Ll. 94. y 95. tit. 18. P. 3. y 9. tit. 16. P. 6.

(3) Arg. de la ley 12. tit. 16. Part. 6.

(4) L. 11. tit. 16. Part. 6.

Hemos visto ya de qué principios se deduce la obligación de dar fianzas y quiénes las dan. Veamos ahora en que forma se deben dar. Por fianza entendemos, una seguridad que resulta de obligarse á satisfacer por el principal, otros á quienes llamamos fiadores. De donde se infiere, que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados que prometan satisfacer en falta suya, así todo el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia irroguen al pupilo. (1) Pero siendo mejor precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ó curaduría, sin que el nombrado se obligue, interpuesta la religion del juramento, á cumplir fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huérfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo. (2) Así mismo que haga inventario formal y específico de todos los bienes muebles y raíces correspondientes al pupilo ó menor; porque de otra suerte no se le podrían tomar cuentas, ni hacerle efectiva la responsabilidad. (3)

El efecto que producen las fianzas que hemos dicho deben dar los tutores y curadores es, que concluida la tutela y curaduría resulten á favor del pupilo ó menor, tres acciones para recobrar sus bienes. La 1.<sup>a</sup> que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores en cuyos bienes tiene tácita hipoteca, y contra sus herederos para que le den cuentas y restituyan lo existente. (4) 2.<sup>a</sup> Si con esta accion no consigue de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar espresamente hipotecados para que le resarzan el daño, ó pérdida causada por el tutor. (5) 3.<sup>a</sup> Si los fiadores están insolventes, y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos

(1) L. 94. tit. 18. Part. 3.

(2) L. 6. tit. 16. Part. 6.

(3) L. 99. tit. 18. Part. 3.

(4) Ll. 23. y 28. tit. 13. Part. 5. y 21. tit. 16. Part. 6.

(5) Ll. 94. tit. 18. Part. 3. y 21. tit. 16. Part. 6.

sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados, y se dá contra él la accion subsidiaria (1) para obligarlo á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en la recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, y no se debe esperar de ella mucha utilidad. 1.<sup>o</sup> Porque siempre milita por el juez la presuncion de diligencia mientras que no se pruebe lo contrario, y esta prueba es bastante difícil por lo comun. 2.<sup>o</sup> Porque quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idóneos, y que despues quebraron, lo que sucede frecuentemente. 3.<sup>o</sup> Porque aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito á los magistrados.

## TITULO XXV.

### DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

**A**mas de la obligación de afianzar, es comun á los tutores y curadores la facultad de escusarse. Verémos, pues, en este título, primero por qué se les concede que se escusen, y segundo cuántas clases hay de escusas.

Se conceden á los tutores y curadores algunas escusas, porque segun hemos dicho ya, tanto la tutela como la curatela, son un cargo público personal que están obligados á admitir todos los ciudadanos. A la manera, pues, que hay justas causas que sirvan de excusa para no servir otros cargos públicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela.

Segun lo dicho, escusarse en nuestro derecho, es *alegar una causa justa, por la cual no está alguno obligado, ó no puede admitir el cargo que se le encomienda.* (2) De aquí se deduce fácilmente de cuántas maneras son las escu-

(1) Feb. de invent. lib. 1. cap. 1. §. 2. núm. 77.

(2) L. 1. y sig. tit. 17. Part. 6.

sas. Se dividen 1.º en voluntarias, que alegadas aprovechan: v. g., el número de hijos. Si esta causa se alega, servirá de excusa; pero sinó, aun el padre de muchos hijos será obligado á recibir la tutela. Y 2.º en necesarias, que aunque no se opongan, impiden el ejercicio de la tutela: v. g., el pleito con el pupilo, del cual si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

Las excusas voluntarias, se subdividen en tres especies. 1.ª En unas que se admiten por razon de privilegio. 2.ª En otras por razon de impotencia. 3.ª En otras por peligro de la fama.

Por privilegio se excusan: 1.º Los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legítimos, no espúrios, vivos ó muertos en la guerra; porque los que dan la vida por la patria se tienen por vivos en la fama. (1) 2.º Los embajadores y otros ausentes por causa de la república, durante su ausencia; pero restituidos á su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año, contado desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra. (2) 3.º Los jueces que están en actual ejercicio; pero el que hubiese recibido la tutela ántes de serlo, no se puede despues excusar por esta razon. (3) 4.º Los maestros de gramatica, retórica, dialéctica y medicina, que por mandado del Rey enseñan en su patria, ó fuera de ella. (4) 5.º Los doctores en leyes que son jueces ó consejeros, y los caballeros y soldados que residen en la corte, ó en otro lugar para utilidad del público. (5) 6.º Los recién casados, desde el dia que contrajeron matrimonio, hasta cuatro años despues. (6) Ultimamente: tienen en España privilegio para excusarse de la tutela y cu-

(1) L. 2. tit. 17. Part. 6.

(2) Dha. ley 2.

(3) La misma ley 2.

(4) L. 3. tit. 17. Part. 6.

(5) Dha. ley 3.

(6) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

raduría, todos los que tengan doce ó mas yeguas de vientre propias, ó tres caballos padres por tres años continuos. (1) Pero la abundancia de caballos que hay en la América no ha permitido que se estienda á ella este privilegio.

2.º Por razon de impotencia se excusan todos aquellos que no están á propósito para administrar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad: de otra suerte su excusa sería necesaria, y ni en el caso de que condescudiesen serían admitidos. Tales causas son: 1.ª Tener actualmente tres tutelas. 2.ª La pobreza que obliga á vivir del trabajo personal. 3.ª La enfermedad, pero no cualquiera sino la crónica que no dá esperanza de sanidad, y hace al hombre inútil para el manejo aun de sus propios intereses. 4.ª Se excusan tambien los ignonantes de leer y escribir; porque son inhábiles para llevar cuentas con exactitud. Pero si la tutela fuese de fácil desempeño y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente el mayor de 70 años.

3.º Por razon de peligro en la fama se puede excusar el que movió pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario. El que tiene que demandar á éste sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió. (2) Podría parecer esta excusa opuesta á la caridad cristiana, y que las leyes fomentan el odio que condena la ley de Jesucristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede excusa á los nombrados en este caso por consultar á su fama. Porque si estos fuesen obligados á admitir la tutela, se creería fácilmente que iban á aprovecharse de la ocasion para vengar su odio en el pupilo. Para evitar, pues, el deshonor que les podían causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se excusen si lo juzgan por conveniente. (3)

(1) Real cédula de 8 de set. de 1789. art. 3. y ley 3. tit. 17. lib. 6. Rec. de Cast.

(2) L. 2. tit. 17. Part. 6.

(3) Dha. ley 2. tit. 17. Part. 6.

Hemos visto ya las excusas voluntarias que libran del cargo de la tutela si se alegan: síguense las necesarias, que aunque no se opongan, sirven de impedimento para ejercerla. Tiene excusa necesaria: 1.º El loco, fátuo ó mentecato: el mudo, sordo y ciego total. Porque aunque todos éstos si son nombrados en testamento no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se dá otro tutor; (lo que también se verifica en los menores de 25 años) con todo, no son admitidos á la administracion de la tutela sino dejan de ser locos, sordos, ciegos ó menores, porque no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros, están en curatela. 2.º El mismo género de excusa tiene el administrador de rentas reales. 3.º El soldado mientras está empleado en el real servicio. 4.º El sacerdocio, y el estado religioso son también impedimentos para el ejercicio de la tutela. Pero á los clérigos seculares, excepto los obispos, solo se les prohíbe ser tutores testamentarios y dativos, mas no legítimos. La razon de esta disposicion ha sido, que los dedicados al culto divino, no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas por el manejo de negocios temporales. (1) Últimamente por las leyes de Partida, se excusaba necesariamente el marido de la curaduría de su muger menor; pero por derecho del día no solo no está impedido, sino que espresamente se concede que sea administrador de sus bienes. (2)

Resta solamente explicar ante quién y de qué modo se deben proponer las excusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan con justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda, deben alegar y probar sus excusas ante el juez competente, y como éstas se proponen por modo de escepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras. (3) Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de

(1) Ll. 4. y 14. tit. 16. Part. 6. y 2. tit. 17. Part. 6.

(2) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) Arg. de la ley 9. tit. 3. Part. 3. y ley 1. tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

cincuenta dias, contados desde el en que tuvieren noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia. Pero si escediere de éllas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de éllas. El expediente que se instruya acerca de la admision de la excusa, se debe finalizar dentro de cuatro meses, contados desde el dia en que se comenzó; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se excusa, puede apelar al superior. (1)

## TITULO XXVI.

### DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

Se llaman *sospechosos*, todos aquellos tutores ó curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exacutitud debida. (2) Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor disipándolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas ó gravándolas con censos, ya haga estas cosas por dolo ó por culpa, tenga ó no facultades con que restituir los daños que cause. (3) Porque así como la pobreza por sí sola á ninguno hace sospechoso, si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, así tampoco las riquezas si no están acompañadas de buena conducta, pueden por sí solas remover la sospecha que ocasionan los indicios de mal proceder. Es verdad que podría juzgarse que un tutor rico no debe ser acusado como sospechoso, porque aunque administre mal los bienes ó los disipe, tiene como resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos raciocinan de otra suerte, y conforme á aquel principio constante en derecho, *satis est intacta jura servare quum vulnerata causa remedium*

(1) L. 4. tit. 17. Part. 6.

(2) L. 1. tit. 18. Part. 6.

(3) Dha. ley 1.

*quærerè*, tienen por mejor que sea removido semejante tutor, que no esponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion. (1)

De lo dicho se infiere, que la accion de sospechoso, no es otra cosa que *una acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido, y de que se le imponga la pena correspondiente.* (2) Esta acusacion puede intentarse, ó civil ó criminalmente. En el primer caso conspira solo á que el tutor ó curador sea removido de la administracion, dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados. En el segundo, á que se le castigue con pena arbitraria.

Siendo cuasi pública la acusacion del tutor sospechoso, se infiere claramente que puede hacerla cualquiera del pueblo. (3) No se llama así porque se trate del castigo de un delito que sea público en rigor, (pues la malicia é infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la república, como la hacienda del pupilo, por lo que mas bien pertenece á las causas privadas) sino que tiene este nombre, porque aunque no tengan interés inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos los del pueblo. La razon es, porque importa á la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos estén seguros, y al efecto se estiende la facultad de acusar hasta las mugeres, aunque por principios generales de derecho les está prohibido presentarse en juicio por otros y acusar. No obstante, hay algunas personas que están obligadas á acusar á los tutores sospechosos; desuerte que omitiéndolo se harán dignas de reprehension. Tales son los parientes inmediatos, y principalmente la madre del pupilo. (4) Pero no lo puede hacer el mismo pupilo; porque los impúberes no tienen persona legítima para presentarse en juicio ni por sí, ni por otros. Mas siendo mayor de 14 años pue-

(1) L. 1. tít. 18. Part. 6.

(2) Ll. 2. y 4. tít. 18. Part. 6.

(3) Dha. ley 2.

(4) L. 2.

de, con consejo y aprobacion de sus parientes, acusar á su curador. (1) Finalmente, no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerlo de oficio, luego que le conste de su mal proceder. (2)

Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos: síguese decir quiénes pueden ser acusados como tales. A esto responderémos segun lo dicho en la definicion: *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida*, ya sean testamentarios, dativos y aun legítimos. Esta es la regla en toda su generalidad; pero nuestro derecho especifica algunos casos, en los cuales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1.º Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñándole malas costumbres. 2.º Haberse descubierto despues de nombrados, que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes. 3.º Negar delante del juez que tienen como suministrarle los alimentos, siendo falso. 4.º No haber hecho ántes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho. 5.º No defender al pupilo y sus bienes así en juicio como fuera de él. Y 6.º tambien escondérse, y no querer parecer cuando supieren que los habían nombrado por tutores ó curadores. (3)

No es suficiente para impedir la remocion, que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tutela. (4) Porque, segun dijimos ya, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la práctica no son removidos tan fácilmente los tutores legítimos como los demás. La razon es, porque siendo éstos los parientes mas próximos del pupilo, y haciéndose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendría á redundar en el mis-

(1) Dha. ley 2.

(2) L. 3.

(3) L. 1. tít. 18. Part. 6.

(4) La misma ley 1.

mo pupilo, principalmente si su madre ó su tío se declarasen infames. Por tanto, para evitar estos inconvenientes, no se suele remover al tutor legítimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legítimo no malverse los bienes, y se le conserve la fama.

El fin de esta acusacion se deduce tambien de la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion, y para que á arbitrio del juez pague los daños que haya causado al pupilo. (1) El órden que en esto se debe observar es, que luego que se entabla la acusacion, y se contesta el pleito por el tutor, se le prohíbe la administracion, á lo cual llaman los prácticos *suspension*. No se remueve, pues, desde el principio, porque esta es ya una pena por la cual no se debe comenzar, sino que se le suspende, esto es, se le prohíbe la administracion, y se nombra al pupilo un curador interino. (2) Se sigue despues el conocimiento de la causa, de la cual aparece, ó que no ha obrado mal, y entónces se alza la suspension al tutor y se le absuelve, ó que no ha adminiistrado con fidelidad, y en este caso se le remueve con infamia ó sin ella. Será removido con infamia, si se le prueba dolo ó culpa lata, y sin infamia sí solo culpa leve. (3) De este modo se procede por lo regular. Otras veces es castigado el tutor estraordinariamente: esto se verifica cuando aparece del proceso algun delito de mucha gravedad; v. g., que hubiese maquinado contra la vida del pupilo, y entonces se le impondrá la pena correspondiente. Esta acusacion se debe hacer ante el juez del lugar en que el menor tiene sus bienes, ó ante los tribunales supremos de las Audiencias, por gozar los huérfanos del privilegio llamado *caso de corte*. (4)

Finalmente cesa ó se acaba esta acusacion: 1.º Por muerte del reo, cuando la causa no se ha sentenciado. La ra-

(1) L. 4. tít. 18. Part. 6.

(2) L. 3.

(3) L. 4.

(4) L. 20. tít. 23. Part. 3.

zon es, porque este juicio tiene por objeto la remocion del tutor con infamia, y así se intenta para que se le imponga la pena, y como esta no puede imponerse á un muerto, si no es en los casos espresos en derecho, por tanto, no se continúa la causa, si muere el tutor acusado de sospechoso. Es verdad que se deben resarcir al pupilo los daños que se le hayan causado por la mala administracion del difunto; pero estos los puede repetir con la accion de tutela que tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de éstos, (1) como dijimos arriba. 2.º Espira tambien la acusacion cuando se concluye el tiempo de la tutela ántes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no egerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela, para obligar al que fué su tutor á que le restituya todos los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, ya sean estos ocasionados por dolo, culpa lata ó leve, cometida en el desempeño de su cargo.

(1) L. 21. tít. 16. Part. 6.

# LIBRO II.º

## TITULO I.º

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

#### PARTE I.ª

##### DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

Hemos concluido ya el primer objeto del derecho: conviene á saber, *los derechos de las personas*: síguese el segundo, que es, *los derechos de las cosas*; pero ántes de tratarlo es necesario explicar varias divisiones de las cosas, y primeramente qué entienden por *cosa* los juriconsultos.

*Cosa*, en sentido jurídico es, todo aquello que exista y trae ó puede traer alguna utilidad al hombre, ahora esté en su patrimonio, ahora fuera de él: así v. g., el agua, el aire &c., son verdaderamente cosas, aunque no estén en el patrimonio de alguno. Por el contrario, las cosas que verdaderamente están en nuestro patrimonio se llaman *pecunia*, y así por este nombre no se entiende solamente la moneda acuñada, sino todo aquello que está realmente en nuestros bienes.

Las cosas, unas se dicen de derecho divino, y otras de derecho humano. Las primeras son todas aquellas que se consagran ó dedican á Dios, ó á otros usos de la iglesia. Estas, aunque están en cierto modo exentas del dominio de los hombres, con todo, como existen y son de utilidad á los mismos hombres, se llaman *cosas*. Cosas de derecho humano son, todas las que están en el dominio y comercio de los hombres; v. g., las casas, los campos, las bestias &c.

Las cosas de derecho divino, se dividen en sagradas y eclesiásticas. Sagradas, son todas aquellas que están des-

tinadas al culto público de Dios, como las iglesias, ornamentos, alhajas &c. (1)

De esta definición se infiere: 1.º Que las cosas sagradas están fuera del dominio de los hombres, pues se tienen como donadas á Dios. (2) 2.º Que no se pueden empeñar, vender, comprar ni de otro cualquier modo enagenar. Para la observancia de ésto, han puesto graves penas los Reyes Católicos, (3) estableciendo que ni aun ellos mismos puedan tomar la plata y alhajas de las iglesias, si no es en casos de grande necesidad, y obligándose á restituirlas sin disminución alguna. (4)

Cosas eclesiásticas, se llaman aquellos bienes que están destinados para sufragar los gastos que se hacen en las iglesias, y para el sustento y manutención de los ministros. (5) No solamente de las cosas sagradas, sino también de éstas está prohibida la enagenación, á ménos que se haga por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia, ó para algun otro efecto piadoso, y siempre con licencia del superior eclesiástico, quien deberá conocer de la causa que motiva la enagenación. (6)

A las cosas sagradas se reducen en el día los lugares religiosos, que son los cementerios donde se sepultan los cadáveres de los fieles que han muerto en la comunión de la Iglesia católica. (7) Estos lugares son privilegiados y dignos de respeto, no solamente por estar enterrados allí los cuerpos de unos hombres que fuéron templos vivos de Dios, sino también por estar benditos y destinados por la Iglesia solamente á este uso piadoso.

(1) L. 13. tit. 28. Part. 3.

(2) L. 12. tit. 28. Part. 3.

(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real. Leyes 1., 2. y 4. tit. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast. L. 1. tit. 5. lib. 1. de la Rec. de Indias.

(4) Ll. 7. y 9. tit. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast.

(5) L. 12. tit. 20. Part. 3.

(6) Ll. 1. y 2. tit. 14. Part. 1. y 3. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real.

(7) L. 14. tit. 18. Part. 3. Véase el Ritual de este Arzob. en el tit. 2. de las bendic. p. 7.

En toda España y en América hay costumbre muy antigua de que los fieles se entierren en las iglesias, y una ley de Indias concede espresamente (1) á los vecinos y naturales de ellas, que se puedan enterrar en las iglesias ó monasterios que quisieren, estando dichos lugares benditos. Pero por una real cédula, en atención á las epidemias esperimentadas varias veces por el hedor que causan los cadáveres en las iglesias, se mandó: (2) que se observen las disposiciones canónicas en la construcción de cementerios, segun lo mandado en el Ritual Romano, (3) y una ley de España: (4) que estos se hagan fuera de las poblaciones en sitios ventilados y cerca de las parroquias, y que solo se exceptúen de esta regla las personas espresadas en dicha ley, y aquellas por cuya muerte deban los ordinarios eclesiásticos formar procesos de virtudes ó milagros, las cuales se enterrarán en las iglesias. Esta disposición está comunicada á la América por real cédula de 15 de mayo de 1804; pero no se ha puesto en práctica hasta el día, sino en pocos pueblos, desde luego por las dificultades que ocurren en la construcción de cementerios.

Las cosas de derecho humano, se dividen en comunes, públicas, de universidad y de cada uno. (5)

### COSAS COMUNES.

Así se llaman aquellas cuya propiedad es de ninguno; pero el uso es de todos hasta de los animales, como el aire, la luz y todas las que son inagotables por el uso. (6) Una de estas cosas comunes es el mar; y por eso, hablando con

(1) L. 1. tit. 18. lib. 1. de la Rec. de Indias.

(2) Real cédula de 3 de abril de 1787 y de 27 de marzo de 1789.

(3) Ritual Romano de Exequiis. Ubi viget antiqua consuetudo sepeliendi mortuos in coemeteriis retineatur, et ubi fieri potest restitatur.

(4) L. 11. tit. 13. Part. 1. Real céd. de 15 de mayo de 1804.

(5) L. 2. tit. 28. Part. 3.

(6) L. 2. y 3. tit. 28. Part. 3.



generalidad, ninguna nacion puede apropiarse con justo título su dominio. La naturaleza no ha concedido á personas determinadas el derecho de las cosas, cuyo uso es inocente y preciso, y cuya abundancia es suficiente para todos. La tierra no dá sin el cultivo todas las cosas necesarias, ó útiles al género humano multiplicado escesivamente; y por eso fué preciso introducir el derecho de propiedad, á fin de que cada uno se aplicase á cultivar la parte que le tocaba, y á multiplicar por medio de su trabajo los frutos útiles á la vida humana. Esta es la razón por qué el derecho natural ha aprobado su dominio y propiedad, juzgándola necesaria para la utilidad pública; pero en la propiedad y uso del mar, que por su naturaleza no es perjudicial á alguno, y cuya utilidad es inagotable, parece no haber motivo para adquirirla. Mas siendo permitido renunciar cada uno sus derechos, no hay duda que por medio de tratados se puede adquirir el esclusivo de navegacion en algunos mares ó de pesca; cediendo unas naciones en otras los derechos que tienen de la naturaleza. En este caso, están obligadas á observar lo prometido, y tiene facultad la nacion interesada de valerse de la fuerza, á fin de que se le cumpla lo capitulado. Esto se verifica en nuestros mares de América, de los cuales compete el dominio á nuestro soberano, como lo prueba el Sr. Solórzano, (1) y está reconocido en los tratados de paz con Inglaterra en Utrech año de 1714, artículo 8, y con Holanda en el mismo año, artículo 31, en virtud de los cuales se puede impedir la navegacion en aquellos mares á las naciones extranjeras, especialmente con título de comercio.

Lo dicho acerca de que el dominio no se adquiere por nacion alguna, se debe entender, hablando generalmente de todo el mar; más no de las costas marítimas, en cuyo uso se puede decir que admite el mar algunos derechos de propiedad. Nadie puede dudar que las pesquerías así de perlas, como de coral y de peces, hechas en las costas, pertenecen á aquella nacion que las habita, como bienes ane-

(1) Solórz. de jure Ind. tom. 1.

xos á las tierras de su dominio: tendrá, pues, derecho de impedir á otra la utilidad que disfruta.

Además de esto, la seguridad de las costas exige que se pueda impedir el acercarse á ellas navíos de otra nacion, estorbando por bien del estado este derecho natural de navegacion comun á todas las gentes. Esto se debe entender solo con los navíos sospechosos, ó que están en guerra; pero injustamente se usaría esta facultad con los neutrales, y mucho ménos con los que arrojados por una tempestad buscan abrigo en los puertos, como no sean declarados por enemigos, y aun entonces se les debe tratar con la mayor humanidad.

No se puede determinar á punto fijo, hasta que distancia una nacion debe estender sus derechos sobre los mares que la rodéan. Lo más cierto y regular es, que la dominacion de un estado sobre el mar vecino, puede estenderse todo lo que necesite para su seguridad y resguardo; pues de otro modo no pudiera apropiarse una cosa comun como es el mar, á no ser con el fin legítimo de su seguridad. Algunas naciones han querido apropiarse el imperio del mar, especialmente en algunas grandes porciones de él, como los venecianos que se atribuyen el del mar Adriático. El día de hoy todo el espacio del mar á lo largo de las costas que está á tiro de cañon, se mira como parte del territorio de una nacion, y por esta causa un navío apresado bajo del cañon de una fortaleza neutral, no se tiene por buena presa. (1)

#### COSAS PÚBLICAS.

Se llaman aquellas cuyo uso pertenece á todos los hombres, y la propiedad solo al Príncipe, como por ejemplo, los rios, los puertos, y los muros y puertas de las villas y ciudades. (2)

(1) Olm. Derecho páb. t. 1. c. 22.

(2) L. 6. tít. 28. Part. 3. Ll. 20. tít. 32. Part. 3. y 3. tít. 5. lib. 6. Rec. 3. tít. 6. lib. 7. de la misma Rec. de Cast.

De esta definición se sigue: 1.º Que de las cosas públicas pueden usar no solo los naturales del pueblo, sino tambien los extranjeros. (1) 2.º Que aunque las riberas de los rios sean de aquellos cuyas son las heredades allí situadas, sin embargo, no puede impedirse el que cualquiera ligue á los árboles de ellas sus embarcaciones, y haga cuanto le convenga á su arte ú oficio. (2) 3.º Que no se puede edificar en el rio cosa que impida la navegacion, ni cosa alguna en los caminos públicos, plazas, calles &c. (3)

### COSAS DE UNIVERSIDAD Ó DE CONCEJO.

Estas son aquellas que pertenecen al comun de alguna ciudad ó villa separadamente. (4) Se dividen en unas que son de uso comun á todos los vecinos como los egidos y las plazas de las ciudades, y de éstas no pueden usar los moradores de otro lugar contra el defendimiento de los ciudadanos, (5) y otras que solo se administran por el ayuntamiento ó concejo de la ciudad, y sus frutos se destinan para utilidad del público. Las primeras se llaman *egidos*, *términos públicos*, *montes*, *dehesas* ó *pastos* de las ciudades, villas y lugares. Las segundas constituyen el patrimonio de la ciudad, y son los *proprios*, *arbitrios* y *pósitos*, á que se agregan en América los *censos* y *bienes de comunidad*.

*Egidos.* Una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al comun, y el uso á cada uno de la ciudad, son los egidos. Egido se llama el campo que está á la salida de las ciudades, villas, pueblos y lugares, el cual no se planta ni se labra, y es comun á todos los vecinos. Su extension debe ser tanta, cuanta se necesite para que en el caso de que crezca la poblacion, siempre quede bastante

- (1) Dha. ley 6. tit. 28. Part. 3.
- (2) Dha. ley 6.
- (3) L. 28. tit. 28. Part. 3. y Ll. 22. 23. y 24. tit. 32. Part. 3.
- (4) L. 2. tit. 28. Part. 3.
- (5) L. 9. tit. 28. Part. 3.

espacio para que la gente se pueda recrear, y salir los ganados sin hacer daño. (1) Unas leyes señalan una, otras dos leguas á los egidos; pero esto debe ser arbitrario con atencion á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, número de sus habitantes &c.

*Montes y términos públicos.* En el derecho de Castilla, se encuentran muchas disposiciones acerca de los montes y términos de las ciudades y villas, en atencion á ser muchas las utilidades que resultan de su conservacion; pues de ellos se ha de sacar la madera necesaria, así para construir navíos, como para leña. En esta virtud está mandado, que los árboles no se corten por el pié, para que puedan volver á criar, y que los campos sirvan para pasto comun de los ganados. (2) Que en los términos de las villas y lugares se planten montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados, y abasto de leña y madera, con el fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo. (3)

Las leyes de Indias del mismo modo establecen, que los montes, pastos y aguas sean comunes á todos los vecinos de cada lugar, para que los puedan gozar libremente y traer allí sus ganados. Así mismo, que los montes de fruta silvestre sean comunes y cada uno la pueda coger, y llevar las plantas para poner en sus heredades. (4) Está mandado tambien, que se hagan plantar árboles como sauces &c. para que la tierra esté abastecida de leña, segun el número de indios que hubiere. Se concede espresamente á los indios, que puedan cortar madera de los montes para su provecho, y solo se prohíbe que los talen de forma que no puedan crecer y aumentarse; (5) y se manda á los visitadores cuiden que los indios planten árboles. (6)

- (1) L. 13. tit. 7. lib. 4. de la Rec. de Indias.
- (2) Casi todo el tit. 7. de la Rec. de Cast.; pero especialmente la L. 7.
- (3) L. 15. tit. 7. lib. 7. de la Rec. de Cast.
- (4) Ll. 5. 7. y 8. tit. 17. lib. 4. de de la Rec. de Indias.
- (5) Ll. 8. 14. y 16. tit. 17. lib. 4. de la Rec. de Ind.
- (6) L. 9. tit. 21. lib. 3. Rec. de Ind.

*Propios y arbitrios.* Las cosas que pertenecen solo al concejo de la ciudad, se llaman *propios y arbitrios*. Por este nombre entendemos, *las heredades, casas ú otro cualquier género de hacienda que tienen las ciudades para los gastos públicos.* (1)

De estas heredades ó bienes raíces, se sacan unos caudales, que en realidad de verdad se deben mirar como cosa sagrada, por estar destinados á objetos de utilidad pública. (2)

Los gastos que se deben hacer con ellos, unos son *ordinarios*, y se llaman *cargas fijas y ordinarias*, y otros *extraordinarios*. Los ordinarios son los que se hacen todos los años, así en la administración de justicia, como en las fiestas votivas de los patronos de la ciudad, honorarios y salarios de capellan, asesor, escribanos, porteros, alcaldes, médico, cirujano, maestro de primeras letras &c., y paga de usuras ó réditos de capitales que reconozcan sobre sí los caudales de propios. Los gastos extraordinarios son aquellos que ocurren impensadamente, como matanza de langosta, peste &c. (3)

Para arreglar los gastos de propios, se debe conocer previamente su verdadero valor, y el de las obligaciones y cargas ordinarias á que están afectos, procurando que la asignación de cantidades que se deben invertir, se haga con respecto al valor del total de los fondos, y siempre quede algun sobrante anual que sirva á redimir sus censos si los tuviere, y á otros fines como luego veremos. (4)

Sacado el importe de los gastos ordinarios, se debe señalar una cantidad fija anual para los gastos extraordinarios

(1) Lj. 1. y 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y todo el tit. 5. lib. 7. Rec. de Cast.

(2) Lj. 2. y 5. tit. 13 lib. 4 Rec. de Ind. Real Instr. de 30 de julio de 1760.

(3) Art. 3. de la cit. instr. de 30 de julio de 1760, y real ordenanza de Intend. art. 34.

(4) Art. 10. y 17. de la instr. de 30. de jul. de 1760. Real cédula de 15 de setiembre. de 1767, y auto acord. de 20 de mayo de 1806, espedido por esta real Audiencia.

y menudos que ocurran; y cuando dicha cantidad asignada no alcance para sufragarlos, puede el ayuntamiento de la ciudad por sí, gastar hasta seis mil maravedís, [\*] que hacen veinte y dos pesos medio real de plata. Pero siendo necesaria mayor cantidad, se debe consultar á la real Audiencia, y con su aprobacion (y no de otra suerte, pena de cobrarse de las personas y bienes de los que libren) (1) se hará el libramiento. (2)

Los sobrantes de propios á mas de servir para los gastos que hemos dicho, están destinados á diversos objetos bastante interesantes. Estos son: 1.º Descargar ó extinguir los arbitrios establecidos para socorrer las urgencias, por ser muy gravosos al público. (3) 2.º La manutención de los reos pobres que debe costearse de dichos sobrantes. (4) 3.º El costo del papel sellado que se consume en las causas de pobres y de oficio. (5) 4.º Fomentar y sostener el establecimiento y propagacion de la vacuna; (6) y 5.º comprar fincas útiles con que se aumenten los fondos. (7)

Para que éstos no se inviertan en cosas ménos útiles ó no necesarias, está prohibido gastar de los propios en recibimientos de obispos, presidentes, ni oidores, pena de no recibirse en cuenta á los cabildos lo que así gastaren. (8) No solo no deben hacerse gastos, ni imponerse cargas á los

[\*] Por reales órdenes de 14 de set. de 1768 y de 11 de nov. de 1787, se deroga el art. 34 de la Ord. de Int., y se manda practicar lo dispuesto por las leyes de Indias, y por la real cédula de 12 de jul. de 1640.

(1) L. 14. tit. 7. ya cit.

(2) Art. 3. del auto acord. de esta real Audiencia de 20 de mayo ya citado, en el que se advierte: que dicha facultad de librar 6000 maravedís, se debe entender de una vez cada año.

(3) Art. 47 de la Orden. de Int.

(4) Real cédula de 10 de dic. de 1798.

(5) Real cédula de 25 de feb. de 1802.

(6) Real órden de primero de setiembre. de 1803. Item de 8 del mismo mes, y reglamento impreso para este fin.

(7) Art. 47 de la Real ordenanza de int.

(8) L. 4. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind.

propios, que no estén fundadas en leyes y reales disposiciones; (1) pero aun las que lo estén deben moderarse ó escluirse siendo excesivas, para que el fondo de estas rentas pueda sufragar y cubrir los principales y mas interesantes objetos á que está destinado. Así lo dispone el art. 33 de la Real ordenanza de intendentes, mandada observar en esta ciudad de Guatemala, (2) con solo la diferencia establecida por varias reales cédulas, (3) de que el gobierno y superintendencia de estos ramos, pertenezca privativamente á las reales Audiencias, á donde deberán ocurrir los intendentes como corregidores, y no á las juntas superiores de real Hacienda, quedando derogada en esta parte la Ordenanza de intendentes. (4) Conforme á estas disposiciones que están en práctica, se ocurre á la real Audiencia para cualquier gasto que exceda de la suma prevenida. (5)

Finalmente, para el aumento y mejor administracion de los propios de las ciudades, está mandado que las rentas ó fincas de ellos se rematen y den en arrendamiento á los mejores postores; que al remate asista un oidor y el síndico del ayuntamiento, (6) y que se dé cuenta á S. M. de todo cuanto ocurra, por el ministerio de Gracia y Justicia. (7)

Arbitrios se llaman aquellos derechos que las ciudades ó pueblos que carecen de suficientes propios, imponen con facultad real sobre el vino, aceite, azúcar, carnes y demas cosas de necesidad, exigiéndolos de los consumidores y compradores hasta en competente cantidad, para satisfacer las cargas y gastos que contra sí tienen. (8)

(1) Real céd. de 15 de mayo de 1784.

(2) Real céd. de 10 de jun. de 1801, y real órd. de 25 de jun. de 1805.

(3) Real órd. de 14 de set. de 1788, y céd. de 20 de agosto de 1791.

(4) Art. 6. 28. y 34.

(5) L. 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y real céd. de 12 de julio de 1640, que dobla la cantidad señalada por la ley de Ind. Aut. acordada de esta real Aud. de 20 de mayo de 1806.

(6) L. 3. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind.

(7) Real órd. de 11 de nov. de 1787.

(8) Real decreto de 30 de julio de 1700.

De los arbitrios, unos se conceden por cierto tiempo, y otros perpetuamente; y de ellos se debe decir lo mismo que de los propios; pues tienen un mismo fin y destino.

### DE LOS PÓSITOS.

**P**ósito se llama un acopio de granos que se hace en las ciudades para abasto del pueblo, y para proporcionar semilla á los labradores.

Por derecho de Indias está mandado, (1) que de los pósitos de las ciudades y poblaciones no se puedan sacar granos, si no se ofreciere tan urgente necesidad que sea preciso valerse de ellos, y en estos casos debe ser luego pagado su valor, para que comprados y restituidos en otra tanta cantidad, estén siempre enteros y sean socorridas las necesidades que se ofrecieren.

### CENSOS Y BIENES DE COMUNIDAD. (2)

**E**stos son unos bienes que resultan del trabajo personal de los indios, a quienes se les señala en las tierras de sus respectivos pueblos una parte que labren, para que de sus frutos se junten los capitales que llaman *bienes de comunidad*.

Todo lo que resulta de esta hacienda, se debe poner en una arca capaz y segura; y habiendo cantidad considerable, se ha de imponer á premio por la real Audiencia, á quien se encarga el cuidado de reconocer la plata que haya en la caja de comunidad. (3)

Los fines y destinos mas laudables que se pueden dar á estos bienes, que solo se pueden invertir en utilidad de

(1) L. 11. tit. 13. lib. 4. de la Rec. de Ind.

(2) Tit. 4. lib. 6. de la Rec. de Ind.

(3) Ll. 4. y 5. tit. 4. lib. 6. Rec. de Ind. y real órd. de 14 de setiembre de 1788.

los indios, serán para gastos de misiones para desarraigar la idolatría de los indios, para casas de reclusion, y para seminarios en que se eduquen los hijos de caciques. (1)

### DE LAS COSAS DE CADA UNO.

Las cosas de cada uno son aquellas que están en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente, como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficción, como cuando el derecho finge que una cosa está en dominio, no teniendo señor alguno; v. g., la herencia yacente. (2)

Otra division hay de las cosas en corporales é incorpó-  
rales, y de ellas se tratará en el título 2.º Las primeras son las que se pueden ver y tocar: éstas se dividen en muebles y raíces: muebles son las que pueden moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar á otro; y raíces son las que no se pueden mover naturalmente ni por sí, ni por los hombres. (3) Las cosas incorpó-  
rales son las que ni se pueden ver, ni tocar, y son los derechos y acciones. (4)

## II.ª PARTE.

### DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, ántes de tratar de él, y del modo de adquirirlo, es necesario explicar: 1.º Qué sea *derecho en la cosa*, y á la cosa, y cuántas especies haya de uno y otro. 2.º Qué es dominio, y cómo se divide. 3.º Qué cosa es modo de adquirir dominio. 4.º Cómo se dividen, y cuántos son los modos de adquirirlo.

- (1) Ll. 14. y 16. tít. 4. lib. 6. Rec. de Ind.  
(2) L. 2. tít. 28. Part. 3.  
(3) L. 4. tít. 29. Part. 3.  
(4) L. 1. tít. 30. Part. 3.

## §. I.

### QUE SEA DERECHO EN, Y Á LA COSA.

El primero, es una facultad que compete al hombre en una cosa cierta y determinada sin referencia á persona alguna. (1) El segundo, por el contrario, es la facultad que tiene una persona contra otra para obligarla á que le dé, ó le haga alguna cosa. (2)

Las diferencias de uno y otro derecho son claras: 1.º Cuando tengo derecho *en la cosa*, la cosa es la que me está obligada; y cuando tengo derecho *á la cosa*, la persona.

2.º Por el derecho *en la cosa*, pido lo que ya es mio; y por el derecho *á la cosa*, pido que se me dé, ó se me haga aquello que otro está obligado á darme ó hacerme.

3.º Del derecho *en la cosa*, nacen acciones reales contra cualquier poseedor; y del derecho *á la cosa*, solamente personales contra aquella persona determinada con quien traté. Con un ejemplo que se ponga de alguna cosa en que se tiene dominio, perdida ó hurtada, y otra comprada y no entregada, se verá clara la distincion de ámbos derechos.

De derecho *á la cosa*, no hay mas que una especie, y es la *obligacion*; pero de derecho *en la cosa*, hay varias. Cuatro se enumeran comunmente: *dominio*, *herencia*, *servidumbre* y *prenda*.

## §. II.

### QUE SEA DOMINIO Y SUS DIVISIONES.

La primera especie de derecho en la cosa, dijimos que se llamaba dominio: este es el *derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, si no es que lo impida ley, convencion ó voluntad de testador*. (3)

- (1) Arg. de la ley 13. tít. 11. Part. 3.  
(2) Arg. de la ley 33. tít. 5. Part. 5.  
(3) L. 1. tít. 28. Part. 3.

Se dice *derecho en la cosa*, porque al señor le está de tal suerte obligada la cosa, que la puede estraer de cualquiera poseedor. Debe ser en cosa precisamente *corporeal*, porque las incorporales no están en *dominio*, sino en los *bienes*. Se dice además: *del cual nace la facultad de disponer de la cosa y de vindicarla*; porque el que es señor, tiene en primer lugar la facultad de disponer de sus cosas, usando de ellas con esclusión de cualquiera otro: la puede donar, vender y transferir á otro como quisiere; y tiene en segundo lugar la facultad de vindicarla, esto es, estraerla de cualquiera poseedor. Pero con todo, para varios casos se añade en la definición: *si no es que ley, convencion ó voluntad de testador lo impida*. *Ley*, v. g.: ésta impide que vindiquemos las cosas que ya nos han prescrito. *Convencion*: ésta prohíbe al feudatario enagenar el fundo, aunque sea dueño de él. *Voluntad de testador*; y ésta finalmente prohíbe la enagenación de una cosa dejada por el testador, con la condicion de nunca enagenarla.

El dominio se divide en *pleno y ménos pleno*. El primero es, cuando la facultad de disponer de la cosa, y la de usarla están juntas en una persona. El segundo, se dá cuando estos dos derechos están separados; desuerte que una persona tenga el uno, y otra distinta el otro. Por ejemplo: en el feudo, el vasallo tiene el derecho de percibir las utilidades de la cosa, pero no la de disponer á su arbitrio de ella, sino que está dividido entre el señor y el vasallo; de manera, que no puede éste enagenar el fundo, ni hipotecarlo sin consentimiento del señor; luego ninguno de los dos tiene dominio pleno, sino ménos pleno.

Este dominio ménos pleno, se divide en *directo y útil*: aquel que tiene la facultad de disponer de la cosa, tendrá el dominio directo; y aquel que disfruta solamente sus utilidades, el dominio útil. El enfitéusis nos servirá de ejemplo: el señor del enfitéusis tiene el dominio directo, y el enfitéuta el dominio útil. (1) Veamos ahora.

(5) L. 1. tit. 28. Part. 3.

### QUE COSA ES MODO DE ADQUIRIR DOMINIO.

Es digna de notarse la distincion que se encuentra entre el *título*, y el *modo de adquirir dominio*, y debe tenerse presente para todo lo que se tratará adelante. Todo dominio tiene dos causas, *próxima y remota*. Próxima, es aquella por la cual, sin mediacion de otra cosa, se consigue el dominio; y remota, se llama la que debe preceder, y mediante la cual se adquiere, v. g., si yo compro una alhaja de Ticio, y éste me la entrega, adquiero dominio. En este caso, la tradicion es causa próxima, y el contrato de compra es la remota. La causa próxima, se llama *modo de adquirir*; y la remota, *título*. (1)

Los efectos de estas dos cosas son tambien diferentes. 1.º Por el título solamente se adquiere derecho á la cosa, y por el modo de adquirir en la cosa. 2.º El título solo dá accion *personal* contra aquel con quien tratamos, y el modo de adquirir la dá *real* contra cualquiera poseedor. Sirva, pues, de regla general: que *el título nunca dá derecho en la cosa, si no se le junta la tradicion*. Luego aunque yo haya comprado alguna cosa, ó se me haya donado ó legado, no soy señor de ella ántes que se verifique la entrega, que es la que solamente transfiere el dominio, ó el derecho en la cosa, siempre que precede título hábil para transferir el dominio; luego ni el título basta sin tradicion, ni la tradicion sin título.

Esto no obstante, se encuentran algunos casos, en los cuales se dá derecho en la cosa sin tradicion, por no ser esta posible.

1.º En la hipoteca. Esta no se entrega al acreedor como las otras prendas, y sin embargo produce derecho en la cosa por solo el pacto sin tradicion, verificándose que el acreedor tiene accion real, aunque no haya recibido ni posea la cosa hipotecada.

(1) Ll. 46. y 47. tit. 28. Part. 3.

2.º En las servidumbres negativas. Las servidumbres son derechos, y éstos son cosas incorpóreas en que por su naturaleza no se puede verificar tradición, sino *cuasi-tradición*. Esta *cuasi-tradición* consiste en el ejercicio del uno, y la tolerancia del otro: v. g., si uno me prometió servidumbre de camino por su fundo, y yo en esta virtud voy, ando y ejercito la dicha servidumbre, entonces se dirá que esta se me *cuasi entregó*. Pero esto solamente puede tener lugar en las servidumbres afirmativas, como de goteras, camino, desagüe y otras semejantes. Mas no en las que se llaman negativas, porque en ellas es imposible que se verifique tradición, ni *cuasi-tradición*: v. g., si yo prometo á Ticio la servidumbre de no levantar mis paredes, en este caso no tengo que entregarle, ni él que ejercitar, sino que por solo el pacto que precedió tiene derecho en la cosa; es decir, con solo título.

3.º La cosa adjudicada por los tres juicios divisorios; y así en éstos por el hecho de adjudicarse la cosa, y sin que preceda tradición, se adquiere el dominio. Luego al coheredero, ó al señor del fundo comun, ó al vecino de cuyo fundo se señalan los límites, pasa el derecho en la cosa al punto que se le adjudica.

4.º Las adquisiciones por testamento, son la última excepción; y la razón consiste, en que la tradición se debe hacer por el señor, y el muerto no puede entregar cosa alguna. Luego el heredero lo será sin tradición.

#### §. IV.

##### COMO SE DIVIDEN, Y CUANTOS SON LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

Los modos de adquirir el dominio, unos tienen su origen del derecho natural y de gentes, y éstos son comunes á todas las naciones: otros se derivan del derecho civil, y se diferencian según las leyes de los pueblos. La tradición; v. g., es un modo de adquirir comun á todas las naciones:

por el contrario la prescripción, ó no la conocen, ó á lo ménos guardan en otros reinos distintas reglas que en España; de donde se infiere, que la tradición es un modo de adquirir por derecho de gentes, y la prescripción por derecho civil.

Los modos naturales de adquirir unos se llaman *originarios*, y otros *derivativos*. Si adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un pez &c.; será modo de adquirir originario; pero si una cosa que está en dominio de otro, se nos transfiere y entrega por su dueño, será derivativo; v. g., el comprador que adquiere el dominio de la cosa comprada. En los mismos modos originarios se encuentra todavía una subdivisión oportuna, por qué, ó adquiero la sustancia misma de la cosa, ó su aumento y frutos: en el primer caso será un modo de adquirir perfectamente originario, y en el segundo será ménos perfecto: por ejemplo, si alguno coge un enjambre de abejas en el monte y lo encierra en su colmena, este modo de adquirir será perfectamente originario, porque lo que ha adquirido es la sustancia misma de las abejas, haciéndose despues también dueño de la miel que fabrican; y aquí tenemos otro modo de adquirir originario, aunque no tan perfecto como el primero, á causa de que por él se ha hecho dueño del aumento y frutos de la cosa.

Con lo dicho se infieren claramente los modos naturales que hay de adquirir. Uno es originario perfecto, y este se llama *ocupacion*: otro hay originario ménos perfecto, y este se llama *accesion*; y otro derivativo, que se llama *tradición*.

#### §. V.

##### DE LA OCUPACION, PRIMER MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

La ocupacion es la *aprehension real de una cosa corporal de ninguno, con ánimo de adquirirla para sí*. (1) Se

(1) L. 17. tit. 28. Part. 3.

Hama *aprehension real* la ocupacion, y esta debe ser tal, qual lo requieran las circunstancias de la cosa: v. g., que coja la fiera, que ponga los pies en el fundo &c. Pero se añade, *con ánimo de adquirirla para sí*, porque si falta éste, por la sola *aprehension* nada se adquiere; de la misma suerte que el ánimo solo no basta sin la *aprehension*: si un loco, v. g., levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya porque le falta el ánimo de adquirir: por el contrario, si uno desde léjos vé una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de cogerla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la *aprehende*: se añade finalmente, que la cosa debe ser *de ninguno*, porque si ya tuviere dueño, será hurto y no ocupacion. De aquí nacen tres axiomas que sirven en toda la materia de ocupacion.

1.º *Las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa.* (1) Pero una cosa puede ser de ninguno ó por naturaleza como una fiera en el monte, ó por tiempo como un tesoro de cuyo dueño no hay memoria; ó porque su primer dueño ha querido abandonar su cosa y escluir la del número de sus bienes. (2) Para todos estos casos, vale el axioma sobredicho: *lo que es de ninguno, cede al primero que la ocupa.*

2.º *La ocupacion se debe componer de ánimo, y aprehension ó acto corporal.* (3) La razon es, porque mientras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas á uno que á otro; y si no hay ánimo ó intencion de apropiársela, el acto no es humano, y así no puede producir efecto alguno civil. (4)

3.º *Aquellas cosas cuya posesion no se puede conservar, tampoco se pueden ocupar.* Y es la razon, porque de nada aprovecha haberlas tomado, si no puede retener la posesion.

(1) L. 5. tit. 12. Part. 3.

(2) Ll. 49. y 50. tit. 23. Part. 3.

(3) L. 49. tit. 23. Part. 3.

(4) Ll. 17. 20. 49. y 50. tit. 28. Part. 3.

Las especies que hay de ocupacion, son tres: *caza*, *ocupacion bélica*, é *invencion*. *Caza*, se llama la *aprehension* de bestias fieras; y como estas, ó son cuadrúpedos, ó aves, ó peces, de aquí nace que la *caza* es de tres maneras: *caza* propiamente dicha, que es la de cuadrúpedos; *caza* de aves, y pesca de animales del agua. (1) *Ocupacion bélica*, es la *aprehension* de las cosas de los enemigos en guerra, y la *invencion* que es de cosas muebles, que ó no han estado en dominio de alguno, ó si lo estuvieron, fueron abandonadas por su dueño. Así se adquieren las perlas y otras piedras preciosas que arroja el mar.

La primera especie de ocupacion dijimos que era la *caza*; y siendo esta de bestias fieras, veamos cuáles lo sean, de qué manera se hacen nuestras, y cómo perderemos su dominio.

Las bestias se dividen en fieras, mansas, y amansadas. Fieras son aquellas que no se cogen sino por fuerza, y cuando se van, no tienen animo de volver; v. g., un pájaro, un leon. Mansos son los animales domésticos que van y vuelven, como los perros, gallinas, &c. Amansados son aquellos que por su naturaleza son salvages; pero criados en las casas se amansan, como los pavos, las palomas manteses &c. (2) De todas estas especies de animales, solo los feroces se pueden ocupar por la *caza*, (3) no los mansos, ni amansados.

Como hemos dicho que las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa, se infiere claramente que las fieras luego que alguno las coge, las hace suyas. (4) Pero esto se ha de entender conforme á derecho. Se supone que las fieras son cosas de ninguno; lo cual, atendido el derecho de gentes, no tiene duda; pero como en todos los reinos que han sido adquiridos por conquista, ó por sucesion hereditaria, nada hay que sea de ninguno, sino que todo se halla ocupado por el Príncipe, de aquí nace que en el reino de

(1) L. 17. del mismo tit.

(2) Ll. 17. 19. 23. y 24. tit. 28. Part. 3.

(3) L. 27. tit. 28. Part. 3.

(4) L. 17. tit. 28. Part. 3.



1481  
España que ha sido adquirido de los modos dichos, todo está ya en el dominio del Rey, y así puede privar á los particulares del uso de todas aquellas cosas que en otras circunstancias fueran de ninguno, ó imponer leyes que lo arreglen.

Segun este principio está concedida la facultad de cazar y pescar con varias limitaciones. 1.<sup>a</sup> Que no se caze en tiempo de cria. 2.<sup>a</sup> Que no se armen cepos grandes en los montes. 3.<sup>a</sup> Que para la pesca no se use de cal viva, tóxico, veneno, ú otras cosas perjudiciales. (1)

En la América hay otra especie de pesca, que es la de perlas. Esta se halla concedida por el Rey, tanto á los españoles, como á los indios, (2) pagando á la real Hacienda el quinto de las que pescaren, y sacando licencia del gobernador y oficiales reales de la provincia; pero las que fuéren muy buenas, deben ser para el Rey por su justo precio. (3) La justicia de estos derechos se infiere de lo dicho arriba. Quede, pues, asentado: que todo aquel que tuviere derecho de pescar ó cazar hace suyo lo que prende, porque lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

Del mismo principio se infiere, que se pueden coger las fieras aun en el fundo ageno; (4) pero esto se entiende con dos condiciones: la primera, que no haga daño á las siembras; y la segunda, que no se lo prohíba el señor del fundo; porque si se lo impidiere, como puede, en virtud del dominio que tiene en su cosa, todo cuanto cazare debe ser del dueño del fundo que le impidió la entrada ó la caza. (5)

Por la razon contraria no se pueden cazar las bestias mansas, ni amansadas, pues estas tienen dueño, y será hurto el aprehenderlas. (6)

Aunque hemos dicho arriba que para la ocupacion es absolutamente necesaria la aprehension, con todo, por nues-

tro derecho el que hirió la fiera es dueño de ella mientras la sigue, y ninguno otro la puede prender y ocupar, como disponía la ley de Partida, (1) teniéndose desde luego en este caso por ocupada ya por el cazador. (2) La regla que tenemos para saber hasta cuando permanecerán en nuestro dominio las fieras, es ésta: mientras que la fiera no ha recobrado su natural libertad es nuestra; si se huye y escapa de la guarda en que la teníamos, la perdemos, y es del que primero la coja. (3)

Por lo que hace á las amansadas, serán nuestras mientras conservaren la costumbre de ir y volver á la casa de su dueño; pero si la perdieren y ya no volvieran, perderá su dueño el dominio que en ellas tenía, y las podrá ocupar cualquiera que las encuentre. (4)

La segunda especie de ocupacion, dijimos que se llamaba *ocupacion bélica*, y es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra, (5) por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo. De aquí se deducen varias conclusiones.

1.<sup>a</sup> Todo lo que se toma de los enemigos se hace nuestro. (6) Decimos que lo que se toma de los *enemigos*, porque este derecho no tiene lugar en las guerras civiles.

2.<sup>a</sup> El enemigo tiene derecho de recobrar sus cosas que le han sido tomadas, pues nosotros somos tambien enemigos suyos; y así, si las recobra no comete hurto.

3.<sup>a</sup> El dominio de las cosas quitadas á los enemigos se adquiere habiéndolas tenido una noche, ó puéstolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; desuerte, que si otro de los nuestros se las quita despues de haber trasnochado en su poder, ó despues de que ellos las hayan ase-

(1) Ll. 1. 2. 6. y 9. tít. 8. lib. 7. de la Rec. de Cast.

(2) Ll. 29. y 30. tít. 25. lib. 4. Rec. de Indias.

(3) Ll. 29. tít. 25. lib. 4. Rec. de Indias.

(4) Ll. 17. tít. 29. Part. 3.

(5) Dha. ley 17. tít. 28. Part. 3.

(6) Ll. 24. tít. 28. Part. 3.

(1) Ll. 21. tít. 28. Part. 3.

(2) Ll. 16. tít. 4. lib. 3. del Fuero Real.

(3) Ll. 23. tít. 28. Part. 3.

(4) La misma ley 23. del mismo tít. al fin.

(5) Ll. 20. tít. 28. Part. 3.

(6) Ll. 1. tít. 28. Part. 2.

gurado, no deben ser del que primero las perdió, sino del que las rescató. (1) Pero esto tiene lugar cuando la guerra ó corso es por tierra, porque si fuere por mar no se adquieren las cosas, hasta llegar al puerto y asegurarlas. (2) La razon de la variedad de estos derechos es, porque en tierra es mas fácil asegurar las cosas que en el mar, en el cual mientras no se llega al puerto, pueden venir los enemigos, al alcance y recobrar lo perdido, pues tienen derecho á ello como hemos dicho. [\*]

4.ª La presa que se toma en la guerra, sea por mar ó por tierra, no es de los soldados que despojan á los enemigos, sino de aquel á cuya costa se hace la guerra, (3) y siempre es del Rey la quinta parte de todo lo mueble aun cuando no la costée, y todas las ciudades, villas y demás raíces que se ganaren (4) le pertenecen enteramente.

Pero deseando nuestro Rey la seguridad de las embarcaciones de sus vasallos, ha procurado fomentar á los que se aplican á hacer el corso, y á mas de dispensarles su proteccion y auxilios para el armamento y habilitacion de sus buques: recompensas de honor á los que se distinguiere en acciones particulares, dando gratificaciones á los que lograren ventajas sobre los enemigos, ha cedido cuanto le pertenece por razon de su quinto de las mismas presas; desuerte, que en los corsarios se verifica que cuanto cogen á los enemigos lo hacen suyo. (5)

(1) L. 26. tít. 26. Part. 2.

(2) L. 13. tít. 9. Part. 5.

[\*] La adquisicion de las ciudades, villas lugares &c. y demás raíces no tiene efecto, hasta que se confirma por los tratados de paz; pues mientras dura la guerra no ha perdido su soberano la esperanza de recobrarlas, ni el derecho sobre ellas. Olmeda tom. 2. lib. 2. cap. 11.

(3) Ll. 27. y 29. tít. 26. Part. 2.

(4) Ll. 4. y 5. tít. 26. Part. 2. L. 20. tít. 4. lib. 6. Rec. de Cast.

(5) L. 21. tít. 4. lib. 6. Rec. de Cast. Real cédula de primero de julio de 1779, en donde se incluyen las ordenanzas de corsarios. Véase el principio, y el art. 46, y la ordenanza novísima de 12 de octubre de 1796, y la adiccion de 21 de mayo de 1799.

La tercera especie de ocupacion es la *invencion*, que segun dijimos es: la aprehension de las cosas muebles, que nunca han sido de alguno, ó fueron abandonadas por su dueño. (1) En la invencion, pues, se requiere: 1.º ánimo de adquirir: 2.º aprehension verificada con acto corporal; y 3.º cosa mueble de ninguno. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demás que se encuentran en las riberas del mar, ó de los rios. (2)

Así mismo se hacen nuestros los tesoros. Tesoro se llama un depósito muy antiguo de dinero, de cuyo dueño no hay memoria. De donde se infiere, que si la moneda encontrada es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquirirá cosa alguna el que la encuentre; pues, ó existirá su dueño, ó sus herederos á quienes se debe entregar.

Los tesoros, guacas, ó depósitos que los indios tenían en sus entierros, y las minas de oro y plata &c. en España é Indias pertenecen al Rey; pero siempre tiene parte el inventor, como veremos.

Por lo que hace á los tesoros en España, el que supiere que lo hay en la villa ó lugar donde mora, lo debe hacer saber por ante escribano á la justicia de aquel lugar; y si se hallare, se le debe dar por galardón la cuarta parte de lo que así se encuentre. (3) Pero en la América; cualquiera que intente descubrir tesoros, debe capitular primero con el Rey, ó con los vireyes, presidentes ó gobernadores la parte que se le ha de dar de lo que sacare, y debe dar fianzas bastantes, de que satisfará los daños que de buscar el tesoro se siguieren en las casas ó posesiones de los dueños donde presumieren que está, como fuere tasado por personas de inteligencia nombradas para ello, y hará el descubrimiento por su cuenta, pagando todas las costas y gastos necesarios. El descubrimiento se hará ante una persona de satisfaccion elegida por el gobernador, la cual irá

(1) Arg. de las leyes 5. y 40. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 5. tít. 28. Part. 3.

(3) L. 1. tít. 13. lib. 6. Rec. de Cast.

y asistirá con el descubridor, llevando cuenta y razon de lo que hallare, con órden de que lo haga valuar y tasar, y al descubridor se le dará la parte que le pertenece conforme á lo resuelto, ó por concierto ó capitulacion se le hubiere concedido, fuera de los derechos y quintos del Rey. (1)

De las guacas ó tesoros que se hallan en sepulturas, casas, ó templos de indios, ó en otros lugares en que ofrecían sacrificios á sus ídolos sean buscadas de propósito, ó halladas acaso, de lo que fuere metales de oro y plata, fundidos ó labrados, piedras y perlas, se ha de pagar al Rey el quinto, y uno y medio por ciento de fundicion, ensayador y marcador, si no constare estar ya pagado, sacando primero el uno y medio, y luego el quinto; y del cobre, plomo y estaño, uno por ciento, y el quinto; y de lo restante se aplica á la real Hacienda la mitad de todo, sin descuento de cosa alguna, y la otra mitad es para la persona que lo descubriere. (2)

Las minas están declaradas por propias del Rey, así por su naturaleza y origen, como por su reunion á la corona. (3) Sin separarlas de su real patrimonio las tiene concedidas á sus vasallos en propiedad, de tal manera, que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, ó de otra cualquiera manera enagenarlas, (4) entendiéndose esta concesion bajo la calidad de pagar el quinto de todo el oro y plata que se sacare, fuera de los gastos. (5) Tambien deberá pagar el que descubriere mina el terreno que ocupare, sea del comun ó de algun particular, y los daños que se sigan á tasacion de peritos. (6)

Adviértase que los bienes mostrencos, que son aquellos cuyos dueños se ignoran, no pertenecen á la invencion; pues hechas las diligencias prevenidas, y tenida la cosa de ma-

(1) L. 1. tít. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

(2) L. 2. tít. 12. lib. 8. de la Rec. de Ind.

(3) L. 4. tít. 13. lib. 6. Rec. de Cast. y Real ordenanza de minas de 1783. tít. 5. art. 1.

(4) Dha. Real ordenanza de minas tít. 5. art. 2.

(5) Art. 3. y 14. del tít. 6. y el 19. lib. 4. Rec. de Ind.

(6) Véase el art. 14. del tít. 6. de la misma ordenanza.

nifesto, y pregonada una vez cada mes por espacio de un año, no pareciendo su dueño, se entregará á la cámara y fisco del Rey. (1)

## §. VI.

### DE LA ACCESION, SEGUNDO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

**E**l segundo modo de adquirir originario, se llama *accion*: ésta es un derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á nuestra cosa. La razon en que se funda esta adquisicion es, porque es muy natural que de quién es lo principal, sea tambien lo accesorio: v. g., de quién es el árbol, de él es el fruto. La accesion es de tres maneras: *natural*, que proviene de obra de sola la naturaleza, como el feto de un animal: *artificial*, que es un aumento causado á nuestra cosa por sola la industria, como si alguno escribe en nuestro papel; y *mista*, cuando concurre la naturaleza y la industria á producir algun aumento, por ejemplo, en un campo sembrado y cultivado.

La accesion puramente natural, tiene varias especies; y son el feto, la isla, el aluvion, la fuerza del rio y la mutacion de madre.

El feto es una especie de accesion que resulta por la generacion de una sustancia animada, y se ha tenido siempre por parte de la madre y como una accesion suya; y de aquí resulta el axioma siguiente: *todo lo que nace de un vientre que está en nuestro dominio, es nuestro.*

De donde se infiere, que todo lo que nace de un animal, es del dueño de éste, es decir, de aquel que lo tiene en su dominio: v. g., el ternero es del señor de la vaca, y al señor del toro nada se le debe, si no es que haya pacto entre los dos señores, ó costumbre de pagar alguna cosa en este caso. (2)

(1) Ll. 6. y 7. tít. 13. lib. 6. Rec. de Cast. y ley 6. tít. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

(2) L. 25 tít. 28. Part. 3.

La segunda especie de accesion natural es la isla que nace de nuevo. Esto puede acaecer, ó en un rio ó en el mar, ó dividiéndose el rio y uniéndose mas abajo. La isla que nace en el rio se considera como accesoria á las heredades que están situadas á una y otra parte de las riberas. Esto se ha establecido así, desde luego porque esta isla se considera que resulta de la tierra que las corrientes del rio han llevado á aquellas heredades. Y así, si nace en el medio del rio, los que poseen fundos en uno y otro lado la dividen segun sea el tamaño de sus fundos á proporcion. (1) Si la isla se acerca mas á una ribera que á otra, desuerte que esté en la una mitad del rio, la dividirán entre sí solamente aquellos que tienen sus heredades á esta parte; y siempre que ni esté en el medio, ni á un lado perfectamente, se hará la medida y division con proporcion al tamaño de las heredades, y al lugar de la isla. (2)

La que nace en el mar, será muchas veces de ninguno, siendo este comun; (3) pero si apareciere en el mar ocupado por algun Príncipe, será de éste; por ser regla general que el dueño de lo principal lo es tambien de lo accesorio.

Aluvion y fuerza del rio. La tercera y cuarta especie de accesion natural es el acrecimiento que los rios causan poco á poco y sin sentir, y el que resulta de una avenida repentina. En el primer caso, esto es, cuando poco á poco se aumenta algo á mi heredad por el rio, ninguno puede saber de qué campo lo ha llevado para añadirselo al mio, por lo qual el aumento que resulta en este caso cede al campo á que se allega. (4) Por el contrario, si el rio violenta y repentinamente arranca una parte á la heredad vecina y la añade á la mia, puede el dueño de la heredad disminuida, vindicar esta parte que le ha llevado la fuerza del rio. Luego no se hará dueño de este aumen-

(1) L. 27. tit. 28. P. 3.

(2) L. 27. del mismo tit. y Part.

(3) L. 29 de dicho tit. y Part.

(4) L. 26. de idem.

to el señor de la heredad aumentada, si no es por prescripcion, si el dueño no reclamare la parte arrancada, y mientras tanto se arraigaren los árboles en el fundo á que fueron llevados. (1) Mas lo que se ha dicho del aluvion, solo tiene lugar en los campos que no tienen mas limites que el rio á que llaman *arcifnios*; pues si fueren de los que tienen cierto limite, lo que se les aumentare será público.

La última especie de accesion es la mutacion de corriente de los rios, que sucede cuando toman nuevo camino y dejan seco el antiguo. En este caso, todo aquel espacio que ocupaba antes el rio, se considera como accesorio de las tierras contiguas; y así lo dividen entre sí á proporcion del frente de cada uno de los campos. (2)

Hemos visto ya las accesiones naturales: síguense ahora las puramente industriales. De estas hay tres especies, y son *adyuncion*, *especificacion*, y *comision*. Adyuncion es, cuando la cosa agena se junta á nuestra materia; y esto puede ser, ó por *inclusion*, como si una piedra agena se engasta en un anillo mio; ó por *soldadura*, como si un pie ageno se le acomoda soldándolo con el mismo metal á un candelero mio; ó por *intestura*, como si los hilos de púrpura agena se tejen en mi paño; ó por *edificacion*, como si edificó en suelo ageno con materiales mios; ó en suelo mio con materiales agenos; ó por *escritura*, como si se escribiese en papel ageno; ó por *pintura*, como si un pintor dibujase ó pintase en tabla de otro.

En todos estos casos, lo accesorio sigue á lo principal: por principal, se entiende la misma cosa existente por sí, y sin dependencia de otra; y por accesorio, aquello que es un agregado suyo para ornato ó complemento. Así, una tela es lo principal, y el bordado lo accesorio: el brazo de una estátua es lo accesorio, y ésta lo principal. De donde se sigue, que la cosa unida á nuestra materia, ya sea por soldadura, ya por inclusion, se hace nuestra siempre que con buena fé haya sido unida; pues de lo contrario, esto

(1) Véase toda la ley 26. tit. 28. Part. 3.

(2) L. 31. tit. 28. Part. 3.

es, si sabiendo que la cosa era agena se unió á la suya, no adquiere el dominio, ántes bien siendo la cosa accesoria del que la unió con mala fé pierde el dominio de ella, y presume el derecho que la quiso donar, cuando á sabiendas la unió á materia agena. (1) De esta regla general solo se exceptúa la pintura, que debiendo ceder á la tabla, en consideracion á su nobleza, no cede sino la tabla á la pintura. (2) En todos los demás casos vale la regla dada ántes; y así, lo que se ha unido á nuestra cosa principal, no lo puede vindicar su dueño, porque en virtud de la accesion hemos adquirido dominio. Pero como sería cosa injusta que uno se enriqueciese con daño de otro, por medio de varias acciones, nos concede el derecho que nos indemnizemos: y por tanto, si el señor de la materia está en buena fé, puedo obligarle á que me pague el valor de mi cosa que adquirí por derecho de accesion. Si procedió de mala fé, no la hizo suya, y tengo contra él accion de hurto. (3)

En la edificacion hay varias cosas singulares. En ella por cuanto importa que las ciudades no se deformen con ruinas, está establecido que cualesquiera materiales que uno tome agenos y los acomode en su casa, una vez asentados, no se le puedan vindicar por su dueño, porque sería necesario arruinar el edificio; y así adquiere el dominio de ellos, ahora sea con buena ó mala fé; pero está obligado á pagar el duplo de dichos materiales, ó cuanto su dueño jurare delante el juez que recibió de daño por aquellos materiales que le fuéron tomados. (4)

Pero si alguno edificó en suelo ageno, siendo poseedor de buena fé, puede retener el edificio hasta que se le pa-

(1) Véanse las Ll. 35. 36. 37. 38. 42. y 43. tit. 28. Part. 3.

(2) L. 37. tit. 28. Part. 3.

(3) Ll. 35. y 36. d. tit. y Part.

(4) Véase la ley 16. tit. 2. Part. 3., de la que se colige, que si con buena fé se tomaron los materiales, se debe el duplo; y si con mala, todos los daños y perjuicios seguidos al dueño. El Sâlas ophâ, que está en arbitrio del actor recibir el duplo ó el interés, y que en práctica no se pagará mas que la estimacion de la cosa, si se tomó con buena fé. En el §. 29. tit. 1. lib. 2.

gue el valor de los materiales que cedén al señor del suelo: Mas siendo de mala fé, lo debe perder todo en pena del dolo con que sabiendo que el suelo era ageno edificó en él.

La segunda especie de accesion industrial es la *especificacion*, y es, cuando alguno de materia agena hace una nueva especie: v. g., del oro ó plata agena, un vaso; de la lana agena, paño. Pero se debe notar que solo habrá especificacion cuando se dé una nueva forma á la materia, como en los egemplos puestos: v. g., ni el vaso, ni el vestido existían ántes; luego la plata y la lana tomaron una nueva forma. Mas si persevera la antigua, no será especificacion, como si alguno saca el trigo de las espigas agenas. En el caso, pues, de verdadera especificacion, se debe distinguir si la especie se puede reducir á su primera forma, ó nó; si se puede, debe ser del señor de la materia; si no se puede volver á la primera forma, será del que especificó; v. g., si de mi plata hace otro un vaso, yo seré dueño de él; porque se puede fundir, y volver á la masa de plata que ántes era. Por el contrario, si de mi lana hace otro paño, el tejedor será dueño de esta nueva especie, porque éste no se puede reducir á la forma antigua de lana. Mas como ninguno se debe enriquecer con daño de otro, tienen entre sí el señor de la materia, y el especificante, accion, ó á que se pague la estimacion de la materia, si el especificante se lleva la especie, ó á que se le paguen las impensas, si el señor de la materia la retuviere. (1) Todo lo dicho se entiende cuando el especificante haya procedido con buena fé; pues si la tuvo mala, esto es, si supiese que aquella materia á que dá nueva forma es agena, pierde la obra y no debe cobrar las espensas que hizo. (2)

La tercera especie de accesion industrial es la *commissio*: se mezclan las cosas secas y las líquidas: las primeras despues de la mezcla mantienen entera su esencia; y

(1) L. 33. tit. 28. Part. 3.

(2) L. 33. dicho tit. y Part. al fin v. Empero, y sobre ella Berni, quien advierte que la práctica en este caso es, que la parte que fabrica pague éstas, y daños y perjuicios al dueño del material.

6.º, si la cebada se mezcla con trigo: las segundas de tal suerte mudan su esencia, que parece hacerse una tercera entidad, ó una nueva sustancia; v. g., si el vino se mezcla con aguardiente. La primera se llama propiamente *commistion*, y la segunda *confusion*. Ahora, pues, esta *commistion* ó *confusion*, se hace, ó con voluntad de ámbos dueños, ó de uno solamente, ó por acaso. Si se hace con voluntad de ámbos, toda la masa se hace comun, la que deberán partir entre sí, segun las cantidades que se mezclaron. Si con voluntad de uno solo, si las cosas son separables, cada uno vindica su materia; (1) y si no lo son, como en el caso de la *confusion*, el confundente deberá pagar la estimacion, y los daños y perjuicios al señor de la cosa confundida. Pero si la *commistion* ó *confusion* se hiciere por acaso, siempre que las cosas se puedan separar sin mucho trabajo, cada uno vindica la suya; pero si no se pudiere, entonces se hace comun el todo, y lo parten entre sí, pesando, contando, ó midiendo la parte que á cada uno debe tocar. (2)

La última especie de *accesion* es la *mista*, y es aquella que proviene parte de obra de la naturaleza, y parte de la industria: tales son la *planta*, la *siembra*, y la *percepcion de los frutos*: v. g., si yo siembro un campo ageno con trigo mio, ¿quién cogera la mies? ¿A quién pertenecerá un árbol puesto en los confines de dos campos, ó el que yo he plantado en campo ageno? Si con buena fé y justo título poséo una heredad agena, ¿de quién serán los frutos que diere?

Para la *siembra* y *planta* es regla general: *todo lo que se siembra y planta cede al suelo*: y es la razon, porque este se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio: lo accesorio sigue á lo principal; luego la mies y el árbol ceden al suelo, ahora se siembre con buena ó mala fé. De los árboles puestos en confines, se puede dar otra regla general: *el dominio del árbol se estima en derecho por*

(1) L. 34. tit. 28. Part. 3.

(2) Dha. ley tit. y Part.

la raíz; (1) y así, si se estendiesen las raíces por la heredad agena, desuerte que las principales por donde crece estuviesen en ella, gana el dominio del árbol el dueño de la heredad á donde pasasen las raíces, aunque caigan las ramas sobre las tierras del que lo plantó. Y en el caso de que parte de las raíces principales estuviesen en la una heredad y parte en la otra, será el árbol comun á los dueños de las dos heredades. (2) La razon de este derecho es, porque los árboles y plantas atraen todo su nutrimento, y suco vital por las raíces: luego se alimentan de aquel suelo á donde estienden éstas, y parece justo que para el dueño de aquel suelo que mantiene el árbol, sean los frutos todos, ó una parte si uno solo no fuere el suelo que alimenta la planta.

De las reglas dadas se infiere claramente, que siempre que se siembre semilla propia en campo ageno, ó semilla agena en mi campo, la siembra será del señor del suelo; pero debe pagar los gastos hechos en la siembra y en la semilla. (3) Se infiere tambien, que toda planta puesta en nuestro suelo se hace nuestra; pero no antes de que arraigue. (4) La razon es, porque antes de criar raíces, puede facilmente y sin daño alguno arrancarse y trasladarse á otro suelo, y no hay razon para que al instante ceda al señor del suelo, sin haberse alimentado de su tierra. En este caso, como en el antecedente, se deberá pagar el precio del árbol ó planta, y las espensas si algunas se hubieren hecho.

Por lo que hace á la *percepcion* de frutos, que es la tercera especie de *accesion* *mista*, veremos primero qué especies hay de frutos, y qué se requiere para que uno haga suyos los percibidos de una cosa agena. Los frutos, pues, ó son naturales ó industriales. Naturales, son aquellos que por sí mismos dan los campos sin trabajo, ni cuidado alguno del hombre, como son los árboles de frutas silvestres, el heno, paja &c. Industriales, se llaman aquellos que requieren

(1) Arg. de la ley 43. tit. 28. Part. 3., v. otro sí, en el medio.

(2) Dha. ley 43. tit. y Part. hasta el fin.

(3) Dha. ley tit. y Part.

(4) Dha. ley 43.

siembra y cuidado del hombre, como el trigo, y cualquiera otra utilidad, que hace rendir á una heredad la diligencia del hombre. (1)

Las condiciones necesarias para adquirir los frutos de la cosa ajena, son: primeramente *buena fé*, la cual no es otra cosa que aquel juicio recto con que uno créa que es verdadero señor de la cosa, sin que tenga fundamento para juzgar lo contrario. Esta buena fé, debe ser continua ó perpetua; y así, en el momento en que sabe uno que no es dueño, si con todo percibe los frutos, ya no es poseedor de buena fé, ni los hace suyos. Se requiere tambien *justo título* y hábil para transferir el dominio como los que esplicamos arriba; porque si á alguno, por ejemplo, hubiese yo dado en comodato una yegua, sería cosa absurda que se quisiese apropiarse el pollino con este título. Posée á la verdad con buena fé y justo título, pero no hábil para transferir el dominio; pues cuando damos nuestra cosa en comodato, no es para que el comodatario se haga señor de ella. Finalmente, es necesario *posesion*, y no una mera detención de la cosa, que se llama *posesion natural*, sino una *posesion civil*, que resulta de la detención corporal de la cosa, y del ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio.

Si concurren, pues, estos requisitos, entonces el poseedor de buena fé se tiene por señor en cuanto á la percepción de los frutos industriales, mientras no aparece el verdadero señor de la cosa. Decimos que se tiene por señor, porque hace suyo los frutos industriales percibidos hasta la litis contestacion, y se tienen por tales los que están separados de los árboles ó del suelo; pues no siendo así no se tienen por percibidos, aunque estén maduros.

Los naturales, no los hace suyos: debe restituirlos aun cuando los haya consumido, pues solo se le conceden en atencion al cultivo y trabajo que ha tenido en ellos; y así faltando esta razon, es justo que los devuelva. (2)

(1) L. 39. tit. 28. Part. 3.

(2) Véase la ley 39. tit. 28. Part. 3. al principio.

El poseedor de mala fé, nada hace suyo; y tanto los frutos percibidos como los por percibir, corresponden al verdadero señor de la cosa, á quien los debe entregar; y solo podrá cobrar las espensas. (1)

## §. VII.

### DE LA TRADICION, UNICO MODO DE ADQUIRIR DERIVATIVO.

Hemos visto ya los modos originarios de adquirir: se sigue el derivativo que es uno solo, y se llama *tradicion*. Dijimos que modo derivativo de adquirir es, cuando el dominio se transfiere de uno á otro; y así definiremos la tradicion, diciendo: que es *un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor de la cosa que tiene derecho, y ánimo ó intencion de enagenar, transfiere con justa causa una cosa corporal en el que la recibe* (2) De aquí nacen cuatro axiomas. 1.º *Que solo las cosas corporales se pueden entregar*, pues solo éstas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno á otro: por esta razon las cosas incorpóreas como los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan; y la cuasi tradicion consiste en la paciencia de uno, y el ejercicio del otro. De la misma definicion se colige, que la tradicion ó es *natural*, ó *simbólica*, *brevi manu*, ó *longa manu*. Naturalmente se hace la tradicion, cuando con acto corporal se traslada la cosa en el sugeto que la recibe. *Simbólica* se llama, cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir; v. g., si se dan las llaves del granero que encierra el trigo que se vende. (3) *Longa manu* se dice hacerse la tradicion, cuando la cosa se pone en la presencia de aquel á quien

(1) L. 39. al fin. Y nótese que de los frutos que restituyese el poseedor de buena fé por no estar percibidos, cobra tambien las espensas, como lo dice esta ley en el medio y la 40. que sigue.

(2) L. 46. tit. 28. Part. 3.

(3) Ll. 6. 7. y 8. tit. 30. Part. 3.

se entrega; pero éste no la toca sino con solo los ojos. (1) *Brevis manus* se llama un equivalente á tradicion actual, y se verifica cuando uno que ya está en posesion de la cosa, se dá por entregado de élla, en virtud de que el dueño precediendo algun trato, se la cede en toda propiedad: v. g., le doy en comodato á Ticio un libro; despues se lo vendo y le digo, que supuesto que está en su poder, se quede con él: en este caso es lo mismo que si se lo entregára.

Axioma 2.º *La cosa debe ser entregada por el señor.* La razon es, porque lo que uno no tiene, no lo puede dar á otro; y así, si he recibido alguna cosa con buena fé de uno que no es señor, me haré poseedor de buena fé; pero no señor. El pupilo tampoco puede transferir dominio, porque aunque es señor, no se tiene por persona perfecta por defecto de juicio, y así nada puede hacer de donde resulte peor su condicion sin autoridad del tutor, y por consiguiente ni transferir dominio.

Axioma 3.º *No se transfiere dominio, si no hay ánimo de enagenar.* La razon es, porque al señor solamente compete dar la ley á sus cosas y disponer de éllas, y si dispone que solo pase el uso ó la custodia de su cosa, el que la recibe por esta tradicion no se hará señor: v. g., si yo doy en depósito ó en locacion, ó comodato mi cosa, se verifica tradicion; pero el depositario conductor, ó comodatario, no se hacen dueños de élla, porque en mí, falta el ánimo ó voluntad de enagenarla.

Axioma 4.º *No se adquiere el dominio por la tradicion, sino precede título hábil para transferirlo,* como los que esplicamós ántes; v. g., donacion, venta, legado. El contrato de compra y venta tiene de singular, que aunque se haya perfeccionado por la tradicion de la cosa, con todo, no se transfiere el dominio, sino hasta que se entregue el precio; pero si liere fianza ó prenda, ó el vendedor hiciese confianza del comprador, pasará el dominio de la cosa vendida. (2)

(1) L. 6. dho. tit. y Part. v. Empero si un homo.

(2) L. 46. tit. 28 P. 3.

Por lo que hace á la necesidad de la tradicion de la cosa para adquirir el dominio, es digno de notarse que esto tiene lugar ciertamente atendido el derecho civil; pero es muy probable que á esta sutileza no atiende el derecho natural: y así, segun éste, cualquiera verdadero señor con derecho espedito, que tiene ánimo ó voluntad de enagenar, y la declara espresamente ó por señales destinadas al efecto, transfiere el dominio válidamente, aunque no intervenga tradicion de la cosa. (1)

Al fin de este título nace una breve cuestion, y es ¿si se podrá entregar algo á persona incierta? Este caso parece que se verifica hasta el dia en la coronacion de los Príncipes, y cuando toman posesion de sus dignidades muchas personas eclesiásticas, como arzobispos, cánónigos &c.; pues entonces se acostumbra arrojar algunas monedas de plata, y esparciéndose este dinero con el ánimo de que cualquiera haga suyo lo que aprehenda, parece que se verifica tradicion en personas inciertas. Pero si atendemos bien á la naturaleza de estos hechos, no hay aquí especie de tradicion, sino de ocupacion; pues el que arroja las monedas las abandona, y quiere que sean del que primero se apodere de ellas, y que el que las hallare, haga lo que quisiere de ellas, como dice la ley de Partida. (2) Luego estas monedas ya son de ninguno; y lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

## TITULO II.

### DE LAS COSAS CORPORALES É INCORPORALES.

Siéguese otra division de las cosas, de la cual se hizo mencion en el título pasado. Dijimos, pues, que las cosas, ó son *corporales* ó *incorporales*. (3) Corporales, son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por

(1) Hein. Elem. Jur. Nat. lib. 1. cap. 10. §. 275.

(2) L. 48. tit. 23. Part. 3.

(3) L. 1. tit. 30 Part. 3.



alguno de los cinco sentidos; y así cosas corporales, son todas las cosas materiales: é incorporeales, por el contrario, las que no se pueden tocar, ni percibir por los sentidos, porque consisten en un derecho, ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es, v. g., el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes así á los ojos, como á los otros sentidos.

Supuesto esto, sería fácil responder á uno que preguntase, ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó la plata acuñada que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal, porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrínseco que contiene es cosa incorporeal, porque no puede percibirse por sentido alguno exterior, sino solo por el entendimiento.

Hemos visto ya qué cosas sean corporales é incorporeales; resta ver sus calidades. De la misma definición nace: lo 1.º que las cosas incorporeales no se pueden poseer; y es la razon, porque poseer, es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro; y todo esto no tiene lugar en las cosas incorporeales. Con todo, como estas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las cuasi poseemos, mientras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y percibir su utilidad: 2.º en las cosas incorporeales no se dá tradicion sino cuasi tradicion, lo cual ya se ha explicado arriba: 3.º las cosas incorporeales no están en nuestro dominio, porque el dominio, como se ha dicho, es derecho en una cosa corporal; y así no podemos decir *el derecho de prenda, ó tal servidumbre ó obligación, está en mi dominio*. No obstante, como éstos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos, y tienen realmente precio y estimación, de aquí es que se dice propiamente que están en nuestros bienes.

Las cosas corporales se subdividen en muebles y raíces. Muebles, se llaman aquellas que ó se mueven por sí mismas, por virtud interna que tienen, v. g., siervos, animales &c., las cuales tambien se llaman *semoventes*, ó pue-

den ser llevadas de un lugar á otro sin detrimento, v. g., las sillas, libros &c. Raíces, son las que ni por sí, ni por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, campos &c. (1)

### TITULO III.

#### DE LAS SERVIDUMBRES.

**H**emos tratado ya del dominio: síguese ahora tratar de las servidumbres, que es otro derecho en la cosa. Por servidumbre no se entiende aquí, aquella de que hablamos en el libro 1.º cuando una persona sirve á otra, sino cuando una cosa sirve á la persona. Siendo, pues, esta especie de servidumbre un derecho, esto es una cosa incorporeal, con razon despues de esplicadas las cosas incorporeales en general, se sigue tratar de las servidumbres.

La servidumbre, es *un derecho impuesto en la cosa ajena, por el cual el señor en su cosa está obligado á padecer, ó á no hacer algo en utilidad de otro*. (2) Se dice: 1.º Que la servidumbre es un *derecho*; pero respecto del que tiene ó goza la servidumbre: porque respecto del que la padece, es obligación ó carga. 2.º Obsérvese que la servidumbre es *derecho en la cosa*, por lo cual se enumeró arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la cosa de mi vecino, no es su persona la que me está obligada, sino su cosa. 3.º Se dice la servidumbre *derecho en la cosa ajena*, porque el señor no puede tener servidumbre en su cosa, v. g., si puedo sacar agua del pozo de mi vecino, es servidumbre; pero luego que adquiere la heredad de mi vecino en donde está el pozo, se acabó la servidumbre, por que el pozo ya no es cosa ajena sino mia; y así no saco el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Añádese: *por el cual el señor está obligado á padecer, ó á no hacer algo en su cosa*,

(1) L. 4. tit. 29. Part. 3.

(2) L. 1. tit. 31. Part. 3.

en utilidad de otro; y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por ejemplo, si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, éste está obligado á sufrir que transite por él; y si obligo á mi vecino á que no levante mas sus paredes, está obligado á no hacer una cosa que pudiera como señor: siempre, pues, el sirviente está obligado á padecer, ó á no hacer en utilidad del dominante. (1) Las doctrinas dadas hasta aquí, son tan generales que no se dá caso en que alguna servidumbre consista en hacer; y así, si queremos fingir el caso de que alguno hubiese prometido á su vecino componerle ó renovarle su casa todos los años, no sería servidumbre, sino obligacion personal; y por consiguiente no *derecho en la cosa*, sino *á la cosa*.

De la definicion dada se infiere claramente de cuántas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir, ó á una persona, ó á otra cosa. Si la cosa sirve á la persona, se llama servidumbre personal: si la cosa sirve á otra cosa, v. g., un fundo á otro fundo, se llama servidumbre real. (2) Por ejemplo, un marido al morir deja el usufruto de un fundo á su muger: en este caso el fundo sirve á la persona de su muger, y esta será servidumbre personal, por otro nombre *usufruto*. Por el contrario, si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre es real, porque un predio sirve á otro. Las servidumbres personales son cuatro: *usufruto, uso, habitacion y obras de los siervos*. (3) Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto; y así como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con ésta. Al contrario en las reales; porque una cosa sirve á otra, duran tanto como las cosas, aunque pasen á otras personas.

En este título se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles, sino en raíces. Mas como en estas servidumbres

(1) L. 1. 2. y 3. tit. 31. Part. 3.

(2) L. 1. tit. 31. Part. 3.

(3) Dha. ley 1.

siempre un fundo sirve á otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en utilidad del otro *serviente*.

Las servidumbres en nuestro derecho, ó son *urbanas*, ó *rústicas*. Urbana, es la que tiene un edificio en otro; y rústica, la que tiene una heredad en otra. (1) Esto supuesto, se entenderán fácilmente varios axiomas de la servidumbre.

1.º *Toda servidumbre es en la cosa ajena*. (2) La razon es, porque siempre que uno usa de su cosa, lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba; y así, cuando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede imponer á su cosa este gravámen, y no otro. (3)

2.º axioma. *Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer, ó en no hacer*. (4) La razon es, porque de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que debe hacer. Cuando la servidumbre es de padecer, se llama *afirmativa*, v. g., la servidumbre de *camino, ventana, goteras &c.*; pero si es de no hacer alguna cosa, será *negativa*: v. g., no impedir la luz, no levantar mas alto &c.

3.º axioma. *Todas las servidumbres son indivisibles*, (5) porque son un simple derecho; y el derecho no se puede dividir; y así, á ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino, goteras &c.

De aquí podemos fácilmente inferir de qué modo se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *á la cosa*, y *en la cosa*. El derecho á la servidumbre, lo podemos adquirir; 1.º por pacto ó estipulacion, cuando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa. (6) 2.º Por última voluntad, v. g., si al-

(1) L. 2. tit. 31. Part. 3.

(2) L. 13. dho. tit. y Part.

(3) Véase la dha. ley 13. en el principio, y la 10. del mismo tit.

(4) Todo el tit. 31. Part. 3., y especialmente la ley 1.

(5) L. 9. tit. 31. Part. 3.

(6) L. 14. tit. 31. Part. 3.

guno en testamento ó codicilo me lega el sacar agua de su fuente &c. (1) 3.º Por prescripcion; y en este caso, si la servidumbre es continua, esto es, que sirve continuamente, como el agua que nos viene del fundo ageno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y si fuere descontinua, esto es, que no se usa sino algunas veces, como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial. (2) Pero en el primer caso, no hay mas que derecho á la cosa: la persona del que promete, ó el heredero me está obligada, y no la misma cosa. De aquí es, que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *cuasi tradicion*, y se llama así, porque como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporal, propriamente no se puede entregar sino cuasi entregar, y esta cuasi tradicion se verifica por el uso del uno, y la paciencia del otro; v. g., si se me ha concedido sacar agua del fundo vecino, y yo comienzo á sacarla á su vista sufriendolo él, por este primer hecho se me hace cuasi tradicion de la servidumbre, y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra cualquier poseedor. De esta regla se exceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la cual se adquiere el derecho en la cosa sin tradicion, al punto que muere el testador.

Así mismo, claramente se deduce quién tenga obligacion de hacer los reparos necesarios para la conservacion de la servidumbre: v. g., tengo derecho de traer agua por medio de tangia que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo que es el dominante, estará obligado á repararlos. (3) La razon se deduce del axioma 2.º, porque la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en *no hacer ó padecer*, y si el fundo serviente reparase, haría alguna cosa; y así no sería solamente servir.

(1) La misma ley 14.

(2) Dha. ley 14. al fin, y la 15. tit. 31. Part. 3.

(3) L. 4. dicho tit. y Part.

Finalmente, del 3.º axioma, que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere, que no puede establecerse una mitad ú otra parte de servidumbre, porque el derecho como cosa incorporal, no puede admitir division. Otra cosa sería en el uso de la servidumbre, porque éste sí es capaz de admitirla, tanto por razon del modo, como si dijésemos á otro: te concedo servidumbre de camino, pero con tal que solo pases á pié ó á caballo, ó que no traigas carros: ó por razon del tiempo, v. g., te concedo derecho de pasar, pero solo en los meses de invierno.

Lo que se ha dicho hasta aquí, trata de las servidumbres en general: veámoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rústicas; trataremos, pues, en primer lugar de las urbanas. De éstas la 1.ª es el derecho de cargar sobre la casa del vecino; v. g., si lo obligo á que me permita edificar levantando pared sobre la suya. (1)

La 2.ª servidumbre es de agugercar la pared del vecino para meter vigas. (2) Por vigas se entiende no solo las propriamente tales, sino cualesquiera otra materia de edificio como piedras, ladrillos, hierro &c. De aquí se percibe fácilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente; pues en la primera todo el edificio carga en la pared ó columna del vecino, y en ésta solo una ú otra viga ó material.

La 3.ª servidumbre es de poner techo volado á mi casa sobre el fundo del vecino, para libertar las paredes del agua y humedad.

La 4.ª es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino. (3)

La 5.ª es de no levantar mas alto; y esta es un derecho por el cual el vecino en utilidad de mi casa, se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz. (4)

(1) L. 2. tit. 31. Part. 3.

(2) Dha. ley tit. y Part.

(3) La citada ley.

(4) La misma ley 2.

La 6.<sup>a</sup> es de luz, ó de no impedir la luz. (1) Para entender bien estas dos especies de servidumbre es menester notar dos cosas: 1.<sup>a</sup> que ninguno puede abrir ventanas, sino en su pared: 2.<sup>a</sup> que puede cualquiera abrir cuantas ventanas quiera en su pared; pero al vecino le es licito edificar contra ellas desuerte que las cubra, siendo en su suelo. Ahora, pues, si un vecino consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, esta será servidumbre de luz ó de ventana. Pero si tengo ventana en mi pared que cae á la casa del vecino, y éste me promete que no me la cubrirá con su edificio, se llamará servidumbre de no impedir la luz. (2)

La 7.<sup>a</sup> servidumbre es de paso por la casa, ó corral del vecino á la casa propia. (3)

Síguense las servidumbres rústicas. De éstas la 1.<sup>a</sup> es el derecho de senda, carrera, ó camino para pasar de la heredad de otro á la propia. La senda sirve para ir uno solo á pié, ó á caballo, sin llevar carro ni bestias de carga: la carrera para ir solo, ó acompañado con carretas; y el camino para llevar estas cosas y otras cualesquiera como madera, piedras &c. El ancho del camino debe regularse por lo pactado; y á no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho; y si tuviere vuelta, ó torcedura en aquel lugar tendrá diez y seis. (4) 2.<sup>a</sup> El derecho de conducir agua por heredad agena, para regar hortalizas, ó para molinos. (5) Y en este caso el dueño de la heredad, donde se tomare esta agua, no puede concedérsela á otro sin consentimiento de aquel á quien fuere otorgada la servidumbre, si no es que el agua fuere tanta, que sobrase para los dos. (6) 3.<sup>a</sup> El derecho de beber en fuente ó pozo ageno para sí, sus labradores, y bestias ó ganados, en el cual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad. (7)

- (1) La propia ley tit. y Part.
- (2) L. 2. tit. 31. Part. 3.
- (3) Dha. ley 2.
- (4) L. 3. dicho tit. y Part.
- (5) L. 4. dicho tit.
- (6) L. 5. dicho tit. y Part.
- (7) L. 6. tit. 31. Part. 3.

4.<sup>a</sup> El derecho de apacentar las bestias de labor en prado, ó dehesa agena. (1) 5.<sup>a</sup> El derecho de sacar cal, arena, piedra, ú otras cualesquiera cosas de la heredad de otro. (2)

Una cosa es digna de observarse en las servidumbres rústicas, (y aun puede tener lugar en las urbanas) y son los pactos con que se establecen; porque si la servidumbre se concede al fundo, será real; y si á la persona, será servidumbre personal, y solo durará mientras viva la persona.

Resta ver de qué modos se acaban las servidumbres. Hemos dicho que estas son un derecho en la cosa: el cual sin embargo de ser perpetuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1.<sup>o</sup> por *consolidacion*. Consolidacion es cuando se hace uno mismo el dueño de los predios dominante y sirviente: entonces se acaba la servidumbre por el principio explicado arriba, de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa. (3) 2.<sup>o</sup> Se estingue tambien por *remision*, porque como la servidumbre se constituye en utilidad del predio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede renunciarla siempre que quiera. (4) 3.<sup>o</sup> Por *no uso*. De este modo en tiempo de diez años se acaba la servidumbre urbana, estando presente el señor del predio que goza de la servidumbre; y estando ausente en veinte años. Pero para que esto se verifique, es necesario además que el dueño del fundo sirviente con buena fé estorbe el curso de la servidumbre, como v. g., si es viga que la estraiga de la pared, en ausencia ó presencia del interesado, segun hemos dicho arriba. (5) Pero si es servidumbre rústica, solo por no uso de tiempo inmemorial se puede perder siendo continua; y siendo discontinua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes. (6) 4.<sup>o</sup> Por

- (1) Dha. ley en el medio.
- (2) L. 7.
- (3) L. 17. tit. 31. Part. 6. v. la otra manera.
- (4) L. 17. eu el principio.
- (5) L. 16. tit. 31. Part. 3.
- (6) La misma ley 16. al fin.

permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre, haga algo que la impida ó destruya; (1) pues en este caso se entiende que la quiere renunciar. 5.º Finalmente por arruinarse ó extinguirse la cosa, se acaba la servidumbre; porque como es un derecho en la cosa, cuando se extingue ésta, se debe extinguir también el derecho que se tenía en ella.

## TITULO IV.

### DEL USUFRUTO

**D**ijimos arriba, que en toda servidumbre sirve la cosa; y que si ésta sirve á la persona, será servidumbre personal: tales son el usufruto, uso, habitación y obras de los siervos; pero que si una cosa sirve á otra cosa, resultará servidumbre real. De éstas hemos hablado ya, y así trataremos ahora de las personales, y en primer lugar del usufruto.

Usufruto es, *un derecho de usar y gozar los frutos de una cosa ajena sin deteriorarla.* (2) Antes de explicar esta definición es necesario entender estas palabras: *usar, gozar y abusar*, en las que hay mucha diferencia. Usar es, percibir tanta utilidad de la cosa, cuanta exige la necesidad. Por gozar se entiende, percibir cuanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir á las necesidades, sino también para comodidad y placer. Abusar es, percibir cuanta utilidad se quiera de la cosa, aunque sea destruyéndola. Ahora fácilmente se entenderá la definición, en la cual iremos por partes. El usufruto es derecho, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho de usar y de gozar, porque el usufrutuario no solo percibe de la cosa lo que exige la necesidad, sino también lo conducente á dar placer y comodidad. Se usa y se goza de las cosas ajenas, porque es servidumbre que

(1) L. 19. tit. 31. Part. 3.

(2) L. 20. tit. 31. Part. 3.

no la puede haber en cosas propias; desuerte que constituida esta servidumbre, siempre concurren dos personas, la una á quien pertenece el dominio, y se llama *propietario*; y la otra al que goza del usufruto ó utilidad de la cosa, y se llama *usufrutuario*. Se añade finalmente, que se ha de usar y gozar de la cosa sin deteriorarla; porque sino sería abuso, y no uso solamente, según la diferencia de estas voces ya esplicada. Fuera de que sería inútil al propietario el dominio, si el usufrutuario pudiera destruir la cosa.

De la definición dada se colige fácilmente, qué frutos percibe el usufrutuario, en lo cual sirve de regla el axioma siguiente: *el usufrutuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora, pues, como los frutos son, ó naturales ó industriales, y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerba &c.; y los segundos, mediante el trabajo é industria del padre de familias, como el trigo, lino &c. es digno de advertirse que unos y otros son del usufrutuario; porque el usufruto es un derecho de usar y de gozar, y estas palabras abrazan todo género de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo; pues según el axioma establecido, el usufrutuario percibe solamente los frutos ordinarios, en lo que no se incluyen los tesoros. A más de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos.

Infiérese también, que puede el usufrutuario locar á otra heredad de donde percibe usufruto; porque lo que tiene uno para sí, lo puede transferir á otro; y para el propietario lo mismo vale que el usufrutuario goze de la cosa, ú otro en su nombre, siempre que no la deteriore. Puede también vender los frutos, pues vende una cosa suya; (1) pero no puede ceder su derecho á otro, porque espira con su persona; y mucho ménos vender la cosa frutuaria, que pertenece al propietario.

Con la misma facilidad se demuestra, que no tiene el usufrutuario libre disposición de la cosa, supuesto que debe

(1) L. 20 tit. 31. Part. 3. v. è este á quien es otorgado.

gozarla sin causar mutacion ni deterioro en ella, y que no permanecería ilesa, siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero, que no puede mudar las cosas del fundo frutuuario, ni con el fin de ponerlo en mejor estado á su parecer; v. g., haciendo de las dehesas campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien, que el usufructuario está obligado á reparar la cosa; pues no permanecería ilesa, v. g., una casa, sino se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes cuando lo necesitare. (1) Pero esto se entiende de unos reparos medianos; y así, si la casa estuviera para caer, y fuese necesario lavantarla de cimientos, lo cual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderían éstos al propietario. Se infiere tambien, que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa, como un buen padre de familias, el cual no pierde las cosas con el uso, sino que ántes de que se deterioren demasiado, las procura restablecer y reparar. (2) Así mismo, que si se le concede el usufruto de una grey, debe reponer las ovejas que mueran con otras nuevas; y si es viña, en lugar de las vides secas, plantar otras de nuevo. (3) Finalmente, es claro que el usufructuario debe dar caucion al propietario; pues éste debe estar cierto de que su cosa se conservará ilesa. Está, pues, obligado á afianzar dos puntos: 1.º que usará y gozará de la cosa á arbitrio de buen varon: 2.º que cuando él muera, ó de otra suerte se acabe el usufruto, restituirá la cosa intacta al mismo propietario, ó á sus herederos. (4) Pero esta caucion cesa siempre que el usufruto se concede por la ley; y así, aunque el padre goze de los bienes adventicios del hijo, con todo, no dá caucion, á causa de ser legal este usufruto, (5) como tambien porque sería impiedad que un hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

(1) L. 22. tit. 3. Part. 3.

(2) L. 20. y 22 tit. 31. Part. 3.

(3) L. 22. ya citada.

(4) L. 20. tit. 31. Part. 3.

(5) L. 5. tit. 17. P. 4.

Si se busca en qué cosas se pueda constituir el usufruto, hallaremos que la definicion dada lo declara bastante; porque constando de ella que se debe usar y gozar salva la sustancia de la cosa, se infiere que solo se puede constituir usufruto en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles* que constan de número, peso y medida, esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas; y en no *fungibles*, que no admiten estimacion, segun número, peso y medida. Pero como estas definiciones son algo oscuras, aclararémoslas mas la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles: 1.ª diferencia. Las cosas fungibles de nada sirven, si no se consumen, v. g., el vino, el pan, el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejándolas ilesas, v. g., un campo, una casa.

2.ª En las cosas fungibles el dar otro tanto, es dar la misma cosa; v. g., se me han dado prestados 100 pesos, si yo vuelvo otros tantos, satisfago cumplidamente, aunque no haya vuelto los mismos 100 pesos que recibí; mas en las cosas no fungibles, una cosa igual ó equivalente no es la misma; y así, si yo presté un libro y vuelvo otro del mismo tamaño, y aun igual en todo, no satisfago, sino que debo volver el mismo en especie.

3.ª Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion: v. g., un peso por habérmelo dado el Rey, no vale mas que otro peso que he recibido de un rústico, pero las cosas no fungibles si lo admiten; y así, un libro aunque no valga mas de 10 ó 12 reales, puede ser para mí de mayor estimacion que 10 ó 12 reales, por ser regalo de un Príncipe, ó de un gran amigo, y un monumento de su cariño.

Ahora, pues, el usufruto solo se puede constituir en las cosas no fungibles, porque estas solas no se consumen con el uso, y el usufruto es un derecho de usar, y de gozar de la cosa salva su sustancia; y así, sería un absurdo si á Ticio, v. g., se concediese el usufruto de una botija de vino; pues si usaba de él, ninguna utilidad quedaría al propietario. Con todo, para este caso se inventó un *cuasi usufruto* que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el cuasi

si usufrutuário, que acabado el uso de la cosa, volverá otro tanto en el mismo género de aquello que recibió. De esta suerte, si yo tengo el cuasi usufruto de una bodega de vino, podré consumirlo todo, dando caución de que acabado el tiempo de este usufruto, volveré tantas botijas de vino, como las que contenía la bodega, y que será de la misma calidad &c. [\*]

Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa, sufra sus cargas, se sigue: que el usufrutuário que logra todos los frutos de la cosa, debe pagar los tributos, pechos y demás contribuciones á que esté obligada la cosa.

Hemos visto hasta aquí la naturaleza del usufruto: falta ver cómo se constituye, y cómo se acaba. Se constituye el usufruto, ó por la ley ó por el dueño de la cosa. Por la ley, siempre que las leyes disponen que en éstas, ó en aquellas cosas tengamos el usufruto: v. g., las leyes mandan que al padre competa el usufruto en los bienes adventicios de sus hijos. (1) El señor puede conceder el usufruto de su cosa ó por última voluntad, esto es, por legado, ó por pacto. (2) En el primer caso no hay necesidad de tradición, sino que el usufrutuário adquiere derecho en la cosa en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso, el pacto solo dá derecho á la cosa, esto es, acción personal contra el que promete para que realice el usufruto prometido; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *cuasi tradición*. Esta concesión de usufruto entre vivos, se hace ó

[\*] Se preguntará ¿si en vestidos podrá consistir verdadero usufruto, ó si solo será *cuasi*, en el caso de que un testador concediese en su testamento á otro el usufruto de sus vestidos? Y se responde, que puede ser uno y otro: será verdadero usufruto, si de tal suerte concedió el testador el uso de sus vestidos, que quede obligación de restituir los mismos en especie acabado el tiempo de la concesión; y será *cuasi*, si se deben restituir otros ó su estimación. Hein. en este tít. §. 419.

(1) L. 5. tít. 17 Part. 4.

(2) L. 20. tít. 31 P. 3. ibi. & tal otorgamiento como este puede hacer por postura, ó en testamento.

por voluntad expresa del señor, por pacto como llevamos dicho, ó por voluntad tácita, como si alguno dejó que otro usara y gozara de su cosa sin contradecirselo por el tiempo de 10 años en su presencia, ó de 20 en ausencia; pues entonces adquiere el usufruto por prescripción.

Los modos de acabarse el usufruto nacen de su naturaleza y definición; y así cesa primeramente el usufruto, por la muerte natural del usufrutuário, (1) pues es servidumbre personal que se debe á la persona, y acaba con ella. Pero si á una ciudad ó república, que es persona moral, y no se entiende que muere, se la deja algun usufruto, nuestras leyes disponen para este caso que dure 100 años (2) si no se señaló tiempo: y es la razón, porque en el usufruto es necesario que la propiedad no sea del todo inútil al señor, y lo sería si nunca volviese al propietario el usufruto. 2.º Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ó por destierro perpetuo. (3) 3.º Por consolidación, esto es, cuando el usufruto se une á la propiedad; pues como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa. (4) 4.º Estinguida la cosa se estingue tambien el usufruto que se tenía en ella. 5.º Por no uso de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufrutuário. 6.º Se acaba por enagenación hecha por el mismo usufrutuário, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufruto vuelva al propietario, y nunca pasará al otro á quien se quería enagenar. (5) Finalmente, se acabará el usufruto por acabarse el tiempo, por el cual se concedió la cosa, si éste se señaló al tiempo del pacto.

(1) L. 24. tít. 31. Part. 3.

(2) L. 24. dicho tít. y Part.

(3) Véase la misma ley 24.

(4) Dha. ley 24.

(5) Dha. ley 24. véase para estos dos casos, y para el que resta la misma ley 24. citada.

## TITULO V.

## DEL USO Y DE LA HABITACION.

Fuera del usufruto nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber: el uso, la habitacion y las obras de los siervos. La diferencia que hay entre el usufruto y el uso, es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufrutuário no solo usa para ocurrir á su necesidad, sino que á mas de esto, goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá, pues, el uso, diciendo: que es un derecho de usar de las cosas ajenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su sustancia. De aquí nacen varios axiomas. 1.º *Ménos provecho se saca del uso que del usufruto;* (1) pues en el usufruto se adquiere todo aquello que ordinariamente da la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad, ó placer, pero el usuario solamente toma lo que necesita; y así, 2.º axioma: *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia.* (2) Con varios egemplos aclararemos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de las yerbas, frutas, flores, hortaliza &c., lo que ha menester para comer él y los de su casa; pero no para dar á otro, ni para vender. (3) Si á alguno se le concede el uso de una casa, la puede habitar, pero no toda, sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad segun su condicion; pero no podrá alquilarla, y solo se le permite recibir huespedes si quiere. (4) El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche, lana, estiércol, todo aque-

(1) L. 20. tit. 31. Part. 3. ibi. „E de tal otorgamiento como este no se puede aprovechar dél tan llenoramente aquel á quien es fecho como del usufruto.”

(2) Dha. ley 20. tit. 31. Part. 3. ibi. „Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la casa si non en lo que quiere menester ende para su despensa.”

(3) La misma ley 20. cerca del fin.

(4) L. 21. tit. 29. Part. 3.

llo que necesite, segun sus circunstancias y número de su familia. (1)

Finalmente: como el uso solo está ceñido á la necesidad del usuario, es claro, que éste no puede venderlo, ni alquilarlo, ni concederlo graciosamente á otro, comp. tampoco las cosas que son su materia.

La tercera servidumbre personal se llama habitacion: esta es un derecho de habitar la casa ajena sin deteriorarla. Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goze de todas aquellas piezas de la casa que están destinadas para habitacion. De donde se infiere, que este derecho es mas pingue y comprende mas, que el uso de la casa. (2) El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester, y el habitador las tiene todas con tanta amplitud, que puede concederlas grátiis ó alquilarlas á otros, lo qual dijimos poco ántes que no podía el usuario. (3)

De la misma definicion aparece claramente, que este derecho de habitacion es ménos pingue que el usufruto de una casa; (4) pues el usufrutuário percibe los frutos de todas las partes que la componen, desuerte que se aprovecha de sus tiendas, de sus baños, huertas, jardines &c.: por el contrario el habitador solo tiene las piezas destinadas á habitacion, y nada mas.

La última servidumbre personal son las obras de los siervos. Por ella entendemos: un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ajeno. Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un siervo; porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad; y así, no puede localas á otro, como puede justamente aquel á quien se ha otorgado servidumbre de obras.

(1) L. 21. ya citada.

(2) Cotejese la ley 21. con la 27. tit. 31. Part. 3.

(3) L. 21. tit. 31. Part. 3.

(4) L. 20. tit. 31. Part. 3. v. La segunda manera es.



## TITULO VI.

## DE LA USUCAPION.

Dijimos arriba, que los modos de adquirir unos eran de derecho de gentes, y otros de derecho civil. Los primeros establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion. Síguense ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural, sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos modos de adquirir por derecho civil, se dividen en *universales*, por los cuales se nos transfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; desuerte que esté sucesor universal entra en todos los derechos de su antecesor, y recibe en sí todas sus obligaciones; y *singulares* por los que no pasa todo el derecho de otro á nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos otro en el día mas de la herencia; de los singulares hay cuatro: usucapion ó prescripcion, donacion, legado y fideicomiso. Tratarémos primeramente de la prescripcion, y luego de lo demás.

La prescripcion podemos decir: que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capaz, por cierto tiempo establecido en derecho habiendo buena fé, justo título y estando en posesion de ella.* Antes de esplicar los cinco requisitos esenciales para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia, y utilidades que acarrea á la república.

Es innegable, que el bien público se debe anteponer á todo otro particular: de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion, viendo que el público se interesa en el cultivo de las tierras, y en que los dominios de las cosas no estén inciertos. De otro modo el descuido y negligencia de los poseedores, acarrearía notables perjuicios al estado, y ninguno estaría cierto de que era verdadero señor de la cosa, á mas de estar siempre obligado á responder al que alegase dominio en ella, volviéndose de

este modo los pleitos inmortales. Esté es el motivo por qué despues de varias controversias, se ha admitido la prescripcion entre las naciones, siendo fuera de esto conforme al derecho natural, que aquellas cosas que son de ninguno cedan al primero que las ocupa; y las cosas abandonadas por su dueño las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y qué cosa se podrá llamar con mas razon abandonada que aquella que en un espacio considerable de años, no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la posee? Con razon, pues, pierde el dominio de la cosa en pena de su negligencia; y porque las cosas que se tienen por abandonadas ceden al primero que las ocupa. (1)

Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que, como se ha dicho ya, nacen de su definicion. El 1.º es la *buená fé*. Por élla entendemos un juicio recto, por el cual uno cree que es verdadero señor de la cosa; y así, si uno compra un libro sabiendo que no es del vendedor sino de otro, no lo adquiere por prescripcion, pues se lo impide la mala fé. Nuestro derecho no requiere buena fé sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato ó de la adquisicion se crea uno dueño, desuerte que la mala fé superveniente no daña: (2) v. g., si yo compro un libro, y despues de tenerlo dos años creyendo que había comprado de un verdadero señor, comienzo á oír que no lo era del libro, con todo, la prescripcion corre y yo adquiero. Pero esto se halla enmendado por el derecho canónico, que requiere buena fé continua y perpetua, desde el principio de la prescripcion hasta el fin; (3) y así se practica.

2.º El otro requisito es el *justo título*, esto es, una causa tal que sea hábil para transferir el dominio, como ya

(1) L. 1. tit. 29. P. 3. Véase á Olmeda en el derecho público de la paz tom. 1. cap. 11.

(2) L. 12. tit. 29. Part. 3.

(3) Cap. 20. de prescrip. *Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, sinodali iudicio definitum, ut nulla valeat absque bona fide prescriptio tam canónica, quam civilis, cum generaliter sit omni consuetudini derogandum quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*

esplicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el título sea justo, sino es hábil para transferir el dominio, es absurdo creer que la cosa poseída de este modo se pueda prescribir; y así, v. g., si alquilé una casa y la he poseído por diez ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, porque la locacion conduccion no es título hábil para transferir el dominio, aunque en sí es justísimo. (1) De aquí se sigue, que no es suficiente para la prescripción el error de justo título; v. g., tengo una cosa mueble por mía, creyendo que la compré ó que me fué donada, si despues sé que no es así, aunque la haya tenido tres años, no la prescribo, (2) si no es que el error fuera invencible, procedente de hecho ageno, que entonces valdría la prescripción, como si uno mandase á su procurador que le comprara alguna cosa, y éste no lo hiciese así, sino que la hubiese sin título, y la entregase al señor diciéndole que la había comprado, teniendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ageno. (3)

Antes de pasar adelante, es necesario advertir que el título puede ser *verdadero*, ó *no verdadero*. Título *verdadero*, es aquel en fuerza del cual se transfiere el dominio sin necesidad de prescripción, como cuando la cosa se ha comprado de su verdadero señor. El *no verdadero*, puede ser de tres maneras, *putativo*, *colorado* y *presunto*. *Putativo* se llamará, cuando se juzga que hay título, no habiéndolo hábil, como el que cree que una cosa la posee por donacion, siendo recibida en préstamo. *Colorado*, es aquel que tiene visos de verdadero título; pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdadero señor; pero el que la recibe cree que lo es. Título *presunto*, es aquel que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supuesto, veamos cuál de estos títulos es necesario para la prescripción.

(1) Véase la ley 9. tit. 29. Part. 3.

(2) L. 14. dho. tit. y Part.

(3) Véase la misma ley del mismo tit. al fin.

1.º El título verdadero no se requiere, ántes habiéndolo, no se dá prescripción, porque ya se adquirió dominio.

2.º Para la prescripción ordinaria de tres días y veinte años se requiere título colorado. (1)

3.º Para la prescripción de larguísimo tiempo, esto es, de treinta, cuarenta y cien años, basta título presunto; y es la razón, porque con el curso de tanto tiempo presume el derecho que hay justo título no habiéndose reclamado la cosa; y aunque habiendo mala fé no se prescriba segun derecho canónico, con todo, el derecho civil quita la acción para reclamar su cosa á los dueños (2) en atención á las razones dichas.

4.º El título putativo no basta para la prescripción ordinaria de tres años &c. (3) pero sí, para la de las servidumbres; y es la razón, porque el uso de uno y paciencia del otro por tantos años, sirve de título.

Se sigue el 3.º requisito de la prescripción, y es, que la cosa sea capaz de ser prescripta.

1.º Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas, ó poseídas con mala fé, no solo por el ladrón, lo cual es indubitable, (4) sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan muchos autores, (5) fundándose en la ley 5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. y es enteramente cierto, que ningun poseedor de mala fé prescribe, si se atiende al derecho canónico que no admite prescripción, si no es que el poseedor persevere en buena fé hasta el último dia de su complemento; y así, se tiene por derogada la ley 21. tit. 29. Part. 3., la cual establece: que con treinta años de posesion, se adquiere la cosa de cualquier modo que la hubiere adquirido. (6)

(1) Arg. de la ley 9. tit. 29. Part. 3. y de la 14. en el princ.

(2) Véanse las Ll. 21. 23. y 27. dho. tit. y Part. de las que se hace argumento para probar lo dicho.

(3) L. 14. tit. 29. Part. 3.

(4) L. 5. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(5) Vela Dis. 48. núm. 45. Covarrubias en la regl. Possesor. Molina de Prim. lib. 2. cap. 6.

(6) Véase á Greg. Lop. en la glosa de dha. ley 21. tit. 29. P. 3.

2.º Item: es imprescriptible el hombre libre. (1)

3.º El sumo imperio y jurisdicción civil y criminal que tienen los Reyes, y todo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir; pues con motivo de ser inherente á los huesos del Príncipe, es necesario serlo para gozarla. (2)

4.º Está también enteramente prohibida la prescripción, aun inmemorial, de los pechos y tributos debidos al Rey, como también de las alcabalas, en lo cual se declara que no corre el tiempo, y que la prescripción se tiene por injusta y dañosa al bien comun. (3)

5.º Las cosas hipotecadas, empeñadas, arrendadas, ó alquiladas, tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno; pues los que las tienen no poseen por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen. (4) [\*]

El 4.º requisito es el tiempo prefinido por derecho; y como este es vário, según la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripción, una es temporal y otra inmemorial. Explicaremos primero la diversidad de tiempos que comprende la temporal, que se llama así por estar ceñida á cierto tiempo.

(1) L. 24. dicho tít. y Part.

(2) L. 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(3) Véase la dha. ley 1. al fin, y la 2. tít. 13. lib. 4. de la misma Rec.

(4) L. 4. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. y 22. tít. 29. Part. 3.

[\*] Lo que reciben los presidentes, gobernadores y jueces por cohacho ó baratería, contra la terminante prohibición de la ley, no se prescribe por tiempo alguno; pues lo que en su principio es criminal y vicioso, jamás puede tener efecto; y así, la restitución los amenaza constantemente. Tampoco pueden prescribirse las cosas de los pupillos, y menores de veinte y cinco años, según lo dispone la ley 9. tít. 19. Part. 6. Ni los bienes adventicios del hijo de familia, como espresamente lo determina la 8. tít. 29. Part. 3. Ni los bienes doteales que la muger dió al marido para sostener las cargas del matrimonio, según dicha ley 8.: y por último, tampoco puede prescribirse lo que deja el testador, con prohibición de que se enagenen. Los fundamentos de cada una de estas disposiciones, se hallarán al alcance de cualquiera; y así, creemos innecesario manifestarlas.

1.ª La primera prescripción de esta naturaleza es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayó el que salió por fiador de otro para presentarlo en juicio hasta cierto tiempo, y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año, contado desde el día en que cayó en la pena, la prescribió, y no puede ser en adelante demandado. (1)

2.ª La segunda prescripción temporal, es la de tres años con que se adquieren las cosas muebles (2) y se prescriben los salarios de los criados, no pidiéndolos en todo este tiempo, contado desde que fueron despedidos de sus señores. Así mismo, pasados tres años, no pueden pedir lo que hubieren dado de sus tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos por lo tocante á sus hechuras; y los especieros y confiteros, y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, (3) como también los salarios de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda sobre ello ántes que hayan pasado los mismos tres años. (4)

3.ª La tercera especie de prescripción temporal es la de diez años, y con esta se ganan los bienes raíces entre presentes, (5) y el derecho de ejecutar por obligación personal. (6)

4.ª La prescripción de veinte años que es la cuarta, sirve para adquirir los bienes raíces entre ausentes, (7) y la acción personal y ejecutoria dada sobre ella. (8)

5.ª La quinta manera de prescripción, que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo según derecho de Partidas las cosas con mala fé, con la diferencia, de que habiendo buena fé, el que prescribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, si no es que sea el verdadero señor

(1) Véase este caso espreso en la ley 10. tít. 16. lib. 5. Rec. de C.

(2) L. 17. tít. 29. P. 3.

(3) L. 9. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) L. 32. tít. 16. lib. 2. Rec. de Cast.

(5) L. 18. tít. 29. Part. 3.

(6) L. 6. en el principio tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(7) Dha. ley 18. tít. 29. Part. 3.

(8) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

el que se la quitó; pero si la poseyese de mala fé no puede demandar la posesion, si no es que otro se la hubiese robado á él, ó la hubiese dado prestada ó alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la dicha cosa por no responder á la citacion; pues en este caso, si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregará, pagando las costas. (1) Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria, y mista de real y personal. (2)

6.<sup>a</sup> La otra especie de prescripcion temporal es de cuarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raíces; pues las muebles se pierden por tres años como todas las demás.

Tambien se adquieren por el dicho tiempo los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á todos los del pueblo, (3) como siervos, viñas, navíos &c.; pues las públicas como plazas, calles &c. solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescribese finalmente por cuarenta años el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ó su heredero, ú otro alguno á quien él mismo la hubiese obligado otra vez. (4)

7.<sup>a</sup> La séptima especie de prescripcion temporal, aunque de larguísimo tiempo, es la de cien años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raíces de la Iglesia de Roma; (5) y así, si alguno posee un campo que pertenezca á los dominios del Papa, por cualquier título que lo haya adquirido de alguno que no sea señor, no prescribirá, si no es que pasen cien años.

Siguese la prescripcion inmemorial, la cual no está reducida á tiempo cierto, y se llama así, porque para que

(1) L. 21. tit. 29. Part. 3.

(2) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) L. 7. tit. 29. Part. 3.

(4) Véase la ley 27. tit. 29. Part. 3. y la ley 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(5) L. 26. tit. 29. Part. 3.

lo sea, es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua, que no haya memoria de lo contrario. Debe, pues, probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongán haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que así lo oyeron decir á sus mayores, y que nunca vieron, ni oyeron decir lo contrario; y que de ellos es pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra. (1) Por esta prescripcion se adquiere el señorío de cualesquiera ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendiéndose sujeta á la suprema que reside en el Monarca, la que, como se ha dicho, no se puede prescribir.

5.<sup>o</sup> El último requisito para la prescripcion es la *posesion continua*. (2) La palabra posesion no se toma aquí en sentido natural y gramatical, esto es, por la nuda detencion de la cosa, sino en sentido civil y jurídico, en el que se requiere detencion corporal, y ánimo de adquirir. (3) El que detiene, pues, la cosa de este modo con una continua y no interrumpida posesion, y por el tiempo establecido por las leyes, adquirirá el dominio por medio de la prescripcion. De aquí se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha: esta interrupcion puede ser de dos maneras, natural ó civil: (4) la natural, se verifica cuando uno es echado de la posesion, ó por el verdadero señor ó por otro: la civil, se hace por acto judicial cuando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa, y éste es citado y emplazado por el juez. (5) Impedida, pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido; desuerte, que si uno hubiera poseído la cosa raíz por nueve años y en el décimo se le

(1) L. 1. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. que se refiere á la 1. tit. 7. lib. 5. de la misma.

(2) L. 9. tit. 29. Part. 3. y la ley 29. del mismo tit. Arg. de la ley 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(3) L. 1. tit. 30. Part. 3.

(4) L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(5) L. 29. tit. 29. Part. 3.

interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos, (si no es que sea absuelto de la demanda;) y así, debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripción, desde el día en que volvió á poseer la cosa. (1)

No solamente se interrumpe la prescripción mediante demanda judicial, sino también por la interpelación hecha ante los vecinos de la casa y protesta de que sólo por impedimento no lo demanda en juicio; (2) y si el poseedor es huérfano, ante su tutor. (3)

Resta ahora investigar, si al sucesor aprovechan los años que ha poseído el antecesor; v. g., ¿si yo prescribiré una cosa raíz que mi padre poseyó seis años, poseyéndola yo los cuatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continúa la posesion de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular, siempre que ámbos tengan buena fé; pero para comenzar la prescripcion desde si mismos, no les daña la mala fé de su antecesor.* (4)

## TITULO VII.

### DE LAS DONACIONES.

**D**onacion es: *una liberalidad hecha á otro, sin que ningun derecho nos obligue á éllo.* (5) Se llama *liberalidad*, porque no puede verificarse donacion sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea *hecha á otro*, porque ninguno puede donarse á si mismo. Finalmente debe ser, *sin que ningun derecho nos obligue á éllo*, porque cuando uno dá á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

La donacion en general se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte*. (6) La pri-

(1) Dha. ley 29. del mismo tít. y Part.

(2) L. 30. tít. 29. Part. 3.

(3) L. 29. y 30.

(4) L. 16. tít. 29. Part. 3.

(5) L. 1. tít. 4. Part. 5.

(6) Ll. 1. y 11 tít. 4. Part. 5.

mera es la que se hace sin respecto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda se verifica por miedo, ó con respicencia á ella, desuerte, que el donante quiere más tener la cosa que darla, sino es que muera. Para entender la diferencia de éstas dos donaciones, es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ó si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza; y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso, es donacion entre vivos, esté sano ó moribundo el que la hace. En el segundo, es donacion por causa de muerte, ahora esté próximo el peligro, ahora no.

Esto supuesto, veamos quien puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que transfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto, ó para lo por venir. Dominio entre vivos no puede transferir sino el que es señor, y tiene la libre administracion de sus bienes. (1) La donacion por causa de muerte como es muy semejante á la última voluntad, solo aquel transfiere el dominio de este modo, que puede hacer testamento.

De estos axiomas se infiere que no puede donar entre vivos: 1.º el menor de 25 años: 2.º el loco, desmemoriado ó pródigo, á quien le está prohibida la administracion de sus bienes: 3.º el hijo que está bajo el poder de su padre sin su licencia, si no es que fuese del peculio castrense, ó cuasi castrense, del cual puede disponer á su arbitrio; pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa. (2) 4.º El que es reo de delito de lesa-magestad, á no ser que lo cometa despues de hecha la donacion, (3) aunque éste, y todo condenado á muerte puede donar de los bienes que no le han sido confiscados. (4)

Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y éste no se puede hacer sin promesa de parte de

(1) Arg. de la ley 1. tít. 4. Part. 5.

(2) L. 3. tít. 4. Part. 5.

(3) L. 2. del mismo tít.

(4) L. 3. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

uno, y aceptación de parte de otro, se sigue: que la donación requiere aceptación sin que se deba poner en esto diferencia entre la donación por causa de muerte, y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; ántes bien en esto consiste la diferencia entre la donación por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso, pues aquella se debe aceptar por el donatario presente; y el legado ó fideicomiso se puede dejar al ausente, ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas, pues es evidente que ninguno puede donarse así mismo. Esta es la razon de no valer la donación entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon había antiguamente para que no valiese la donación entre marido y muger; pero nuestro derecho las prohíbe, porque el mútuo amor sería causa de que empobreciesen haciéndose donaciones cuantiosas; (1) y se prueba ser esta la razon mas propia; de una ley del Fuero Real que permite hacer estas donaciones pasado el primer año en el que se deja ver, que el amor será mas vivo y tierno. (2)

Hemos dicho que la donación es una liberalidad, y ésta debe transferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen, pues, todas las que están en el comercio de los hombres, por lo cual no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, públicas &c. Son tambien útiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones &c.; y así, no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros de alguno que fuese tan liberal, ó por mejor decir, tan pródigo que los quisiere donar; pero para evitar los graves inconvenientes que tendría semejante donación, la ha prohibido espresamente el derecho, estableciendo, que ni aun todos los bienes presentes se puedan donar. (3) Finalmente, las cosas ajenas pueden prestar utilidad;

(1) L. 4. tit. 11. Part. 4.

(2) L. 3. tit. 12. lib. 3. del F. R.

(3) L. 8. tit. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast.

y así, se pueden donar; pero esta donación solo producirá efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa con buena fé, esto es, creyendo que el que se la dona es verdadero señor, pues entonces adquirirá la cosa por prescripción, si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

Las dos especies de donaciones ya esplicadas, se diferencian primeramente en el modo de donar. La donación entre vivos como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y así no necesita de solemnidades algunas; pero la donación por causa de muerte, necesita de tres ó cinco testigos por participar de la naturaleza del testamento. 2.º Se diferencian por razon de la libertad de donar; y así, como entre vivos hay peligro de llegar á pobreza si se hacen donaciones cuantiosas; por eso se ha mandado que esta donación no escada de 500 maravedís de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda, hacen 1.280; y para que la donación pueda ser mas cuantiosa de lo dicho, es necesario sea hecha á lugares piadosos, ó al Rey, ó que se haga con escritura pública, y otorgamiento del juez. (1) Mas la donación por causa de muerte, como vale ó tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante por grande que sea, no necesita de insinuación. 3.º Se diferencian en el efecto. La donación entre vivos vale al punto, y una vez hecha, no se puede revocar sin causa; pues aquello que se hace por mútuo consentimiento, no se puede disolver sino por mútuo disentimiento: pero la donación por causa de muerte, siempre es revocable, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades que son variables como el hombre hasta el punto de la muerte. 4.º Se diferencian por razon de la traslación del dominio. La donación entre vivos es título hábil para transferirlo; pero el título no dá sino solo derecho á la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradición. Así, pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradición. Por el contrario, porque la donación por causa de muerte es semejante á la última voluntad, y por esta pasa el do-

(1) L. 9. tit. 4. Part. 5.

minio á nosotros sin tradicion luego que el testador ó donante ha muerto; de aquí es, que las cosas donadas de esta suerte, se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiéndolas revocado ántes. 5.º Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no se le condena en toda la cantidad, no teniendo con que pagar; pues se le debe dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar. Finalmente, se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos como solo dá derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, ó á los legados, se pide con las mismas acciones que éstos, conviene á saber: rei vindicatoria, hipotecaria y personal contra el heredero.

Hemos advertido poco há que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla (como todas) tiene sus excepciones. La 1.ª es: si la donacion hecha es inoficiosa; y se llama así, aquella por la cual los hijos del donante son dañados en su parte legítima, y se revocará en toda aquella cantidad en que exceda del quinto de que tiene el padre libre disposicion. (1) 2.ª Se revoca tambien todo lo que exceda de 500 maravedís de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones cuantiosas. (2) 3.ª Revócase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es, ó simple cuando uno no agradece, ni hace bien á su bienhechor, ó grave cuando le hace mal; es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda, de la cual asignan las leyes cuatro casos. 1.º Cuando el donatario deshonor de palabra al donante, ó le acusa de algun delito por el cual merece pena de muerte ú otra semejante. 2.º Cuando le injuria de hecho poniendo manos airadas en él. 3.º Cuando le hace grande daño en sus cosas. 4.º Cuando le procura la muer-

(1) L. 8. en el fin, tít. 4. Part. 5.

(2) L. 9. en el fin tít. 4. Part. 5.

te: (1) Pero es digno de notarse, que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si él no la revocó en vida, se hace juicio: que perdonó la injuria; y es regla general que *las acciones que miran solamente á la venganza, no se dan á los herederos*. Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el donante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para la venganza, y ésta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero. Se puede finalmente revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como espresamente lo dispone nuestro derecho. (2)

## §. ÚNICO.

### DE LAS DONACIONES LLAMADAS PROPTER NUPTIAS.

**H**ay varias donaciones entre el hombre y la muger ántes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y no es otra cosa, que aquel caudal ó bienes que la muger dá al marido por razon de su casamiento, á efecto de ayudar á sostener las cargas del matrimonio: de esta hemos tratado en otra parte.

Las arras son de tres maneras. Unas son lo que el esposo dá ú ofrece á la esposa por razon de la dote que con ella recibe; ó por honor del matrimonio, y atencion á la virtud, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada, ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza; y esta donacion se llama vulgarmente *Arra*, y por derecho de Partidas, *Donacion propter nuptias*. (3)

Lo que el esposo dá simple y francamente á la esposa para su adorno, v. g., anillos, aderezos &c., ó ésta á él ántes que el matrimonio sea consumado, pero con es-

(1) L. 10. tít. 4. Part. 5.

(2) L. 8. tít. 4. Part. 5.

(3) Véase la ley 1. tít. 11. Part. 4.

peranza y fin de casarse, se llama en latín *Sponsalitia largitas*; pero tácitamente se entiende, que tal donacion como ésta la debe restituir el donatario al donante si fuese en su culpa que el matrimonio no se cumpla. (1) Y si acaeciese morir alguno de ellos ántes de consumarse, debe restituirse la donacion íntegramente al que la hubiere hecho, ó á sus herederos. Pero si fuere hecha por el esposo á la esposa, y la hubiere besado, no debe restituir ésta, ni sus herederos mas que la mitad; y la otra mitad la pueden retener para sí. (2)

Veamos ahora á cuanto pueden ascender estas donaciones. Sin embargo de que por las leyes (3) se permite poder hacer el marido á la muger, y élla á él, durante el matrimonio y siendo consumado, donacion de algunos bienes no haciéndose el uno mas rico, y el otro mas pobre; es de advertir, que el marido no puede dar ni ofrecer á su muger en arras ni en otra cosa alguna, mas que la décima parte de sus bienes que líquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ó al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real confirmada por otra de Recopilacion, (4) en que se manda no se pueda renunciar aquella, y que en caso de hacerse sea nula la renuncia. Ni tampoco puede dar el marido á la muger en dichas arras, joyas y vestidos, mas que lo que importare la octava parte de la dote que con élla recibiere, (5) sin que se pueda tampoco renunciar este derecho, y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere exceso deben ser aplicadas á la Real Cámara. (6)

La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es, lo que los esposos de futuro se en-

(1) L. 3. tit. 11. Part. 4.

(2) Dha. ley 3. del mismo tit. y Part.

(3) Véanse las leyes 4. 5. y 6. tit. 11. Part. 4.

(4) L. 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real y ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

(5) Ll. 4. y 5. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

(6) L. 5. del dicho tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

tregan ántes de contraer matrimonio, en señal ó prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte de celebrarlo; (1) lo cual, segun parece, ya no se practica en el dia.

Véase sobre todo este párrafo á Febrero cap. 2. de la Librería de Escribanos §. 1. y 2., á Colon de Escribanos tomo 2. cap. 3., á Gomez en la ley 52 de Toro, y todo el tit. 11. de la Partida 4. Y se advierte por conclusion de este título, que cuando muere el marido despues de consumado el matrimonio, llevará la muger ó los suyos, todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo, elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras ó lo que el marido la dió; la cual eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y pasados, la harán ellos, y podrán darla de las dos cosas la que quieran. (2)

## TITULO VIII.

### QUIEN PUEDE ENAGENAR, Ó NO.

En este título se debe notar una regla general, y dos escepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su casa*, la cual nace de la naturaleza y definicion del dominio, que segun dijimos, es el derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de élla, y de vindicarla. Pero esta regla padece como hemos dicho dos escepciones, de las cuales se trata en este título. La 1.<sup>a</sup> es que *algunas veces sucede que uno sea señor y con todo no pueda enagenar*. 2.<sup>a</sup> *Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar*.

La 1.<sup>a</sup> escepcion reducida á que algunas veces el señor no puede enagenar, se prueba con el ejemplo del marido,

(1) Véase la ley 1. tit. 11. Part. 4.

(2) L. 4. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.



quien siendo señor de la dote no puede enagenarla; (1) pero ésto se entiende no habiéndosele entregado apreciada, pues si así se entrega, podrá enagenarla, quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió cuando se separe el matrimonio. (2)

Otro ejemplo de un señor que no puede enagenar, nos presenta el pupilo. Este en realidad de verdad es padre de familias, como tambien un menor; y con todo, ninguno de los dos puede enagenar, porque están bajo de tutela ó curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas. (3) La diferencia que hay entre uno y otro consiste, en que la enagenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor; (4) y la que hace el menor vale si jurare sostenerla. (5) No pudiendo, pues, el pupilo enagenar, se sigue que no puede dar á mútuo, pues por este contrato se hace una verdadera enagenacion; y así, si el pupilo llegó á entregar el dinero y todavía existe en poder del que lo recibió, se puede vindicar, pues el pupilo en tal enagenacion, no ha transferido dominio, y si no lo ha transferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarlo. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fé por el que lo recibió, aunque entonces no tiene lugar la *rei vindicacion*, pero se dá al pupilo accion personal contra él para que restituya todo lo recibido. Lo mismo sería si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues esta tambien es enagenacion. (6)

Síguese la 2.<sup>a</sup> escepcion, y es, que uno que no es señor pueda enagenar. De esta se pueden proponer dos ejemplos. El primero, es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el cual no se hace señor de ella, sino que tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio; y con todo, no pagando el deudor puede venderla, y

(1) L. 7. tít. 11. Part. 4.

(2) Véase hasta el fin la dicha ley.

(3) L. 17. tít. 16. Part. 6. y la 4. tít. 11. Part. 5.

(4) Dha. ley 17.

(5) L. 6. tít. 19. Part. 6. v. Eso mismo sería.

(6) Véase la ley 4. tít. 14. Part. 5.

del precio que saque de ella satisfacerse. (1) Esta enagenacion no la puede impedir el deudor, si no es que exhiba toda la deuda, pues de otra suerte sería inútil la prenda, y ninguna seguridad prestaría si nunca se pudiese enagenar.

Mas aunque esta regla es verdadera, con todo, por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda, es menester distinguir tres casos: 1.<sup>o</sup> si se pactó poder venderla si hasta un cierto dia no se hubiese pagado: 2.<sup>o</sup> si se pactó que no se vendería: 3.<sup>o</sup> cuando nada trataron acerca de esto el acreedor y el deudor.

En el primer caso, esto es, cuando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya pre-fijado dia para la paga, y tratado que si ésta no se hiciera en el dia señalado se pueda vender la cosa sin otro requisito; porque aun en este caso es necesaria la denuncia ó aviso al deudor, la cual se ha de hacer en su persona, si está presente en el lugar, y si no á los de su casa. (2) Mas si por alguna causa no se pudiere dar aviso al deudor, entonces se podrá vender la cosa, pero en pública almoneda. (3)

Cuando al tiempo de la convencion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obstante, si pasados dos años, y amonestado por tres veces el deudor, no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente, (4) pero en almoneda.

Finalmente, si nada se trató al tiempo de la convencion sobre vender ó no la prenda, no se podrá verificar la venta ántes de que pasen doce dias siendo la prenda de cosa mueble, y treinta si fuere de cosa raíz: los cuales términos se han de contar desde el dia en que el acreedor amonestó al deudor ante testigos. (5)

(1) L. 41. tít. 13. Part. 5.

(2) L. 41. tít. 13. Part. 6.

(3) Dha. ley en el medio.

(4) L. 42. tít. 13. Part. 5. v. *otrosi decimos*, en el medio.

(5) Dha. ley 42.

El 2.º ejemplo con que se prueba que uno que no es señor, puede muchas veces enagenar, es el del tutor, el cual, no siendo señor de las cosas pupilares, sino un puro administrador, con todo puede por lo regular enagenarlas. (1) Digo por lo regular, porque se debe distinguir de bienes muebles, y raíces. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enagenar por sí; mas las preciosas y todas las raíces, no las puede enagenar, si no es por utilidad conocida ó por necesidad, como para dotar alguna de las hermanas del pupilo, ó para pagar alguna deuda de consideracion, que si se demora, aumentará las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas, dará licencia para la enagenacion. (2)

Aunque el recibir uno lo que se le debe no sea enagenacion, con todo, hasta esto se haya prohibido al pupilo sin autoridad de su tutor, y decreto del juez; de tal suerte, que si alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ó menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo, segun lo dispone el derecho, para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos y menores. Todo lo dicho se halla terminantemente dispuesto en la ley 4. tit. 14. Partida 5.

## TITULO IX.

### POR QUÉ PERSONAS SE PUEDE ADQUIRIR.

Para entender mas claramente las personas por medio de las cuales adquirimos, se debe establecer, ante todas cosas, el siguiente axioma. *Adquirimos, no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas: ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha caza-*

(1) Arg. de las leyes 17. y 18. tit. 16. Part. 6.

(2) L. 18. tit. 10. Part. 5. y 60. tit. 16. Part. 3.

do mi halcon &c. Supuesto lo que hemos dicho ya de qué lo accesorio sigue á lo principal, es nuestro, todo aquello que se aumenta á nuestra cosa, ó por beneficio del arte, ó de la naturaleza.

De aquí podíamos inferir, como se infería antiguamente, que todo lo que el siervo adquiere, lo adquiere para su señor; (1) pero las disposiciones novísimas de nuestro derecho, mirando con mas commiseracion á los siervos, y deseando proporcionarles con que se puedan hacer libres, disponen que puedan tener peculio propio, trabajando dos horas cada día para sí, con tal que el demás tiempo que hay de sol á sol lo empleen en servicio de sus señores. (2) [\*] A que se agrega que en el día adquieren para sí, cuanto se les dá, y sus señores les permiten ganar cuanto se les proporciona en sus manufacturas, no haciendo falta en las ocupaciones á que los destinan.

Lo dicho hasta aquí pertenece á los verdaderos siervos que en realidad están en nuestro dominio. Mas algunas veces sucede que no tenemos el siervo como señores, sino como usufrutuarios, esto es, la propiedad del siervo no nos pertenece, sino el usufruto. Otras veces un hombre libre nos sirve, ó lo tenemos por siervo con buena fé, aunque injustamente haya sido reducido á la servidumbre; v. g., el patriarca José que fué esclavo de Putifar. Este á la verdad no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos, pues, qué se adquiera por medio de estos siervos frutuarios, ó poseídos con buena fé. Para esto se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó por nuestra cosa, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso adquieren para el usufrutuario, ó poseedor de buena fé. En el tercer caso el siervo

(1) Véase la ley 7. tit. 21. Part. 4.

(2) Real cédula de 31 de mayo de 1789. cap. 3.

[\*] Por real órden posterior se mandó suspender el cumplimiento de esta real cédula, ínterin y hasta tanto que S. M. proveyera lo mas conveniente, segun asegura don Antonio Javier Perez y Lopez en su teatro de legislacion universal tomo 12. art. esclavos.

frutuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseído con buena fé, adquiere para sí. (1) Los egeraplos en esta materia son claros; y no necesitan de especificarse.

Los hijos de familia; á mas de los siervos, han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia explicaremos qué cosa sea peculio, cómo se divide, y qué utilidad corresponde al padre en estos bienes. Esta palabra peculio parece derivarse á *pecude*, por razon de que en ganados consistía la principal riqueza de los antiguos. Así, el que tenía mucho ganado se llamaba rico, y el que lo contaba con prontitud y facilidad era pobre. Se inventó despues la moneda; pero retuvo el nombre de pecunia que había tenido ántes. De aquí nació, que como lo que daban los padres á sus hijos para que girasen consistía en algun número de ganados, se le llamó peculio. Esté hasta el dia, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa, que un caudal que el hijo de familias, ó el siervo maneja separado de los bienes del padre, ó del señor. De donde se infiere, que un hombre que ni es hijo de familias, ni siervo, no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia se divide en militar y pagano: el militar, en castrense y quasi castrense; y el pagano, en profecticio y adventicio. (2).

El peculio militar es aquel que se adquiere por medio ó con ocasion de la milicia. Esta, ó es armada, como cuando uno se emplea en las armas; ó togada, como cuando se egercita en las letras, ó en la judicatura: de aquí nace que un peculio se llama castrense, y otro quasi castrense. El primero se adquiere en la milicia armada; y el segundo en la togada, á la cual se refiere todo lo que se adquiere no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teología; medicina &c., y cualesquiera artes liberales; ó egerciendo los oficios de consejeros, oidores, jueces &c. (3) Hemos dicho en la definicion, que no solo es peculio castrense lo que se adquiere

(1) L. 23. tit. 31. Part. 3.

(2) Ll. 5. 6. y 7. tit. 17. Part. 4.

(3) Ll. 6. y 7. tit. 17. Part. 4.

re por medio, sino tambien lo que con ocasion de cualquiera de dichas dos milicias percibe el hijo de familias; por lo cual pertenece al peculio castrense no solo la renta que se le dé por militar, sino las donaciones que el padre le haya hecho al partirse á la milicia para su ajuar, caballos, ó armas &c.; pues todo esto lo ha adquirido con ocasion de la milicia armada á que se ha dedicado. (1) Por la misma razon al peculio quasi castrense no solo pertenece todo lo que el hijo adquiere por las ciencias; v. g., los honorarios que como abogado, catedrático, médico &c. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros &c., porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada. (2)

Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere fuera de esta carrera, pertenece al peculio pagano. En éste, todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ó por contemplacion de éste, se llama *profecticio*; si le viene de otra parte; v. g., de la madre, ó de un extraño, será *adventicio*, al cual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo; v. g., por las artes mecánicas, como por sastre, carpintero &c., y todo lo que adquiriera por fortuna, como tesoro &c.

Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, y quasi castrense; profecticio y adventicio. Veamos ahora qué derecho tiene el hijo en ellos, y cuál el padre. Esto se esplica muy bien con varias reglas.

1.<sup>a</sup> *El peculio castrense, y quasi castrense con pleno derecho pertenece al hijo.* (3) De esta regla se infiere, que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio, ni el usufruto, ni aun la administracion, sino que el hijo tiene todos estos derechos. (4) Que el hijo en este peculio se há como padre de familias; y así, puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender y enagenar de cualquiera manera. (5)

(1) L. 3. tit. 4. Part. 5.

(2) Dha. ley 3. en el fin.

(3) L. 6. y 7 tit. 17. Part. 4.

(4) L. 6. ya citada.

(5) L. 3. en el principio tit. 4. Part. 5.

2.<sup>a</sup> regla. *El peculio profecticio con pleno derecho es del padre, y el hijo no tiene en él otra cosa mas que la administración para egercitar su industria.* (1). La razon consiste en que el hijo se reputa como una misma persona con su padre, y esto impide que puedan pactar ó contraer: no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiendo transferirle el dominio de las cosas donadas; pues permaneciendo señor del peculio profecticio, y no teniendo el hijo ningun derecho sobre éste, siempre vendrían á quedar en poder de aquel.

Todavía es mas útil al hijo el peculio adventicio, del cual se establece ésta

3.<sup>a</sup> regla. *La propiedad del peculio adventicio ordinariamente está en el hijo; el usufruto y la administración en el padre.* (2) Aquí, pues, ordinariamente tiene algo el padre, ésto es, el usufruto y la administración, y algo el hijo, conviene á saber: la propiedad. Esto es lo regular; pero hay varios casos en que sucede de otra manera; y de aquí es, que este peculio se divide en ordinario ó regular cuando el hijo tiene la propiedad, y el padre el usufruto; extraordinario ó irregular cuando el hijo lo tiene todo, y el padre nada. Esto acontece en tres casos. 1.<sup>o</sup> Si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre. 2.<sup>o</sup> Si se dona, ó se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre. 3.<sup>o</sup> Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entonces en pena pierde el usufruto. Lo dicho no impide que haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular; pues en el castrense y cuasi, el hijo se há como el padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él: no así en el adventicio, aunque puede testar de ámbos, habiendo llegado á la pubertad. (3)

(1) L. 5. en el principio, tít. 17. Part. 4.

(2) L. 5. dicho tít. y Part.

(3) Arg. de la ley 4. tít. 4. lib. 5. de la Rec.

## TITULO X. DE LOS TESTAMENTOS.

**S**íguese ya la materia de testamentos que es utilísima, cuyo enlace con los títulos anteriores, es fácil de descubrirse. Comenzamos arriba á tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en naturales y civiles. Los naturales eran tres, *ocupacion, accesion, y tradicion*, de los cuales se trató bastantemente. Dividimos los civiles en singulares, cuando se adquiere una cosa singular, y universales, cuando se adquiere todo el derecho que otro tenía en sus bienes; v. g., por qué al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor, se llama sucesor singular, pues solo sucede á otro en una cosa: por el contrario, un heredero es sucesor universal, porque todos los derechos y obligaciones del difunto pasan á él. Los singulares dijimos eran cuatro: *prescripcion*, de la que ya se trató: *donacion*, que impropriadamente se podrá llamar en el día modo de adquirir: *legado y fideicomiso*, de los cuales se debia ya tratar; pero el órden de las instituciones de Justiniano, que nos hemos propuesto seguir, pide que se trate primero de los testamentos, y despues de los legados y fideicomisos.

La herencia, que, segun hemos dicho, es el único modo de adquirir universal, no es otra cosa, que la *sucesion en todo el derecho que el difunto tenía*. Es de dos maneras, ó por testamento, cuando uno por el mismo difunto es llamado a la sucesion, ó ab intestato, cuando la ley llama á alguno á la sucesion referida.

Testamento es: *una legitima determinacion de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero; ó en terminos mas precisos, es: una justa sentencia de nuestra voluntad que espresa lo que quiere se haga despues de la muerte.* (1) Se di-

(1) L. 1. tít. 1. Part. 6.

cé que es una sentencia, ó *determinacion de la voluntad*, porque los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los que no han llegado á la pubertad, no pueden por esto testar; de la misma manera que los que no pueden declararla, como los sordos y mudos, ó átuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho, y con todas las solemnidades que este exige. Se añade: con *institucion directa de heredero*; pues no habiéndola, no valdrá como testamento, sino como una última voluntad ó codicilo. (1)

Dijimos que el testamento es: *una justa ó legítima determinacion de nuestra voluntad*, y como esta se puede declarar ó por escritura, ó por viva voz, si se hiciere del primer modo, se llamará *escrito ó cerrado*; si del segundo será *nuncupativo*, que tambien se llama *abierto*. (2) Veamos ahora algunos axiomas que supuesto lo dicho, serán claros.

1.º *Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra*; pues ámbos modos son aprobados por nuestro derecho. (3)

2.º *Se requiere entero juicio en el que hace testamento*. (4) Por este defecto no podrá declarar su voluntad el que está destituido de uso de razon, y no sabe lo que piensa, ni lo que quiere. De aquí se infiere, que ni el infante, loco, ó mentecato pueden hacer testamento, como veremos después.

De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento debe ser una justa y legítima determinacion de nuestra voluntad, nace el axioma siguiente.

3.º *Todas las solemnidades que las leyes exigen, se deben guardar en el testamento; si una se omite, el testamento es injusto y nulo*. Es la razon, porque estas solemnidades las introdujeron las leyes, y éstas, siendo de derecho público, no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aquí, ciertos requisitos esenciales que las leyes de ninguna suerte quieren que se

(1) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ll. 1. y 2. tít. 1. Part. 6.

(3) Arg. de las leyes 1. y 2. dicho tít. y Part.

(4) L. 13. tít. 1. Part. 6.

omitan en el testamento; y la razon por qué las exigen, está fundada en que no hay cosa que mas deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas espuesto á fraudes y trampas que el testamento: impedir, pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos, para que no sea fácil fingir un testamento, falsificarlo, ó corromperlo.

Veamos ahora estas solemnidades: 1.ª es *la unidad de contexto*: se dice hacerse el testamento en un contexto, cuando todas las solemnidades se ponen á un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y cuando no se mezcla otro acto extraño. (1) V. g., si el testador comenzando á declarar su última voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos, ó con otro, y despues continuase el testamento, no valdría por falta de unidad de contexto. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo le sobreviene algun impedimento breve; v. g., si al testador le dá un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urgente y necesaria, por estas interrupciones no dejaría de valer el testamento. (2)

2.ª La otra solemnidad esencial es *la presencia de los testigos*. Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto*, porque en él declara el testador por palabras su voluntad) deben ser tres á lo ménos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, otorgándose ante escribano público; pues si se hiciere sin él, ha de haber por lo ménos cinco testigos vecinos, si fuere lugar donde los puede haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano en el lugar, á lo ménos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las demás calidades que el derecho requiere, vale el testamento. (3) En el testamento *in scri-*

(1) L. 3. tít. 1. Part. 6.

(2) La misma ley 3. citada.

(3) L. 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast.

*Actis*, que comunmente se llama *cerrado*, se requiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que así el testador, como los testigos, firmen sus nombres encima de él; y si el testador, ó alguno de los testigos no supiere firmar, pueden los unos firmar por los otros, de manera que sean nueve firmas por todas, con el signo del escribano. (1)

Es comun opinion en el dia, que no es necesario que los testigos sean rogados. (2) Pero está prohibido ser testigos en los testamentos á los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto y otros semejantes; á los apóstatas de la fé; á las mugeres; á los menores de 14 años; á los siervos, mudos y sordos; á los locos y pródigos, á quienes se ha prohibido la administracion de sus bienes. (3) Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el cuarto grado, (4) en lo cual se encuentra bastante razon; pues si el padre al hacer su testamento llamase á sus hijos para testigos, ó si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero, éstos serian testigos en su propia causa: á que se añade para el primer caso, que el padre y el hijo se reputan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaría inconveniente de que lo fuesen, como tampoco lo hay en que los testigos sean parientes entre sí, no siéndolo ni con el testador, ni con el heredero.

Otra solemnidad necesaria en los testamentos es, que sean escritos en el papel sellado correspondiente. (5) Para el testamento abierto ó nuncupativo en que haya mejora de

(1) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Véase sobre este punto á Gómez en la ley 3. de Toro. núm. 29.

(3) L. 9. tit. 1. Part. 6.

(4) Véase la ley 11. tit. 1. Part. 6. y la 14. y 16. tit. 16. Part. 3. de las que se infiere lo dicho.

(5) Véase la ley 44. en el medio, tit. 25. lib. 4. Rec. de Cast. que anula todos los instrumentos á que falta esta solemnidad.

tercio y quinto, vínculo ó mayorazgo, fundacion, dotacion, ó memoria perpetua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero; y los demás testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas, se deben escribir en el del sello tercero. (1)

Los testamentos cerrados de cualquier género ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello cuarto enteramente sin quedar ninguno que no lo esté, porque ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar á las partes despues de abierto dicho testamento, se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandada para los testamentos abiertos. (2) Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun lo podrá hacer, con tal que despues de abierto, el escribano saque una copia para el protocolo escrita en pliegos todos del sello cuarto, y habiéndola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados que diere signados se escribirán segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos.

El testamento que tenga las dichas solemnidades, aunque en él no haya institucion de heredero, vale segun nuestro derecho en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredará aquel que segun derecho ó costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido no quisiese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en él se contienen. (3)

En la América hay otras disposiciones acerca del papel sellado; y así, en los testamentos nuncupativos, el primer pliego ha de ser del sello segundo, y las demás hojas en los protocolos y registros han de ser selladas con el sello tercero, (4) y los testimonios que se dicen no han

(1) Real instruccion de 28 de junio inserta en cédula de 23 julio de 1794, art. 50.

(2) Dba. Real instruccion art. 51.

(3) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) L. 13. tit. 23. lib. 8. Rec. de Ind.

de llevar mas que el primer pliego sellado con el sello segundo, y los demás en papel comun. (1)

Como para los testamentos cerrados no hay disposicion en las leyes de Indias, se deberá estar á las de Castilla en lo que hace á poderse escribir en papel comun, aunque al tiempo de ponerlo en el protocolo se deberá arreglar el escribano á lo mandado en la ley citada acerca de que todos los protocolos deben estar en papel del sello tercero. (2)

Hay tambien otras cosas necesarias en los testamentos, así de parte del testador, como del heredero, por cuyo defecto se pueden viciar, de lo cual se tratará en los títulos siguientes.

## TITULO XI.

### DEL TESTAMENTO MILITAR.

No hay cosa mas conforme al buen método que despues de considerada una regla, se propongan sus escepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las escepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes, en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas; ó menos solemnes, es decir, privilegiados, cuando por privilegio se dispensan, ó todas, ó algunas solemnidades. De todas está exento el testamento de los soldados; y de algunas el hecho *ad pias causas*.

Por lo que hace á los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debían ordenar su testamento del mismo modo que los demás hombres; pero hallándose en campaña podían hacerlo con dos testigos, y estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna

(1) La misma ley 18. al §. siguiente.

(2) Véase toda la dha. ley 18, en donde se dice: que á todas las solemnidades que por derecho se requieren en los instrumentos para su validacion, se añade el requisito del sello por forma sustancial, para que sin ella no puedan tener efecto ni valor alguno.

funcion bélica, ó ir á entrar en ella; como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiéndolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les parezca, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la crítica situacion en que están, y peligro á que por defensa del Rey y de la patria se esponen. (1)

Por las reales ordenanzas del ejército Impresas el año de 1768, se declara: que todo individuo que gozare fuero militar, le gozará tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste, dentro ó fuera de la campaña: (2) que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad: (3) que será válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya egecutado, ya sea en guarnicion, cuartel, ó marcha; y que siempre que pudiere testar en parage donde haya escribano, lo haga con él, segun costumbre. (4)

Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió una real cédula, (5) en la que á consulta del supremo Consejo de guerra, se declara por punto general: que todos los individuos del fuero de guerra, pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad,

(1) L. 4. tit. 1. Part. 6.

(2) Reales orden. del egérc. de 1768 trat. 8. tit. 11. de testamentos art. 1.

(3) Art. 2. y 3. del mismo título.

(4) Art. 4.

(5) Real cédula de 24 de octubre de 1778.

ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les dá la misma ley militar, la civil, ó municipal. En virtud de esta real cédula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos, pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento, no son necesarios los dos testigos que ántes se requerían, respecto á no mandar que presencien, ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan, que por este silencio no se deroga la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda (1) respecto á usar de élla, y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de esta cédula no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demás, por no gozar del fuero por razon de sus personas; por lo cual para quitar dudas sería conveniente nueva declaracion.

Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades pueden ser el que se hace en presencia del Rey, y el hecho *ad pias causas*. En el primer caso está dispuesto: (2) que si algun caballero ú otro noble pidiere al Rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediéndoselo el Rey, y estando presente cuando se otorgase, será válida aunque no haya otro testigo.

Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testamento hecho *ad pias causas*, por derecho canónico basta para que sea válido el que se otorgue ante dos testigos; (3) y esto, segun muchos autores, se debe observar no solo en el fuero eclesiástico, sino tambien en el secular. (4)

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 5. tit. 1. Part. 6.

(3) Cap. 11. de Test.

(4) Cobarrub. en el cap. 11. de Test. Molina de *just. et jur.* trat. 2. disp. 134. Guazalez en el cap. 10. y 11. de test.

## TITULO XII.

### DE LOS QUE NO PUEDEN HACER TESTAMENTO.

En los títulos anteriores se ha explicado el modo de hacer los testamentos, así solemnes como privilegiados: veamos ahora qué personas pueden ó no hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamentos todos aquellos á quienes no está espresamente prohibido*. Pero para no hacer un círculo vicioso, enumeraremos los que están prohibidos de testar por nuestras leyes.

Con solo atender á la definicion que hemos dado arriba del testamento, se viene fácilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Dijimos que el testamento es *una legitima disposicion de nuestra voluntad*. De donde se deduce claramente, que no pueden testar: 1.º los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren. (1) Pero no solo vale el testamento que hizo el loco ántes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos interválos, si los tiene, perfeccionándolo en ellos, pues si ántes de concluirlo le vuelve el frenesí, no valdrá; (2) y así, para anular el testamento del loco que tiene lucidos interválos, es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lucidos interválos quiere hacer testamento, para evitar dudas, es, que algun hijo suyo ó pariente acuda al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo de facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad con asistencia de médico y cirujano, que previamente declaren con juramen-

(1) L. 13. en el medio tit. 1. Part. 6.

(2) Dha. ley 13.



to, si está ó nó capaz; y estándolo, ordene su testamento ante ellos, y el competente número de testigos, y obtenida la facultad del juez, declararán el médico y cirujano si está ó nó en su juicio; y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano; á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, sin pasar á estender otra cláusula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar lo firmará con todos los testigos que supieren, y autorizado por el escribano, y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion. (1)

De la misma condicion son: 2.º los *pródigos*, porque en todo el derecho se equipáran á los dementes, (2) lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes. 3.º Los infantes y todos los que no han llegado á la pubertad, esto es, los hombres á los catorse años, y las mugeres á los doce, (3) porque carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida la dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi-castrenses, aunque estén bajo la patria potestad. (4) 4.º Tambien el sordo y mudo á *nativitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo, y tambien el sordo total, si es hábil para éllo, lo escribirá por sí mismo, y valdrá publicándolo á presencia del escribano y testigos. (5)

- (1) Febr. Libr. de escrib. cap. 1. §. 1. núm. 10. y §. 28. núm. 301.
- (2) L. 13. tít. 1. Part. 6.
- (3) Dha. ley 13. citada.
- (4) L. 4. tít. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast. y es la 5. de Toro.
- (5) L. 13. citada.

Al ciego no se debe impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real, y cinco testigos. (1) Para que lo sea tambien el del condenado á muerte, se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenacion. (2)

Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos, sino de la Iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demás beneficios eclesiásticos, á los cuales llaman profecticios, no pueden testar, aunque sí, se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y á otros que los hayan servido. (3) A los clérigos seculares aunque por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la Iglesia, de los bienes adquiridos *intuitu Ecclesiae*, en España por la costumbre muy antigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieron. (4)

Los canónigos reglares y demás religiosos profesos, están privados tambien de testar, porque para este efecto y el de contraer, se les tiene por muertos. (5)

Finalmente hay otros, á quienes por algun delito, en pena, se les prohíbe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios; los apóstatas y hereges, declarados tales por sentencia; (6) pero no están impedidos los que por otros cualesquiera delitos son condenados á muerte civil ó natural, si no es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podrán testar. (7)

Por lo que hace á los peregrinos ó estrangeros, léjos de serles entre nosotros prohibido el testar, está mandado que

- (1) L. 2. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast.
- (2) L. 3. tít. 4. Rec. de Cast.
- (3) L. 8. tít. 21. Part. 1.
- (4) L. 13. tít. 8. lib. 5. Rec. de C. y 6. tít. 12. lib. 1. Rec. de Ind.
- (5) L. 8. tít. 21. Part. 1. y 17. tít. 1. Part. 6.
- (6) L. 16. dicho tít. y Part.
- (7) L. 3. tít. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast.

se les permita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan. (1)

### TITULO XIII.

#### DE LA DESHEREDACION.

**H**abiendo visto ya quién puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quién puede desheredar, á quién, y por qué causas.

La desheredacion es: *un acto, por el cual, los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos.* (2) Solo aquel que es capaz de testar, y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes puede desheredarlos, teniendo causas para ello. (3) Debe, pues, hacerse la desheredacion nombrando, ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persona, sin condicion y del total de sus bienes; (4) pues no siendo así, no valdrá.

Las causas para que sea válida la desheredacion de los descendientes legítimos, son, primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinar su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito por qué deben morir ó ser desterrados; pero si el crimen es de lesa-magestad, y los descendientes lo prueban, entonces no deben ser desheredados. (5)

La segunda: por infamarlos de modo que valgan ménos, ó tener acceso con su madrastra, ó con amiga, sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son. (6)

- (1) L. 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Rec. de Cast.
- (2) L. 1. tit. 7. Part. 6.
- (3) L. 2. del mismo tit. y Part.
- (4) L. 3. del dicho tit. y Part.
- (5) L. 4. tit. 7. Part. 6.
- (6) Dha. ley 4.

La cuarta: por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prision; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque éstas no pueden ser fiadoras. (1) La quinta: por impedirles que testen. La sesta: por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares, ó representantes de profesion, no siéndolo éste. La séptima: cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse, y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados éstos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla. (2)

La octava: cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando; pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño que lo haya recogido, todos sus bienes; y si recobra su juicio puede desheredarlos, y aunque ántes de la demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si estando loco muere en casa del extraño, no vale la institucion de heredero. (3) La nona: por no redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero en esta pena, ha de ser mayor de diez y ocho años. (4)

La décima: si los descendientes cristianos se pervierten volviéndose judíos, moros ó hereges, siendo sus ascendientes católicos. (5) La undécima: por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino; (6) aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento, cuando se contrae sin presencia del propio párroco y testigos.

Para que valga la desheredacion de los descendientes, no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probar-

- (1) La propia ley 4.
- (2) L. 5. tit. 7. Part. 6.
- (3) Dha. ley 5.
- (4) L. 6. del mismo tit.
- (5) L. 7. tit. 7. Part. 6.
- (6) L. 1. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

la el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte no vale. (1) Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ó espresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio. (2) Y si el testamento en que se hizo, se rompe ó lo revoca el testador, no vale la desheredacion hecha en él. (3)

Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes legitimos por ocho causas. La primera: por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, excepto que el delito sea de lesa-magestad. La segunda: por maquinar su muerte con yerbas, veneno &c. La tercera: por tener acceso carnal con su muger ó amiga. La cuarta: por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta: por solicitar el marido la muerte de su muger, ó ésta la de su marido. La sesta: por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima: por no redimirlos de cautiverio pudiendo. La octava: cuando el ascendiente es herege, y el descendiente es católico. Por cuyas ocho causas siendo probada alguna de éllas, pueden los descendientes desheredar a sus ascendientes y valdrá la desheredacion. (4)

Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no cae en ellos la desheredacion, con todo, tienen accion para anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano, cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos: 1.º por procurar la muerte de su hermano: 2.º por acusarle de delito, por el cual merezca pena de muerte ó mutilacion: 3.º si le ha causado la pérdida de todos, ó de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podrán los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano. (5)

(1) Ll. 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 10, tit. 7. y 7. tit. 8. Part. 6.

(2) L. 6. tit. 8. Part. 6.

(3) L. 2. tit. 7. Part. 6.

(4) L. 11. tit. 7. Part. 6.

(5) L. 12. del mismo tit.

Finalmente: el heredero extraño pierde la herencia del que le instituyó por tal, en seis casos. 1.º Cuando el testador fué muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiéndolo entra en la herencia ántes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años; y si en este término no lo hace, debe perderla y llevarla el Rey. 2.º Si abre el testamento ántes de acusar á los delincuentes estando cerciorado de los que lo son. 3.º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.º Por haber tenido éste acceso carnal con la muger de aquel. 5.º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legítimo perderá la herencia. El 6.º y último es, si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasará al Rey, y por las mismas los legatarios sus mandas. (1)

#### TITULO XIV.

##### QUIENES PUEDEN Ó NO SER INSTITUIDOS POR HEREDEROS.

**L**lamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, disponiendo de todo á su arbitrio. (2) Puede serlo no solo el Rey, y las ciudades, villas, comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger, sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho. (3)

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apóstatas y hereges, siendo declarados tales por sentencia: el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradías, ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó con-

(1) Ll. 13. tit. 7. Part. 6. y 11. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 1. tit. 3. Part. 6.

(3) L. 2. del dicho tit.

tra la voluntad del Rey. (1) Tampoco debe serlo el traidor declarado, ni sus hijos varones; y éstos, no solo están privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres. (2) En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen en el fisco. (3) Finalmente, está prohibido de ser instituido por heredero, el confesor que asiste al enfermo en su última enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento, ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja. (4)

De lo dicho se infiere, que algunos están absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aquí, los cuales por ninguno y en ningun caso pueden ser instituidos; pero otros hay que solo son incapaces respectivamente, ó en ciertos casos, fuera de los cuales no se les prohíbe heredar: tales son los hijos ilegítimos, y se llaman así, porque no son nacidos de matrimonio, que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea legítimo, y por lo mismo no gozan, regularmente hablando, de las honras, y bienes de sus padres y demás ascendientes. (5)

Los hijos ilegítimos se dividen en dos clases, á saber: en naturales y espúrios. Los naturales, son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado; de suerte que cuando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento se podían ámbos casar justamente, y sin dispensa alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino tambien sus abuelos y demás ascendientes por ámbas líneas. (6) Pero para que estos hijos se estimen por naturales, se requiere tambien que sus padres los reco-

(1) Ll. 4. tit. 3. Part. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

(2) Ll. 2. tit. 2. Part. 7. y 2. 3. y 4. tit. 18. lib. 8. Rec. de Cast.

(3) Véanse las dichas leyes.

(4) Auto acord. 2. tit. 10. lib. 5. Rec. y real cédula de 18 de agosto de 1771 y 13 de febrero de 1783.

(5) Prol. y leyes 1. y 2. tit. 15. Part. 4.

(6) Ll. 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. 11. al fin tit. 13. P. 4.

nozcan por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger con quien los hubiera; pues si la tuvo en élla, ó fué sola, si reconoció á uno, no necesitan los demás de ser reconocidos. (1)

A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dejarles cuanto quieran, aunque tengan ascendientes legítimos, con tal que no tengan descendientes legítimos. (2) Pero si el padre no hiciere mencion de estos hijos en su testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos. (3) Mas en el caso de tener descendientes legítimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida, ó en muerte, pues de éste tienen los padres libre disposicion, (4) lo cual se les deja por razon de sus alimentos en caso que sus padres estén obligados á dárselos.

Si la madre no tiene descendientes legítimos debe heredarla *ex testamento*, y *ab intestato* su hijo natural ó espúrio, (como no sea de los prohibidos que diremos despues) aun quando tenga legítimos ascendientes; de suerte, que están igualados los espúrios respecto de la madre, con los solo naturales respecto del padre. (5)

Los espúrios, aunque antiguamente se llamaron así solo aquellos que no tenían padre conocido, ahora con este nombre se llaman todos los demás ilegítimos, fuera de los naturales, desde luego porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos* ó *notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre ó soltera, ó de ámbos casados con otros. Otros se llaman *sacrílegos*, y son los que nacen de fraile y monja profesos, ya sea por cópula entre ámbos, ó por cada uno con otra persona; y los de cléri-

(1) L. 9. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

(2) L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 8. tit. 13. Part. 8.

(4) La misma ley 8. de la Rec.

(5) L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

gos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrilegos*. Todos éstos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento; y los de muger casada por de *dañado y funible*, porque por él incurre en pena de muerte. (1) También son espúrios los que nacen de parientes dentro del cuarto grado canónico, sabiendo ámbos el impedimento, y á éstos llaman *incestuosos*. Finalmente: los *manceres* ó mancillados, son los nacidos de mugeres ramerae prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quién es su padre, y á todos está obligada su madre como conocida, á dar alimentos, pudiendo y necesitándolos. (2)

A todos estos hijos espúrios (escepto los que son procreados por clérigo ordenado *in sacris*, ó por fraile ó monja profesos) compete ex testamento ó ab intestato, el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre, en el caso que éstos los tengan legítimos; y así, en virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta, (3) no pueden mandarles mas en dicho caso. (4) De cuyo quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio en el tiempo de su vida, ó para despues de su muerte.

Pero los hijos de clérigos ordenados *in sacris*, ó de frailes ó monjas profesos, nada pueden haber de ellos, como espresamente lo dispone una ley de Recopilacion por éstas palabras: "Ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos, no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualesquier manda, donacion, ó vendida que le sea hecha por los susodichos, ahora, ni de aquí adelante." (5) Por lo que hace á las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion, que dice así. "Los hijos bastardos ó ilegítimos de cualquier calidad que sean,

(1) L. 7. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ll. 1. tít. 15. y 5. tít. 19. Part. 4.

(3) L. 2. tít. 19. Part. 4.

(4) L. 8. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(5) L. 6. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni ab intestato 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, de la cual podrían disponer por su ánima, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere, naturales ó espúrios por su orden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato, salvo si los tales hijos fueren de *dañado y punible ayuntamiento* de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni ab intestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte, mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la cual podían disponer por su ánima; y de la tal parte despus que la tuvieren puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren; y queremos y mandamos, que entonces se entienda y diga *dañado y punible ayuntamiento*, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, *salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes, ó monjas profesos, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor don Juan el primero, en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos supra proxima.* (1) De cuyas leyes se prueba, que los hijos espúrios solo pueden heredar de sus padres, no siendo clérigos ó frailes, el quinto de sus bienes; y si lo son, nada: pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden excluidos los alimentos. (2) Que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, escepto en tres. El primero, cuando la madre por haberlos procreado incurre en

(1) L. 7. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Arg. de la ley 5. tít. 19. P. 4. y de la ley 8. tít. 8. lib. 5. R. de C.

pensa de muerte. El segundo, cuando tiene hijos legítimos. Y el tercero, cuando es monja profesa. De cuyos casos, en los dos primeros aun les puede dejar el quinto, y en el tercero nada.

Hemos visto ya quiénes pueden, ó no ser instituidos por herederos, que es lo que se contiene en la primera parte de este título. Veamos ahora como se divide la herencia y en qué partes. A ésta llamaron los antiguos *As*, que significa un todo; y así, á la masa total de la herencia decían *As hereditario*, y lo dividían en 12 onzas que cada una tenía su nombre especial; y así, el que tomaba una onza, ó la duodécima parte de la herencia le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*; y si finalmente era heredero del total se llamaba *ex asse*. (1) Estas onzas se dividían en onzas y medias; pero toda esta division es hoy inútil, pues todo testador si no tiene herederos forzosos divide sus bienes como quiere, y si los tiene, debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio mas que del remanente del quinto si fuere padre, ó del tercio si fuere hijo.

Para lo que servía esta division de la herencia, era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos; pues tenían por cosa inadmisibile que alguno muriese parte testado, y parte intestado; pero por nuestro derecho está esto espresamente permitido. (2) Tampoco tendrá lugar en las herencias el derecho de acrecer, el cual no era otra cosa, mas que un derecho por el cual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta; v. g., dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante. (3) Y la razon es la ya dicha, porque no hay prohibicion en el día para morir parte testado y parte intestado; y así, todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador irá á sus herederos ab intestato, y el instituido en el testamento solo hereda-

(1) L. 16. tit. 3. Part. 6.

(2) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Rec.

(3) L. 14. tit. 3. Part. 6. derog. por la ley de R. cit.

rá aquella cosa ó parte que espresamente se le deja. Esto se entiende siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como esta se debe guardar religiosamente, tendrá lugar el derecho de acrecer siempre que así lo disponga. Otra cosa se debe decir en los legados, como veremos despues. (1)

Síguese la tercera parte de este título, que trata de los modos con que se puede hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ó puramente, ó bajo condicion, y aun para cierto dia, ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora qué cosa sea condicion, y de cuántas maneras pueda ser. (2) Condicion se llama una circunstancia por la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto. (3) De donde se infiere, que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama de pretérito, [\*] no es propiamente condicion, pues no puede ser incierto lo que ya ha sucedido; pero se tiene como condicion respecto á nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: posible, se llama aquella que puede verificarse: imposible, es la que nunca podrá existir, y ésta tambien se dice condicion con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division porque no deja de tener algun uso. (4)

La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista. (5) Potestativa se llama, quando está en potestad de los hombres su cumplimiento: casual

(1) Tit. 20. de este lib.

(2) Tit. 4. Part. 6.

(3) L. 1. tit. 4. Part. 6.

[\*] Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de pretérito, ya se ha insinuado que éstas, como ni tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2. tit. 4. P. 6. afirmando que solo la de futuro es rigurosa condicion. Mas aquella es condicion propiamente que se hace por palabras del tiempo que es por venir por que es dudosa si se cumplirá ó non. Son palabras de dicha ley.

(4) Dha. ley 1. tit. 4. Part. 6.

(5) Ll. 7. 8. y 9. tit. 4. Part. 6.

es, la que depende del acaso; y mista, la que participa de ambas.

Las condiciones imposibles tambien son de varios modos. Unas son de derecho, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y á la piedad. (1) Otras son imposibles por naturaleza, porque repugnan las leyes de la naturaleza el que tales cosas se verifiquen; v. g., tocar el cielo con las manos. (2) Otras son imposibles de hecho, y son aquellas que aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que existan, con todo, no pueden verificarse atendidas las facultades ordinarias de los hombres: por egemplo, hacer un monte de oro. (3) Finalmente: otras se llaman perplejas ó dudosas, cuando no se puede entender su sentido, porque las palabras repugnan y son contrarias entre sí: v. g., instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero. (4)

Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tácita ó expresa. Afirmativa será, si su cumplimiento consistiere en hacer; v. g., Ticio sea mi heredero si se casare. Negativa, si consistiere precisamente en no hacer; v. g., Cayo sea mi heredero, si no mudare de religion. Esta última tiene de singular que no suspende la consecucion de la herencia, siempre que el instituido por heredero dé caucion, que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta, restituirá la herencia, la cual caucion se llama *Muciana*. (5)

Esplicadas ya las divisiones de las condiciones, síguese dar varias reglas para que se entienda qué efecto producirán en la institucion de heredero. 1.<sup>a</sup> *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna, bajo la cual haya de recibir su parte legítima*. (6) La razon es, porque las leyes

(1) L. 3. tit. 4. Part. 6.

(2) Dha. ley 3.

(3) Véase la ley 4. tit. 3. Part. 6.

(4) L. 5.

(5) L. 7. tit. 4. y 21. tit. 9. Part. 6.

(6) Ll. 11. tit. 4. Part. 6. y 17. tit. 1. de la misma Part. al fin.

destinan la herencia precisamente para él; y así, no está en arbitrio, v. g. del padre, dar ó nó la herencia á su hijo, como es necesario que estuviere, para que lo pudiese gravar con alguna condicion. (1) 2.<sup>a</sup> *En el quinto cuando mejora un padre á su hijo, tiene facultad á su arbitrio de imponerle los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas*. (2) Y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre, á la cual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo puede hacer de ella lo que le parezca. (3) 3.<sup>a</sup> *En el tercio, por ser verdaderamente legítima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones; pero sí se les permite que puedan poner el gravámen que quisieren, así de restitucion, como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vínculos, sumisiones y sustituciones que quisieren con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes legítimos teniéndolos, y si nó entre sus descendientes ilegítimos, que hayan derecho de heredarlos; y á falta de descendientes, que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y no teniéndolos, entre sus parientes; y finalmente, á falta de todos, entre estraños: por lo que de otra suerte no pueden poner gravámen en el tercio*. (4)

4.<sup>a</sup> *El heredero estraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia*. (5) La razon es, porque el testador se há respecto de su heredero como un legislador, y así tiene facultad de obligarlo á todo lo posible. Pero se debe advertir que si se ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obligado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente, basta que se cumpla una; v. g., si el testador dijere: Ticio sea mi heredero si fabricare tal iglesia y diere mil pesos á los pobres, en este caso ámbas co-

(1) Arg. de las mismas leyes.

(2) L. 11. dicho tit. 4.

(3) Arg. de las leyes 10. tit. 5. y 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Rcal.

(4) Véase la ley 11. tit. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(5) L. 7. tit. 4. Part. 6.

sas se deberían cumplir por el heredero. Por el contrario, si uno instituye á su heredero de esta suerte: instituyo á Ticio por mi heredero si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas. (1)

5.<sup>a</sup> Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de éste no se puede cumplir, se tiene por cumplida. (2) De esta suerte en el caso arriba puesto, en el cual el heredero estaba obligado á casarse con la hermana del testador, si ésta no quisiere, recibirá el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio; pues no estuvo por él que la condicion no se cumpliese.

6.<sup>a</sup> La condicion imposible ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta. (3) Nótese que de otra suerte sucede en los contratos. En éstos la condicion imposible, léjos de tenerse por no puesta, los vicia. Pero la razon es clara: el testamento es un acto unilateral; y así, el heredero nunca consintió en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales requieren el consentimiento de ámbos; y así, el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó está jugando y burlándose; por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

7.<sup>a</sup> La condicion perpleja, á que llamamos dudosa, hace inútil la institucion de heredero. (4) La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sí las sentencias en esta condicion, no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

8.<sup>a</sup> El heredero ántes de cumplir la condicion no transmite la herencia á sus herederos, pues ninguno puede transmitir una cosa, á la cual todavia no tiene derecho.

(1) L. 13. tit. 4. Part. 6.

(2) L. 14. del dicho tit.

(3) L. 3. tit. 4. Part. 6.

(4) L. 5. tit. 4. Part. 6.

## TITULO XV.

### DE LA SUSTITUCION VULGAR.

Las sustituciones fuéron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos, y no producían efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento, (1) han perdido las sustituciones (que se reducen á la vulgar) esta utilidad.

La sustitucion en general se define que es: *nombramiento de segunda ó tercero heredero, para el caso de que falte, ó nó lo sea el primero.* (2) Puede ser la sustitucion ó directa ú oblicua, ó fideicomisaria. Directa, se llama la que se hace por palabras directas ó imperativas, y dá la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La obliqua ó fideicomisaria, es la que se hace con palabras de ruego, y dá la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases que son: vulgar, pupilar, eemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria. (3) En este título trataremos solamente de la vulgar, y en el siguiente de las demás.

Sustitucion vulgar, se llama *aquella que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye, para el caso que no llegue á serlo.* (4) Esta sustitucion suele concebirse en los términos siguientes: instituyo á Ticio por mi heredero, y si éste no lo fuere, nombro por mi heredero á Cayo. Pero se debe advertir, que para este caso lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda, ó no quiera aceptar la herencia, pues en todos heredará el segundo. (5) Se hace tambien esta sustitucion clara ó tácitamente. Se dirá claramente hecha, cuando se espresare que no siéndolo el

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Pról. y ley. 1. tit. 5. Part. 6.

(3) Dha. ley 1.

(4) La misma ley 1.

(5) L. 2. tit. 5. Part. 6.



instituido lo sea otro, v. g., en el caso ya puesto; y será tácita cuando el testador nombre á varios, para que sea heredero el que de todos le sobreviva: v. g., nombro á Ticio y á Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ámbos llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo la percibirá íntegramente. (1) Llámase vulgar esta sustitucion, porque la puede hacer cualquier testador á cualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, á diferencia de la pupilar, que solo la pueden hacer los padres de familia.

Pasemos ya á varias conclusiones que se deducen de la definicion dada. Dijimos que la sustitucion vulgar era institucion de un segundo heredero, y de aquí se infiere: 1.º que pueden ser sustituidos los mismos que pueden ser instituidos; y así, están escludidos de ser sustituidos todos los que son inhábiles para ser herederos. 2.º Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y á muchos en lugar de uno, lo cual no admite duda. 3.º El sustituto se entiende llamado á la misma parte de la herencia, á que era llamado el heredero primeramente instituido; y así, si el testador instituye por sus herederos, v. g., á tres, á uno en la quinta, á otro en la sesta, y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres, uno al primero, otro al segundo, y otro al tercero si alguno de los primeramente instituidos muere, ó no quiere aceptar su parte, la heredará el que le corresponda con arreglo á la institucion, aun cuando nada diga el testador sobre esto. (2) La razon es, porque el sucesor no debe tener mas derecho, que el que tenía aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fallece: 1.º si el sustituto muere ántes del testador: 2.º si acepta la herencia el instituido.

- (1) Dha. ley 2. ya citada.  
 (2) L. 3. tit. 5. Part. 6.

## TITULO XVI.

### DE LA SUSTITUCION PUPILAR Y DE LAS DEMAS SUSTITUCIONES.

La sustitucion pupilar decimos que es: *una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran ántes de llegar á los años de la pubertad.* (1) Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los hijos impúberes. 3.ª En la primera, se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no fuere heredero; en la segunda, para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero, y muriere ántes de llegar á la pubertad. (2)

Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen. 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad:* (3) Este axioma es claro, si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad. 2.º *La causa de esta sustitucion, es la poca edad del hijo; es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impúberes no pueden hacer testamento, (4) para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan á la edad de catorce, ó doce años. (5) 3.º *Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon de la forma y so-

- (1) Lj. 1. y 5. tit. 5. Part. 6.  
 (2) Lj. 1. y siguientes del dicho tit. 5.  
 (3) L. 5. ya citada.  
 (4) L. 13. tit. 1. Part. 6.  
 (5) Véase toda la ley 5. tit. 4. Part. 6.

lemnidades, pues no se requieren mas testigos, que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace. De suerte, que en este caso el padre hace primeramente su testamento, é instituye en él á su hijo por heredero: despues testa por éste, y establece quien le herede, si muere ántes de llegar á la pubertad; por lo cual equivalentemente hay dos testamentos. (1)

Siendo, pues, el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue: 1.º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad. (2) 2.º Que ni el padre podrá hacerlo á sus hijos emancipados; porque habiendo salido éstos de la patria potestad por la emancipacion, (3) y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla. 3.º Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente, aun á falta del padre; pues aunque antiguamente tenía patria potestad en los nietos, (4) hoy no la tiene. (5) 4.º Que el padre puede sustituir pupilarmente, aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la cual no se pierde por la desheredacion. (6) 5.º Que se acaba la sustitucion en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.

Hemos dicho en el 2.º axioma, que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad; y de aquí se infiere: 1.º Que no se puede sustituir al hijo, sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho. 2.º Que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto, cesando la causa.

(1) L. 7. del mismo tít.

(2) L. 2. tít. 17. Part. 4.

(3) L. 15. tít. 18. Part. 4.

(4) L. 1. tít. 13. Part. 4.

(5) L. 8. tít. 1. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(6) L. 6. tít. 5. Part. 5.

El 3.º axioma es; que la sustitucion pupilar es doble testamento; por lo cual: 1.º No puede el padre dar sustituto á su hijo, sin hacer ántes testamento para sí; pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion. 2.º El sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquier linea que le vengán, pues entra en todos sus derechos. (1) [\*] Finalmente: anulándose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, porque faltando lo principal, falta tambien lo accesorio.

Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba, ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los resumirémos todos aquí. Estos son: 1.º cuando el hijo sale de la patria potestad: 2.º cuando llegue á la pubertad: 3.º cuando el testamento del padre se anula, ó se rompe: 4.º si se verificare el caso de que el hijo renúnciase la herencia; (2) y el 5.º si muriere primero el sustituto que el hijo.

## §. I.

### DE LA SUSTITUCION EGEMPLAR.

La sustitucion egemplar es: *una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes filizos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento.* (3) Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad, por el estado deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ámbos se-

(1) L. 7. tít. 5. Part. 6.

[\*] Acerca de si puede el padre escluir á la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes por medio de la institucion pupilar expresa, es opinion que se contravierte por una y otra parte. Véase á Febr. reform. P. 1. cap. 5. §. 3. núm. 90.

(2) L. 10. tít. 5. Part. 6.

(3) L. 11. tít. 5. Part. 6.

nos, ya estén en su poder, ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su legítima; pero no á los espúrios, como tampoco el padre puede sustituirles ni á los naturales.

Llábase esta sustitucion egemplar, porque se hace á imitacion y egemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Cayo su hermano. En cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes. (1)

Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este orden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fátuo ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga se les puede sustituir egemplarmente. A falta de ellos, á los nietos, y demás descendientes por su orden y grado: no teniéndolos, á un hermano como quieren algunos autores, (2) ó á todos como quieren otros; (3) y en su defecto, á los estraños. [\*]

Se acaba la sustitucion egemplar por una de estas tres causas: 1.ª Cuando el loco ó fátuo recobra su juicio: 2.ª cuando le nace despues hijo ó hija: y la 3.ª cuando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior. (4)

(1) L. 11. tít. 5. Part. 6.

(2) Solas en sus notas á Vinnio en la nota de derecho de España, puesta á este tít. §. 1. núm. 9.

(3) Febrero reform. cap. cit. núm. 93.

[\*] Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser excluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la contraria, quanto mas en ésta en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? Y así parece que deberá observarse la 6. de Toro, que llama á la herencia á los ascendientes ántes que á los hermanos del loco y que al estraño teniéndose por derogada la ley 11. tít. 5. Part. 6. Véase á Gregorio López en dicha ley, palabra *otro estraño*; y á Cobarrubias de Test.

(4) L. 11. al fin tít. 5. Part. 6.

## §. II.

### DE LA SUSTITUCION COMPENDIOSA.

**L**a sustitucion compendiosa es: una sustitucion directa que comprende, ó puede comprender á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja; ó por mejor decir, es: una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos. Como esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impúberes que están en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar: si lo fuere y muriere ántes de la pubertad, valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fátuo, como egemplar. (1)

## §. III.

### DE LA SUSTITUCION BREVILOCUA.

**E**sta sustitucion, á la que tambien llaman recíproca, es: una sustitucion directa que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos. Llábase brevilocua, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras: v. g., instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos legítimos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro. En cuya sustitucion, que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares, y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella, no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido. (2)

(1) L. 12. tít. 5. Part. 6.

(2) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

## TITULO XVII.

## DE QUÉ MODOS PIERDE SU EFECTO

## EL TESTAMENTO.

El testamento segun nuestro derecho, unas veces no produce efecto alguno desde el principio, y otras habiendo sido válido en todas sus partes, se vicia á lo ménos en cuanto á la institucion de heredero, y entonces se dice que se rompe, ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos explicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que están inhabilitadas por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama *nulo*, y no produce efecto alguno en todas sus partes; v. g., un testamento nuncupativo hecho con solo dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese herege ó apóstata, el que lo otorga.

El testamento válido en su principio, se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque valga en cuanto á las mandas, (1) de dos modos. El primero, por la supervenencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento. El segundo, por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará cuando al testador le nace de su muger legítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme á derecho, ó legítima á alguno; de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero extraño que se había hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte que conforme á nuestro derecho les toca, escepto el quinto; y todo lo demás del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcance el quinto, que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos, y le nazca otro; pues éste sin anular el testamento entrará á la parte con los demás.

(1) L. 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec.

De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundándose en su espíritu opinan los autores, que valdría la disposicion de uno, que sabiendo que tiene hijos legítimos, no los establece por herederos; pero ni tampoco á un extraño, juzgándose en este caso que tácitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la prefericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto. (1) Y la razon es, porque ninguno puede imponerse á sí mismo ley, de la que no le sea licito apartarse, y mas permitiéndolo espresamente el derecho en atencion á que la voluntad humana es variable hasta la muerte. (2)

Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será válido el anterior en dos casos. El primero, si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en éste, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificándose que el primero vive, llevará la herencia, y no el segundo; pero las mandas que ámbos contengan valdrán en todo lo que haya lugar: (3) y la razon de esto es, la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

El segundo caso es, cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales ó especiales, y en el que hace despues, no se mencionan. (4) Pero si el testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero. (5)

(1) L. 21. y 23. tít. 1. Part. 6.

(2) L. 25. tít. 1. Part. 6.

(3) L. 21. tít. 1. Part. 6.

(4) L. 22. del dicho tít. 1. Part. 6.

(5) La misma ley 22.

Finalmente se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

## TITULO XVIII.

### DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

Inoficioso se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí, por lo cual permite el derecho que habiendo éste sido válido se rescinda, lo cual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso testamento*, y no es otra cosa: que *una accion con la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre, y con espresion de causa legitima, fiden ser admitidos a la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.*

Como esta accion es odiosa porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria. 1.º Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero. (1) 2.º Tampoco será necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legitima. (2) De donde se infiere, que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion: esto es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente. (3)

La queja de inoficioso testamento, no se dá conforme á derecho á todos los parientes del testador, sino solo á los

- (1) L. 1. tit. 8. Part. 6.  
 (2) L. 5. del mismo tit.  
 (3) Ll. 1. y 4. tit. 8. Part. 6.

descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion legitima. Mas los hermanos la tienen en un caso: este es, cuando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe, ó de mala fama; pero no siéndolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes á quien quiera. (1)

Visto ya qué es esta queja, y quién puede usar de élla, resta examinar qué efectos produce, y cuándo cesa. Quanto á lo primero, el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente, y todo lo demás del testamento queda en su vigor, (2) como son los legados, fideicomisos, nombramiento de tutor &c. Quanto á lo segundo cesa la queja. 1.º Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues éste no es mas que un remedio subsidiario. 2.º Cesa siempre que se consiente en la desheredacion, ya sea espresa, ya tácitamente, (3) como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido, si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entonces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues.

Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento se dá á todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion legitima, se hace preciso explicar qué parte de la herencia sea la que con este título se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por éstos, á aquellos: y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

La legitima que se debe por nuestro derecho á los descendientes legitimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte, de la cual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte, (4) en-

- (1) L. 2. y 3. del mismo tit.  
 (2) L. 7. tit. 8. Part. 6.  
 (3) L. 6. del dicho tit.  
 (4) L. 12. tit. 6. lib. 5. Rec.

tendiéndose que sólo es un quinto en ámbos tiempos como está declarado. (1) De esta parte, y no del cuerpo de la hacienda del testador, se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga el que tiene descendientes legítimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legítimos ascendientes, sea en testamento ó ab intestato, cuando éstos no tienen descendientes legítimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo, ó descendiente dejare por su muerte; y así, les queda facultad de disponer por su alma, ó entre estraños del tercio. (2)

Aunque como se ha dicho, el testador que tiene hijos legítimos debe dejar á éstos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas, que de la otra parte á la que llamamos quinto; con todo, le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno, ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos &c. el tercio de sus bienes, (3) la cual doctrina se percibirá mas claramente con lo que diremos inmediatamente de las mejoras.

Decimos hacerse mejora, cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno, ó á muchos de sus hijos ó descendientes legítimos; (4) y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ámbas mejoras, primero se saca el quinto, y despues el tercio, para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testador. (5) Acerca de las condiciones y gravámenes que pueden ponerse por los padres en el tercio ó quinto, hemos dicho ya lo suficiente en otra parte. (6)

(1) Dha. ley 12.

(2) L. 1. tit. 2. lib. 5. Rec.

(3) L. 2. tit. 6. lib. 5. Rec. y la 10. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(4) Tit. 6. lib. 5. de la Rec.

(5) L. 214. del Estilo.

(6) Tit. 14. de este libro.

Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoran á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos, ó por última voluntad, se infiere: que si aquellos hacen donacion á alguno de éstos, aunque no usen de la palabra *mejora*, se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contándose lo que en éstos quepa para que con ninguno otro pueda hacerlo en mas de su importe; pues si asciende á mas, se tendrá por legítima, y escediendo á ésta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos. (1) Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, ántes bien deberá restituir lo que escediere de su legítima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron.

Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y así, aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio no vale, (2) y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno de no mejorar á los demás hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto á privarse el padre de hacerlo con los demás hijos, y recaer precisamente en élla la parte de mejora que entre ellos se habia de partir, si su padre los mejorase. Pero por testamento ú otra última voluntad sí puede, porque no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederá por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefiere la ley 5. tit. 2. lib. 5. de la Rec.; en cuyos casos, aunque supere á la legítima que debe corresponderles atendiéndose el valor de los bienes que sus padres, ó el que las mejoró dejen, parece que no tendrán obligacion de restituir el esceso, y que se les computará todo en legítima.

(1) L. 10. tit. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) L. 1. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast. y Auto 4. núm. 24. tit. 12. lib. 7. de la Rec.

Mas aunque una ley de Recopilacion, (1) dice: que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y legitima, y si caben en los bienes que deja el que las dió ú ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fuéron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo cual, si la dote que dá el padre á su hija escede de la legitima que la puede tocar cuando muera, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado ántes á la hija existente en su dominio, [\*] debe restituir el exceso á sus hermanos por no transferírsela su dominio, ni podersele computar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade: que para poder dotar, y que la dote sea cógrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido; á los hijos con que el donante se halla, y á la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude, valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio, á causa de ser excesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario seria correctoria de las que permiten estas donaciones. (2)

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha a sus descendientes en contrato entre vivos, ó última voluntad, por las causas por qué se permite revocar

(1) L. 3. tit. 8. lib. 5. Rec.

[\*] Nótese que los padres pudiendo, están obligados por derecho á dotar á sus hijas legítimas existentes en su dominio, sean ó no ricas, y de estas dotes y donaciones son de las que habla la ley 9. tit. 6. lib. 5. de la Recopilacion, cuando dice: que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de los dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos, y no del padre. Véase para lo primero la ley 3. tit. 11. Part. 4.

(2) Véase á Febrero de Particiones lib. 2. cap. 2. §. 2.

las donaciones perfectas, á ménos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella; ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa; v. g., por casamiento, ó por otra causa semejante, que en estos casos es irrevocable. (1)

## TITULO XIX.

### DE LA LA DIFERENCIA QUE HAY DE HEREDEROS.

Ya hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de los derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho es, que unos son *ex testamento*, y otros *ab intestato*. Los herederos *ex testamento*, son los que el testador nombra por tales, ya sean ó nó consanguíneos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones; y así, mediante su espresa voluntad, entran en ellos. Herederos *ab intestato*, son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo testamento, ó si lo hizo fué nulo por no ser arreglado á derecho, y éstos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien legítimos.

Los herederos *ex testamento* se dividen en universales y particulares: universales se llaman los que suceden no solo en todos, ó en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propiamente herederos: particulares son los que suceden en cosa cierta ó singular; v. g., una casa, y éstos son propiamente legatarios. Se subdividen los herederos *ex testamento* en forzosos, que tambien se llaman legítimos, en necesarios y voluntarios. (2) Los forzosos son los hijos y descendientes legítimos del testador, y se llaman así, no porque es-

(1) L. 1. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 21. tit. 3. Part. 6.

tón obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no teniendo causa legítima para desheredarlos; y se llaman tambien legítimos porque nacen conforme á las leyes y disposiciones de la iglesia. De estos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos, y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico. Otros que aunque han sido engendrados y nacidos durante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ámbos, ó á lo ménos el uno. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, pues si sus padres lo verificaren, serán legitimados por subsiguiente matrimonio. (1) A todos los dichos deben sus padres instituir por herederos aunque no estén en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les deben necesariamente suceder no habiendo, como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos; pues á los hijos en quienes concurren las calidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen quasi dominio.

Ningun extraño puede entrar en parte con los descendientes legítimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será inválida é ineficaz, en cuanto á él, la institucion; pero se comprenden entre los herederos legítimos los *postumos*, y se llaman así los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas para que sean reputados por legítimos es preciso que su madre los dé á luz lo mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de ésta, viva en su compañía, pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el oncenno mes, no se reputarán por legítimos; pero sí, naciendo dentro de los siete (2) ó de los nueve, que es lo comun.

En la clase de herederos forzosos y legítimos, se comprenden tambien los ascendientes legítimos, á los cuales sus

(1) Lj. 1. tit. 13. Part. 4. 2. y 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.  
 (2) L. 4. tit. 23. Part. 4.

descendientes, no teniéndolos legítimos, ú otro, que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos, y lo son ex testamento y ab intestato, (1) y no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino tambien en los castrenses y quasi castrenses. Los que han derecho de heredar á los descendientes legítimos, no teniéndolos éstos, son el hijo natural legitimado por el subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe y el adrogado, los cuales escluyen á los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes.

Los herederos necesarios por derecho de Partidas, son los siervos del testador cuando los instituye por tales, y se llaman así, porque una vez establecidos, están obligados á admitir la herencia de su señor y á pagar, no solo de los bienes de éste, sino de los suyos propios adquiridos antes ó despues de su muerte, las mandas y deudas que deja; y por la institucion se hacen libres. (2) Los voluntarios ó extraños son todos los demás, á los cuales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del testador, no tiene obligacion en el fuero esterno de dejarles sus bienes.

Acerca de la capacidad, y habilidad del heredero para serlo, es necesario advertir que para que pueda heredar forzosamente al testador, basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso) han de carecer de él, así al tiempo de la institucion, como al del fallecimiento. Mas los extraños deben estar libres, é indemnes en tres tiempos: el primero, cuando son instituidos; el segundo, cuando muere el testador; y el tercero, cuando aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, ántes bien entrará en élla el sustituto si lo hubiere, ú otro que con ellos sea instituido, á quien acrecerá; y si ninguno de éstos hubiese, pasarán á los parientes mas cercanos del testador. (3).

(1) L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 21. tit. 3. Part. 6.

(3) L. 22. tit. 3. Part. 6.



En atención á que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por cuanto el que lo aceptaba era compelido á pagar todas las deudas (1) del difunto, como que era su sucesor universal y entraba representando su persona; para facilitar lo se concedieron á los que fuesen herederos dos beneficios, que son: el derecho de deliberar, y el de inventario. El primero es: *un espacio concedido por la ley al heredero dentro del cual pueda informarse, así del valor de la herencia, como del número de las deudas, y resolver si le tiene provecho, ó nó el aceptarla.* (2) El tiempo que puede conceder el Rey es de un año, y los demás jueces inferiores, nueve meses. Pero conociéndose que en ménos tiempo se puede deliberar, solo se les deberán conceder cien dias. (3) Pero de este beneficio no se usa, por cuanto hay concedido otro mas útil y mas seguro, con el cual sin peligro alguno, puede cualquiera aceptar una herencia.

Este es el de *inventario*, el que haciéndose conforme á derecho, es de grande utilidad. Veamos, pues, qué cosa sea inventario, cómo deba hacerse, y qué efectos produce. Inventario no es otra cosa: que *un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte, ó por embargo de alguno.* (4)

Se divide el inventario en solemne y simple: el primero es, el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho; y el segundo, el que se formaliza haciendo solamente una descripción ó nómina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el cual es, que se conozca qué bienes, de qué clase; precio, peso y medida existen.

Para que el inventario solemne sea válido, se requieren las condiciones siguientes. 1.<sup>a</sup> Que se cite al efecto á los herederos, (si no es que lo hagan ellos) legatarios y acreedores. (5) 2.<sup>a</sup> Que se haga ante personas públicas, con au-

(1) Pról. del tít. 6. Part. 6.

(2) L. 1. tít. 6. Part. 6.

(3) L. 2. del mismo tít.

(4) Ll. 99 y 100, tít. 18 P. 3. y 5. tít. 6. P. 6.

(5) L. 6 tít. 6. P. 6. de la que se infiere que vale el inventario

toridad pública, como sen juez y escribano; pero parece que de necesidad no se requiere la presencia del juez, si no es en algunos casos que trae Febrero; (1) y así, por lo regular basta la del escribano precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presencia continua. (2) 3.<sup>a</sup> Que se inventarien todos los bienes que dejó el difunto por clases separadas, y por menor con distincion de muebles, raíces, semovientes, fueros, derechos y acciones, juntamente con todos los libros y papeles tocantes a los bienes hereditarios. 4.<sup>a</sup> Que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se comienza y concluye, al modo que en cualquier instrumento público, y de lo contrario no vale: (3) la razon es, porque el heredero debe acreditar haberlo principiado y concluido en el término legal, y no podrá hacer la prueba si carece del dia mes y año; fuera de que como instrumento público se viciaría por esta falta, y sería lo mismo que no haberlo hecho. (4)

5.<sup>a</sup> Que se principie y concluya dentro del término legal. El heredero, pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses incluso los treinta dias. Esto es, si en el distrito del pueblo donde falleció el testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año, á mas de los tres meses. (5) 6.<sup>a</sup> Que presencien la confeccion del inventario tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, varones y de buena fama, que conozcan al heredero ó inventariante, y que vean lo que se inventaría, oigan y entiendan lo que se escribe. (6)

aunque no se citen los legatarios; pero en este caso, les queda arbitrio para arguirlo de diminuto.

(1) Véase en el libro 1. de inventarios. Cap. 1. §. 1. núm. 16.

(2) Ll. 99. y 100. tít. 18. Part. 3. y 5. tít. 6. Part. 6.

(3) L. 13. tít. 25. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) Ll. 5. tít. 6. Part. 6. y 13. tít. 25. lib. 4. Rec. de Cast.

(5) Ll. 100. tít. 18. Part. 3. y 5. tít. 6. Part. 6.

(6) Ll. 100. tít. 18. Part. 3. y 5. ya citada.

La 7.<sup>a</sup> Que el que hace el inventario lo suscriba ó firme, y si no sabe, otro escribano por él. (1) Pero lo que se practica es, que uno de los testigos firme, pues no es posible que en todas partes se hallen dos escribanos. (2) 8.<sup>a</sup> Que el inventariante asegure que ha hecho fiel y legalmente el inventario sin engaño alguno, (3) la cual cláusula regularmente se pone con juramento aunque las leyes no lo previenen.

El inventario simple, ó estrajudicial, ciertamente no necesita de juez ni de decreto para hacerse; pero sí de escribano, y se formaliza con todas las solemnidades dichas.

Los principales efectos que produce el inventario son: 1.<sup>o</sup> que habiéndolo el heredero verificado, no puede ser convalidado en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda: 2.<sup>o</sup> que no se le puede mover pleito mientras lo está formando; y 3.<sup>o</sup> que en su consecuencia puede determinar sobre la renuncia, ó aceptación de la herencia, la cual puede hacer por palabra ó por hecho. (4)

## TITULO XX.

### DE LOS LEGADOS.

**E**l legado, que tambien se llama manda, es: *una donación que el testador hace en su testamento, ó en otra disposición testamentaria á alguno por amor de Dios, ó por su alma, ó por hacer bien á quien se la deja; y legatario se llama: aquel que es nombrado para su percibo.* (5)

Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por mandado del derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera le-

(1) Dichas leyes.

(2) Febrero de invent. ley 1. §. 1. núm. 36.

(3) Dichas leyes.

(4) Ll. 5. 7. 10. 11. y 18. tit. 6. Part. 6.

(5) Ll. 6. tit. 6. y 1. tit. 9. Part. 6.

gar. Tales son en esta diócesis la archicofradía del Santísimo Sacramento, fundada en el Sagrario de esta Santa Metropolitana Iglesia: la redencion de cautivos: nuestra Señora de Guadalupe de Méjico; y los lugares santos de Jerusalén, y estos cuatro legados se pagan el dia de hoy. Los voluntarios son los que dependen de la voluntad del testador, como efecto de su liberalidad.

Habiendo visto qué cosa es legado y su division, resta examinar ahora quién puede legar; á lo cual decimos: que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento, puede dejar legados; y como esto ya queda espuesto en el título de los herederos, y de los que pueden ó nó hacer testamento, es inútil repetirlo. Así, v. g.: vimos que el hijo de familias puede hacer testamento; luego puede legar: que el herege ó apóstata no lo puede hacer; luego ni tampoco podrá dejar legados.

Tampoco tiene dificultad el saber á quiénes se pueden dejar legados, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejárselos el legado. (1) Exceptúase de esta regla el legado de alimentos, el cual es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces de ser herederos; v. g., el hijo espúrio. (2)

Puede el testador mandar que pague á otro algun legado, á todos aquellos que reciben algo de su testamento; con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él; (3) y así, no hay duda que podrá mandar que den legados á su heredero, legatario, fideicomisario, y donatario *mortis causa*, porque todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia; v. g., puede un testador decir de esta manera: á Seyo le lego mi casa; á Sempronio lego mil pesos que le entregará á Seyo. Pero si á Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sem-

(1) L. 1. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 8. tit. 3. lib. 5. Rec.

(3) L. 3. tit. 9. Part. 6.

pronio un legado de mil y quinientos; no valdría semejante legado, porque se gravaría á Seyo en mas de lo que se le había dejado. (1) De lo dicho se infiere: que á ninguno se le puede legar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se egercería con él, dejándole lo mismo que ya tenía ántes. Pero si el testador me legase mi casa para el caso en que dejase de ser mía, sería válido el legado, y entonces el heredero, verificado el caso, debería ó redimirla para volvérmela, ó darme su estimacion.

Uno de los puntos principales en esta materia es saber, qué cosas se pueden legar; y acerca de esto es regla general: que *se pueden legar todas aquellas cosas que existen, ó pueden existir*; y así, valdrá el legado que uno hiciera de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ó incorporales de cualquiera especie que sean, se pueden legar útilmente; (2) y así, ninguno dudará que se puede legar un usufruto, una servidumbre, una deuda activa, aun siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporales. Se requiere con todo eso, que la cosa que se lega esté en el comercio de los hombres, pues de otra suerte ni se podrá dar ni recibir; y así, será absurdo el legado de un templo, de una plaza pública, ó de un puerto y de otras cosas semejantes, pues todas éstas están exentas del comercio de los privados. (3)

Puede el testador legar no solo sus cosas, y las de su heredero, sino tambien las ajenas; y en este caso tiene obligacion el heredero de comprar de su dueño la cosa legada, y entregarla al legatario; y si el dueño no la quisiese vender, la estimacion. (4) Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era ajena; pues si creía que era suya, á nada estará obligado el heredero, pues hay presuncion fundada de que no hubiera hecho el legado, si hubiese sabido que la cosa no era

- (1) L. 4. tít. 9. Part. 6.
- (2) L. 15. del mismo tít.
- (3) L. 13. del dicho tít.
- (4) L. 10. tít. 9. Part. 6.

suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era ajena, y si no lo verificare, perderá el legado. (1) De esta regla se exceptúa el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa ajena á su mujer ó á algun pariente, pues entonces se presume que en todo caso se la quiso legar. (2)

Pero: qué se deberá hacer cuando el legatario ya ha ya adquirido la cosa ajena que se le lega en algun testamento? En este caso, se debe distinguir si la adquirió por título oneroso ó lucrativo; si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion; si del segundo, el legado es inútil por la regla que dice: que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa, y acerca de una misma persona*. (3) Esta regla es digna de observarse, y de élla salen cuatro conclusiones. 1.<sup>a</sup> Que si ántes de la muerte del testador había yo comprado la casa de mi vecinõ, y él ignorante de la compra me la había legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso, porque la compra es título oneroso. 2.<sup>a</sup> Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sujetos distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por título lucrativo: por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, todavía puedo pedir la casa en fuerza del segundo, porque aun no la he adquirido; y así, no se verifica título lucrativo, ni oneroso. (4) 3.<sup>a</sup> Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por título lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte. 4.<sup>a</sup> Que si se me ha legado alguna cosa ajena, y yo solo he adquirido la propiedad sin el usufruto por título oneroso, entonces recibiré la estimacion de solo la propiedad. (5)

- (1) La misma ley 10. en el medio.
- (2) Dha. ley al fin.
- (3) L. 43. tít. 9. Part. 6.
- (4) L. 44 del mismo tít.
- (5) Arg. de dichas leyes.

Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prenda á otro, y vale el legado; (1) pues siendo constante que puede legar las cosas ajenas, con mayor razon podrá hacerlo con las opignoradas, en las cuales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber cuándo tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y cuándo el legatario: para lo cual, estableceremos varias reglas. 1.<sup>a</sup> Sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por ménos de su valor, la debe desempeñar el heredero, y entregarla libre al legatario. (2) 2.<sup>a</sup> Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó no el testador. (3) 3.<sup>a</sup> Si la cosa estaba empeñada por ménos de su valor y el testador lo ignoraba, entonces el legatario debe desempeñarla. (4)

Vale tambien el legado de la cosa dada en prenda al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre élla le había dado el testador, (5) sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, á ménos que el testador mande espresamente lo contrario.

Mas ¿qué se deberá decir cuando el testador haya legado una alhaja, por ejemplo, una casa, y viviendo todavía la enajena? ¿Será válido con todo eso el legado, ó nó? En este caso distingue nuestro derecho: ó la enajenacion fué por donacion ó por venta; si fué del primer modo, se acaba el legado, porque presume el derecho que se arrepintió, y que quiso quitar el legado al legatario. (6) Si del se-

(1) L. 11. tit. 9. Part. 6.

(2) Dha. ley 11. en el princ.

(3) Dha. ley en el medio.

(4) La misma ley al fin.

(5) L. 15. tit. 9. Part. 6.

(6) L. 17. y 40. tit. 9. Part. 6.

gundo, permanece útil el legado y se debe la estimacion de él, por presumir el derecho que el haber vendido la cosa legada fué por urgencia que padeció el testador, y no con intencion de revocarlo. (1)

Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales: tales son, el legado de *nombre*, de *liberacion*, y de *deuda*, las cuales especies se deben distinguir con cuidado. Legado de nombre es, cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. Legado de liberacion ó de libertad es, cuando se deja al legatario lo mismo que él debe. Finalmente legado de deuda es, cuando el testador lega á su acreedor lo mismo que él le debía pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que este produce es, que el heredero debe ceder al legatario las acciones que tenía el testador contra el deudor. (2) Pero ¿qué se deberá hacer cuando esta deuda activa no sea buena, de suerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso á nada mas está obligado el heredero, y cumple con traspasar al legatario todo el derecho que él tenía. Por el legado de liberacion ó de libertad, está el heredero obligado á entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado á favor del testador, las prendas y demás seguridades de la deuda, y de este modo librarlo enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una cuestion curiosa: ¿qué se debería hacer en el caso de que el testador cobrase en vida la deuda, si permanecerá útil el legado? Aquí distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y recibió la deuda, perece el legado, y no está obligado el heredero á dar la estimacion de él, porque se entiende que lo revocó, pues cobró la deuda y se la entregaron; pero si el deudor la pagó de su voluntad no pidiéndosela, entonces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero está obligado á dar la cosa mandada en que consistía la deuda, ó su estimacion. Y la razon es, porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin

(1) L. 40. ya citada.

(2) L. 15. tit. 9. Part. 6.

pedirla, se presume que su intencion es guardarla para aquel á quien la legó. (1)

El legado de deuda se puede dudar con bastante razon si será útil; porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue á su acreedor lo mismo que le debe: por otra parte el heredero aun sin legado tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es útil: figuráremos tres casos en que lo es evidentemente. 1.º Cuando el testador debe bajo de condicion, ó para cierto dia; entonces la utilidad del legado es suma, porque en virtud de él, está obligado el heredero á pagar luego al punto. 2.º Cuando la deuda solo es de escritura sin hipoteca; pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los bienes de la herencia. 3.º Cuando la deuda no está líquida, ó es difícil de probarse; pues entonces trae al legatario la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda.

Hay tambien legados que se llaman *de género, de especie y de cantidad*, y sus diferencias son dignas de notarse. Género llaman los juristas, lo que para los filósofos es especie; v. g. un caballo, un libro, un vestido. Especie por el contrario, á lo que los filósofos individuo; v. g. tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heinnecio de mi librería, un vestido de terciopelo negro que tengo en mi ropero &c. Finalmente, cantidad es un género determinado con cierto número; v. g., cuatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie, se deben observar las reglas siguientes. 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario.* Para esto hay dos razones: la primera, porque el dominio de la cosa legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño. (2) La segunda, porque el heredero solamente es deudor de cierta especie, y así, se libra si perece ésta. Se exceptúa de esta regla el

(1) L. 15. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 34. tit. 9. Part. 6.

caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa legada, pues entonces perece para él, y tambien cuando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve. (1) 2.ª *Quando se lega una universidad de cosas, por exemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario;* y así, si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentó hasta ciento y cincuenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyó la manada hasta quedar en veinte cabezas, este daño será tambien del legatario por la razon ya dada, de que el dominio de la especie legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador.

Por lo que hace al legado de género se deben observar en él dos reglas. 1.ª *Que para que sea útil, es necesario que sea de género infimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza;* y así, no producirá efecto si el género fuere supremo, ó sin determinacion por la naturaleza. Esto explicado de este modo parece oscuro; pero se hará claro con los exemplos. Un caballo, v. g., es legado de género infimo, y cualquiera sabe qué cosa es un caballo: mas un legado que se hiciese de un animal ó de una cosa absolutamente, sería legado de género supremo; y así, sería cosa absurda y ridícula legar á Ticio, v. g., un animal, pues en este caso cumpliría el heredero con entregarle una mosca ó una pulga. De aquí se infiere claramente la razon de una ley, (2) que dice: que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no está obligado el heredero á comprarla, ni vale el legado, pues presume el derecho que el testador se burla, porque semejante legado sería de un género indeterminado, y que no tiene límites por la naturaleza; y así, solo valdría cuando el testador tuviese alguna ó algunas casas, pues entonces se entendería que le legaba una de ellas.

(1) L. 41. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 23. tit. 9. Part. 6.

2.<sup>a</sup> En el legado de género tiene la elección el legatario; pero de tal suerte que no puede elegir lo mejor: (1) v. g., si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escoger el que guste, con tal que no escoja el mejor, y en esto se diferencia el legado de género del legado de opción.

Legado de opción, ó de elección se llama, cuando el testador con palabras espresas y terminantes concede al legatario que entre muchas cosas de un mismo género escoja la que le parezca mejor; v. g., si uno en su testamento dijese de esta manera: lego á Ticio el caballo que eligiere de mi caballeriza, ó el que mas le agradare. (2) En este legado se deben notar tres cosas. La 1.<sup>a</sup> es, que puede el legatario tomar lo mejor, lo cual no podía en el legado de género. (3) La 2.<sup>a</sup>, que una vez hecha la elección, no puede arrepentirse y volver á escoger por parecerle que no escogió lo mejor, sino que á sí mismo se debe imputar si hizo una elección imprudente. (4) La 3.<sup>a</sup>, que si el legatario en vida no elige, lo podrán hacer sus herederos, de suerte que aun la opción pasa á ellos. (5)

Resta dar una regla que es comun al legado de género y de cantidad, la cual es esta: ni el género, ni la cantidad perecen. (6) La utilidad de esta regla es insigne: porque si, v. g., á mí se me hubiera legado un caballo, ó la cantidad de cien pesos, y el heredero lo hubiese comprado para dármele, ó hubiera contado, y prevenido los cien pesos, y un ladrón se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ó librarse de pagar el legado, porque el género y la cantidad siempre existen en el mundo, y nunca perecen.

(1) Dha. ley tit. y Part.

(2) L. 25. tit. 9. Part. 6.

(3) Dha. ley 25. y la 23 antecedente.

(4) Dha. ley. 25. tit. 9. Part. 6.

(5) L. 26.

(6) Arg. de la ley 41. tit. 9. P. 6.

Finalmente se pueden legar los hechos: y es la razón, parte, porque son ó pueden ser de utilidad, y parte, porque al testador le es lícito obligar á su heredero á hacer cualquier cosa que le parezca, con tal que no sea torpe ni ridícula, ó de burla; y así, valdría el legado que un testador hiciese de esta suerte: mando á mi heredero que todos los años le siembre su campo á Ticio; pero sería absurdo é inútil éste: mando á mi heredero que todos los años en el día del nacimiento de Ticio baile desnudo en su calle.

Siguese ahora tratar del derecho de acrecer, el cual no es otra cosa: que un derecho por el cual la parte del colegatario que muere ó no la recibe, acrece al otro. Este derecho, por las leyes de Partida, tenía lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias, (1) pero por razón muy diversa. En las herencias era porque ninguno podía morir parte testado y parte intestado, lo cual el día de hoy por la ley de Recopilación (2) está permitido á cualquiera. Pero en los legados el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el día; porque cuando un testador juntó á Ticio y á Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que si faltase el uno, mas bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Trataremos, pues, ahora de los requisitos necesarios para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en las herencias no tiene lugar, si no es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna. (3)

Dos son los requisitos para que se verifique el derecho de acrecer. El primero, que falte el colegatario; y que sea antes de la muerte del testador; porque si le sobrevive aunque sea por un momento, pasa el legado á los herederos, y ya no acrece al otro legatario. (4) El segundo, que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados

(1) L. 14. tit. 3. Part. 6.

(2) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) Véase la nota de Sala en el Viunio lib. 2. tit. 14. núm. 12. y 13.

(4) L. 33. tit. 9. Part. 6.

á recibir una misma cosa, por ejemplo: á Ticio y á Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si á Ticio se le lega la casa, y á Mevio un campo, aunque falte uno de los dos, nada acrece al otro. (1)

Veamos ahora de cuántos modos puede ser la conjunción. Se divide en conjunción *en la cosa*, en conjunción *en las palabras* solamente, y en *mista*; esto es, en la cosa y en las palabras juntamente. Se dice ser conjuntos en la cosa, cuando muchos son llamados á recibir una misma, pero en diversas proposiciones; v. g., á Ticio le lego mi casa: á Mevio lego la misma casa; y á éstos llaman también disjuntos, porque sus nombres están puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente se llaman conjuntos, los que son llamados á una misma cosa en una sola proposición, asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales, v. g.: á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. Conjunción *mista* se dá, cuando una misma cosa es legada á muchos en una proposición y sin señalar partes; v. g., á Ticio y Cayo lego mi fundo. (2)

En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera ántes que el testador, acrecerá á los demás, siempre que se presuma así de la voluntad del difunto, por no espresarse cosa en contrario. (3)

Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente, para algun día, (lo cual se llama en latín *ex die vel in diem*) bajo de condición, con demostración, con causa ó con modo. Puramente se lega, cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; v. g., lego á Ticio cien pesos. (4) En esta especie de legados se debé tener por regla general, que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado, cuando aunque haya obligación de pagarlo, todavía no se puede cobrar: por el con-

(1) Dicha ley 33.

(2) L. 33. tit. 9. Part. 6.

(3) La misma ley 33.

(4) L. 31. en el princip. tit. 9. Part. 6.

trario, cuando ya se puede exigir la paga ó entrega de él, se dice que se puede pedir; de suerte, que el sentido de la regla dada es, que el legado que se deja puramente, hay obligación de pagarlo inmediatamente que muere el testador, y que también en el mismo instante se puede cobrar.

Legado desde algun día es aquel que tiene término desde cuando debe comenzar: v. g., lego á Ticio mi casa diez años despues de mi muerte; y legado hasta cierto día es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar: v. g., á Ticio le lego mi hacienda por diez años. (1) En el primer caso, si el día es cierto, se debe luego el legado, pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años: en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas si el día señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si existirá ó nó, entonces el día se tiene por condición.

Del legado condicional nada hay aquí que añadir, pues todo se ha explicado ya cuando se trató de la institución de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es: que el legado condicional ni se debe, ni se puede cobrar ántes de que exista la condición. (2) De donde se sigue, que si el legatario muere ántes que se cumpla la condición, nada transmite á sus herederos, sino que espira el legado.

Con demostración se dice que lega un testador siempre que hace descripción de la persona, ó de la cosa legada: v. g., á Ticio que administró mis negocios mando se le den cien pesos: á Mevio lego la casa que compré de Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostración no lo vicia, con tal que de otro modo conste de la persona, y de la cosa legada; (3) y así, aunque sea falso que Ticio administró sus negocios, ó que la casa la hubiese comprado de Sempronio, con todo, es útil el legado, y surtirá su efecto.

Síguese el legado dejado bajo de cierta causa. Por cau-

(1) L. 31. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 21. del dho. tit. y Part.

(3) Ll. 19. y 20. dho. tit. y Part.

sa entendemos aquí la impulsiva, y que el testador expresa en su testamento, v. g.: á Ticio porque me defendió un pleito le lego cien pesos. En este caso, vale también la regla ya dada en la demostración; y así, la falsa causa no vicia el legado, (1) porque como el testador se há á manera de un legislador, y la ley se debe obedecer aunque se alegue una causa falsa, de aquí es, que vale el legado porque consta de la voluntad del testador. Se exceptúa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habría legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entonces falta la voluntad, y será nulo el legado.

Finalmente, bajo de modo se dice dejado un legado, cuando el testador expresa el fin para el cual lo deja: v. g., lego á Ticio mil pesos para que se gradúe de doctor. Este se debe, y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no lo cumpliere lo restituirá, pues hasta que lo cumpla gana el dominio de él. (2)

Al fin de este título se debe notar, que valen los legados hechos aunque el testamento se rompa por preterición ó desheredación injusta, pues así lo concede espresamente nuestro derecho, (3) que solo atiende á que la voluntad del testador siendo justa y arreglada, se cumpla en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede cuando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por cualquiera otra causa no entra en ella; pero en todo caso debe constar de la solemnidad prescrita por derecho, (4) pues faltándole no tendrá fuerza de testamento, ni hará fé en juicio, ni fuera de él.

También se advierte que los legados no se deben dejar á arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí, y con palabras y señales tan claras y cier-

(1) L. 21. del mismo tit. en el medio.

(2) Dha. ley. 21. tit. 9 Part. 6.

(3) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Rec. ley 7. tit. 3 Part. 6.

(4) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec.

tas, que se conozca plenamente su voluntad, y no se du- de del legatario y cosa legada, pues de otra suerte no valdrían. (1) Pero puede dejar á su heredero, ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas, de las ciertas que le señale, pues en este caso, no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ó elección de la persona. Para que sean válidos, se requiere también que sean hechos en testamento ó codicilo, ó poder para testar. (2) Es verdad que no solo legados, sino también mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y cualquiera otra cosa (excepto la institución de heredero) se suelen hacer en un escrito separado que se llama *memoria testamental*, y no es otra cosa que un escrito simple en que el testador añade, ó quita alguna cosa á su testamento, el cual vale y se estima por parte de éste, siendo firmado por el testador, y citándose en el testamento. (3)

Tres acciones competen á los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento. La 1.<sup>a</sup> es personal por cuasi contrato: y la razon de darse esta accion es, porque el heredero aceptando la herencia, es lo mismo que si contrajese con los legatarios. La 2.<sup>a</sup> es real en todos aquellos legados, que por ser hechos en especie pasa el dominio de la cosa legada al legatario desde el instante de la muerte del testador. La 3.<sup>a</sup> accion es hipotecaria, y les compete á los legatarios porque tienen tácita hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero. (4)

(1) L. 28. y 29. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 34. tit. 9. Part. 6.

(3) Febrero lib. de escrib. cap. 1. §. 2. núm. 45.

(4) L. 26. tit. 13. Part. 5.



## TITULO XXI.

DEL MODO DE QUITAR, O DE TRANSFERIR  
LOS LEGADOS.

Habiendo hablado hasta aquí del modo de dejar los legados, síguese ver cómo se quitan, ó se transfieren. Y á la verdad, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte, (1) no se puede dudar que el testador puede quitar á los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ó transferirlos á otros. (2)

Dícese que se quitó un legado, cuando el testador ya no quiere legar lo que ántes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, á lo que llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de escepcion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras, ó por hechos. Por palabras, cuando el testador en posterior testamento, ó en codicilo declara, que ya no lega á alguno lo que ántes le legaba. (3) Por hechos se quitará el legado, si el testador lo borrare ó tildare (4) por sí mismo, ó por medio de otro por órden suya. Si acabare la cosa legada, ó le mudare la forma: con esta distincion, que si la cosa se puede reducir á su antigua forma, vale el legado: v. g., si de la plata legada hizo vasos; pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado: v. g., si de la lana, ó madera que había legado, hiciese ántes de su muerte paño ó casa. (5) Finalmente se estingue el legado, cuando el testador sin necesidad alguna vende ó enagena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintió de haber hecho el legado; pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas fácilmente en los casos de venta que en los de donacion, no se entiende revocado, ántes se debe al legata-

(1) L. 25. tít. 1. Part. 6.

(2) L. 39. tít. 9. Part. 6.

(3) Dicha ley 39. del mismo tít. y Part.

(4) La misma ley 39. v. *otrosí se podría.*

(5) L. 42. tít. 9. Part. 6.

rio el precio en que la cosa fué vendida. (1) De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tácita ó espresamente. Por medio de escepcion se quitan, siempre que suceda alguna cosa de la cual se pueda presumir que el testador mudó de voluntad, lo cual probándose por el heredero, perderá el legatario su legado.

Síguese la traslacion de los legados, la cual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos. Esta puede ser de cuatro maneras. 1.<sup>a</sup> Si se muda la persona del legatario: v. g., cuando se lega á Ticio lo que se había legado á Sempronio. 2.<sup>a</sup> Si se muda la misma cosa legada: v. g., cuando el testador que había legado á uno su casa, ya no le lega sino su hacienda. 3.<sup>a</sup> Si se muda la persona á quien se mandaba que pagase á otro el legado: v. g., si ántes se le mandaba á un legatario que diese á otro cien pesos, y despues se manda al heredero que él sea quien los pague. 4.<sup>a</sup> Finalmente, si se muda la naturaleza del legado: como cuando la cosa que ántes se legaba puramente, despues se lega bajo de condicion.

Pero se debe advertir acerca del primer modo de transferir los legados, que se haga con toda claridad, y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no será traslacion, sino conjuncion; v. g., si dijese: á Ticio le dejo la casa de mi morada; y despues: á Cayo dejo la casa de mi morada, pues en este caso la dividirán; pero no si dijere: la casa de mi morada que dejaba á Ticio, se la dejo á Cayo.

De lo dicho hasta aquí se infiere, que los legados se pueden quitar y transferir en testamento ó en codicilos; y áñado, que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas; (2) ántes bien, con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador, basta para que el legado se tenga por quitado.

Para conclusion de este titulo veamos de cuántos modos espiran los legados. Esto sucederá, 1.<sup>o</sup> Si el legata-

(1) Véase toda la ley 40. tít. 9. Part. 6. y la 17 del mismo tít.

(2) Véanse las leyes 39. y 40. tít. 9. Part. 6.

rio muriere antes que el testador; (1) pues entonces no llegará á adquirir dominio en la cosa legada. 2.º Si pereciere la cosa legada sin culpa ó mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el género y la cantidad nunca perecen. (2) 3.º Se acaba el legado de cosa agena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por título lucrativo, (3) por la razon ya dada, de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa. 4.º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad; v. g., si no tuviere el competente número de testigos, pero no si fuere nulo en cuanto á la institucion de heredero. (4) 5.º Si por parte del legatario no se cumpliere la condicion posible, bajo la cual se le dejó el legado. (5) Esto se entiende si estuviere en su mano el cumplirla, pues cuando no puede, como por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida, y se debe pagar el legado. (6)

## TITULO XXII.

### DE LA LEY FALCIDIA.

Este título está bastante conexo con el antecedente, pues así como aquel nos muestra de qué modo se acaban los legados, así este nos enseña cómo se disminuyen muchas veces, ó se reducen á menor cantidad.

Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituian cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querian aceptar la herencia. Esto dió motivo entre los romanos á que se estableciesen varias le-

(1) L. 35. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 41. tit. 9. Part. 6.

(3) L. 43. tit. 9. Part. 6.

(4) Ll. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cas.

(5) L. 21. tit. 9. Part. 6.

(6) Véase la ley 22. tit. 9. Part. 6.

yes procurando impedir este desórden. Pero como ninguna de estas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley Falcidia, llamada así de Publio Falcidio, tribuno de la plebe en tiempo del Emperador Augusto, el año 714 de Roma; por la cual se estableció: que ninguno pudiese legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, de suerte que no le quedase al heredero que percibir, ó le quedase ménos que la cuarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sí de cada legado.

Este derecho que tuvo origen entre los romanos ha pasado á nosotros, y está adoptado por nuestras leyes; (1) y así, siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda ménos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la cuarta parte de la herencia que dicha ley le concede, llamada tambien *Falcidia* en España: (2) de suerte que de cada manda ha de sacar la cuarta, la cual le compete por solo haber sido nombrado heredero en el testamento. (3)

Para deducir dicha cuarta, ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya, es de su cuenta y no de los legatarios. (4) Mas si los herederos son forzosos, no sacan cuarta, sino toda su legitima íntegra sin condicion ni gravámen, (5) y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

La deduccion de la cuarta falcidia debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar lo que el testador está debiendo aunque sca al mismo heredero, á ménos que lo prohiba espresamente, pues en tal caso no se separará el debito de éste: despues las espensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que

(1) Tit. 11. de la Part. 6.

(2) L. 1. tit. 11. Part. 6.

(3) Dha. ley 1.

(4) L. 3. tit. 11. Part. 6.

(5) L. 4 tit. 11. Part. 6.

destine para comprar siervos que mande manumitir: bien entendido, que si lega una cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de élla la cuarta parte; pero si manda que el dinero se entregue á alguno para que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él; mas si sobra algo puede deducirla del sobrante. (1)

No puede el heredero deducir dicha cuarta de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos, ó á pobres ó para cualquier otra obra pía; ni de lo que lega el testador que es soldado, (2) ni de lo que entregan á los prohibidos de ser legatarios ó herederos, (3) ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan, ó hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que es suya y no del testador, ni tampoco cuando éste le prohíbe espresamente su detraccion. (4) Así mismo, si paga enteramente algunas mandas creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demás, si no es que despues de haber empezado á pagarlas aparezca alguna deuda grande de que hasta entonces no había tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no estén entregadas. (5)

De todo lo demás puede el heredero sacar la cuarta, si la cosa legada tiene cómoda division, y si nó, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion; previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado. (6)

Finalmente, para poder sacar la falcidia debe el heredero hacer préviamente en el término legal, inventario for-

- (1) L. 2. tit. 11. Part. 6.
- (2) L. 4. tit. 11. Part. 6.
- (3) L. 5. del mismo tit.
- (4) L. 6. tit. 11. Part. 6.
- (5) L. 6. dicho tit. y Part.
- (6) L. 2. dho. tit. y Part.

mal de todos los bienes del finado, pues si nó lo hace no podrá, (1) y además estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dejó; (2) y si lo hace y satisface á aquellas ántes que éstas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues por lo que falte al heredero. (3)

## TITULO XXIII.

### DE LOS FIDEICOMISOS UNIVERSALES Y DE LA CUARTA TREBELLANICA.

**H**emos hablado ya de las herencias por testamento y de los legados: síguese ahora tratar de los fideicomisos.

A la fé de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aquí nace la definición. Fideicomiso es: *una órden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro.* (4) Se divide el fideicomiso en universal y singular: universal es, cuando á alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ó una parte de élla, y así suele llamarse *herencia fideicomisaria*. Singular es, cuando una cosa singular, v. g., algun género, especie ó cantidad se deja por modo de fideicomiso, y de éste se tratará en el siguiente título. Por lo que hace al universal se debe observar, que para éste siempre se requieren tres personas. 1.<sup>a</sup> El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente*. 2.<sup>a</sup> Al que se manda que restituya la herencia á otro, y éste se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador. 3.<sup>a</sup> Finalmente, aquel á quien se restituye la herencia y se dice *heredero fideicomisario*, el cual hablando con rigor, no es heredero, pues solo recibe la herencia por mano de otro.

- (1) L. 7. dho. tit. y Part.
- (2) L. 10. tit. 6. Part. 6.
- (3) L. 7. del mismo tit.
- (4) L. 8. tit. 11. Part. 6.

Esta es la primera division de los fideicomisos: si- guese otra; y es, que el fideicomiso puede hacerse tácita, ó-espresamente. Se dirá hecho, espresamente, cuando el tes- tador con palabras claras y terminantes, manda á su he- redero que restituya, á otro la herencia, ó alguna parte de- élla; y tácita, será cuando no se hace mención de restitu- cion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se- colige que debe restituir la herencia: v. g., Ticio sea mi he- redero; pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dijese el testador: ruego á Ticio que restituya mi herencia á sus parientes mas próxi- mos. Esta especie de fideicomiso tiene mucha semejanza con los mayorazgos.

De los principios establecidos se infiere claramente: 1.º Quién puede dejar fideicomisos, conviene á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento por tener libre dis- posicion de sus bienes; y así, no podrán todos aquellos que dijimos, no pueden testar. (1) 2.º A quiénes se puede man- dar que paguen fideicomisos, esto es, á todos aquellos que recibieren alguna parte de la herencia con título de here- deros; pero con la condicion de que á ninguno se grave en mas de lo que recibió. 3.º Que se pueden dejar fidei- comisos á todos aquellos que pueden recibir por testamen- to ó ser herederos; y así, v. g., si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio de músi- cos, no valdrá semejante fideicomiso, si el tal colegio es- tá fundado sin consentimiento del Príncipe, como se supo- ne. 4.º Que se pueden dejar fideicomisos, ó en testamen- to, ó en codicilo. 5.º Que se pueden hacer fideicomisos pu- ramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto día.

Siendo difícil que los fiduciarios quisiesen ser here- deros con la obligacion de restituir toda la herencia, pa- ra que tuviesen alguna utilidad; se estableció que en pre- mio de su trabajo y de la restitucion de la herencia, se quedasen con la cuarta parte líquida de la en que fac- sen instituidos, y se ha llamado *cuarta Trebeliánica*, aun

(1) L. 14. tit. 5. Part. 6.

entre nosotros, (1) cuyo nombre tomó entre los romanos.

A distincion de lo que se observa en la cuarta falcidia, debe el heredero fiduciario incluir en la trebeliánica todo lo que el testador le haya legado, y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder, (2) y si estos equivalen á aquella, la restituirá entera al fideicomisario; mas si no equivalen, puede detraer únicamente lo que fal- te para completar la cuarta. (3) Pero si importaren mas los frutos, que lo que él debe percibir por razon de ésta, si el testador le señaló día para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, entonces hace suyos todos los frutos que percibié hasta ese día, aunque como hemos su- puesto, asciendan á mas. Pero si no se le señaló día cier- to, y él fué moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que esceda de su cuarta parte. (4)

Resta ver en qué casos no tiene lugar la cuarta trebe- liánica. 1.º No lo tiene en el testamento del soldado. 2.º Si el testador prohíbe que se saque. 3.º Si el heredero por ignorancia de derecho restituyó toda la herencia. 4.º Si no hizo inventario. 5.º Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiducia- rio, entrará en ella el fideicomisario por sí. (5)

## TITULO XXIV.

### DE LOS FIDEICOMISOS SINGULARES.

**H**emos tratado de los fideicomisos universales, que también se llaman herencias fideicomisarias: síguense los fi- deicomisos singulares, de los que hablaremos brevemente, porque estos están igualados en todo á los legados, de suerte que no hay diferencia en cuanto á los efectos que pro-

(1) L. 14. al fin dho. tit. y Part.

(2) L. 8. tit. 11. Part. 6.

(3) Dicha ley 8.

(4) La misma ley. 8.

(5) L. 1. al fin tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

ducen unos y otros. De esta manera, todas las disposiciones que hemos notado de los legados, tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos; á quienes se lega, también se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado, se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar esta materia por sus partes, sería necesario repetir el título todo de los legados.

Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre los legados y fideicomisos, con todo se distinguen, 1.º En las palabras; pues aquellos se dejan con palabras imperativas, y éstos por medio de ruego. (1) 2.º En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se le tomará despues juramento, y en caso de no querer jurar, será obligado á pagar el fideicomiso; y si jurare falso, pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

## TITULO XXV.

### DE LOS CODICILOS.

**L**os codicilos no son otra cosa: que una disposición ménos solemne ordenada por el testador, á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento. (2)

Conviene los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad; pero se diferencian, 1.º En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo ménos solemne. (3) 2.º Que cuando hay testamento no suceden, ni pueden suceder los herederos ab intestato; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado, como intestado. 3.º Que en el testamento para que valga

(1) L. 14. tit. 5. Part. 6.

(2) L. 1. tit. 12. Part. 6.

(3) L. 3. del mismo tit.

como tal, es necesaria la institucion de heredero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos. (1) Y de aquí fácilmente se deduce de cuántas maneras son los codicilos. Unos se llaman escritos, y son aquellos que se reducen á escritura; y otros nuncupativos, y son los que se hacen por viva voz. (2) Hay otra division de los codicilos, y es: que unos son de testado, y otros de intestado: aquellos se hacen por el que primero ordenó testamento; éstos por el que quiso morir sin testamento; y así, los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento; y los segundos absolutamente *codicilos ab intestato*.

Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se coligen de la definición dada; de la cual inferimos: 1.º Que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos, (3) pues éstos no son otra cosa que un testamento ménos solemne. 2.º Que en los codicilos no se puede instituir heredero directamente. (4) La razon es, porque esta institucion es una cosa solemne; y así, no se puede hacer sin todas las solemnidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma solemnidad de testigos, que para el testamento de esta especie, (5) valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejará de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada, tampoco producirá efecto la desheredacion, ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en él se pusiese al heredero instituido en el testamento. (6) ¿Qué es, pues, lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muer-

(1) L. 2. del dicho tit.

(2) L. 1. al fin tit. 12. Part. 6.

(3) L. 1. tit. 12. Part. 6.

(4) L. 2. del mismo tit.

(5) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(6) Dha. ley 2. tit. 12. Part. 6.

te: se podrá finalmente nombrar el delicto que cometió el heredero instituido en el testamento contra el testador, y por el cual no merece la herencia; y siéndole probado, quedará impedido de ser heredero. (1) 3.º Que se pueden hacer muchos codicilos y todos valen, no siendo contrarios; (2) pero en los testamentos, el posterior deroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes instituyendo heredero.

Finalmente: en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban; mas en los nuncupativos ó abiertos, se requieren las mismas solemnidades, que en el testamento nuncupativo. (3)

(1) L. 2. ya citada.

(2) L. 3. del mismo tít.

(3) L. 2. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

**FIN DEL TOMO PRIMERO.**

# ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

PÁGINAS.

**C**ompendio de la historia del derecho de España. - 1

## LIBRO PRIMERO.

Tít. I. . . . .	De la justicia y del derecho. . . . .	9.
1.ª Parte. De la justicia y sus divisiones . . . . .		9.
2.ª Parte. Del derecho, ó de la jurisprudencia. . . . .		16.
Tít. II. . . . .	Del derecho natural, de gentes y civil. . . . .	23.
Tít. III. . . . .	Del derecho de las personas. . . . .	32.
§. I. . . . .	Del estado de libertad. . . . .	33.
§. II. . . . .	Del estado de ciudad. . . . .	40.
§. III. . . . .	Del estado de familia. . . . .	44.
Tít. IV. . . . .	De los ingenuos. . . . .	45.
Tít. V. . . . .	De los libertinos. . . . .	46.
Tít. VI y VII. . . . .	Quiénes no pueden dar libertad á sus siervos, y por qué causas. . . . .	50.
Tít. VIII. . . . .	De la potestad dominica. . . . .	54.
Tít. IX. . . . .	De la patria potestad. . . . .	57.
Tít. X. . . . .	De las nupcias, ó matrimonio. . . . .	62.
	Apéndice de la legitimación. . . . .	73.
Tít. XI. . . . .	De la adopción. . . . .	78.
Tít. XII. . . . .	De los modos por qué se disuelve la patria potestad. . . . .	83.
Tít. XIII. . . . .	De la tutela en general. . . . .	86.
Tít. XIV. . . . .	De la tutela testamentaria. . . . .	90.
Tít. XV. . . . .	De la tutela legítima. . . . .	94.
Tít. XVI. . . . .	Cuando pierden los parientes el derecho á la tutela por la pérdida del estado, ó de la cabeza. . . . .	95.
Tít. XVII, XVIII y XIX. . . . .	De la tutela legítima de los patronos, de los padres y de los hermanos. . . . .	99.
Tít. XX. . . . .	De la tutela dativa. . . . .	100.

Tít. XXI .	De la autoridad de los tutores - - - -	101
Tít. XXII .	De los modos de fenecerse la tutela - -	106
Tít. XXIII .	De la curatela y curadores - - - -	110
Tít. XXIV .	De las fianzas que debèn dar los tuto- res y curadores - - - - -	115
Tít. XXV .	De las excusas de los tutores y curadores.	119
Tít. XXVI .	De los tutores y curadores sospechosos.	123

## LIBRO SEGUNDO.

Tít. I . . .	De la division de las cosas , y del mo- do de adquirir el dominio- - - - -	129
1. <sup>a</sup> Parte.	De la division de las cosas - - - -	129
2. <sup>a</sup> Parte.	Del modo de adquirir el dominio - -	140
§. I . .	Qué sea derecho en , y á la cosa - - -	141
§. II . .	Qué sea dominio , y sus divisiones - -	141
§. III .	Qué cosa es modo de adquirir dominio.	143
§. IV .	Cómo se dividen , y cuántos son los mo- dos de adquirir el dominio - - - - -	144
§. V .	De la ocupacion , primer modo de adqui- rir el dominio- - - - -	145
§. VI .	De la accesion , segundo modo de ad- quirir el dominio - - - - -	153
§. VII	De la tradicion , único modo de adquirir derivativo- - - - -	161
Tít. II . . .	De las cosas corporales , é incorporeales -	163
Tít. III . .	De las servidumbres- - - - -	165
Tít. IV . .	Del usufruto- - - - -	172
Tít. V . . .	Del uso , y de la habitacion- - - - -	178
Tít. VI . .	De la usucapion - - - - -	180
Tít. VII . .	De las donaciones - - - - -	188
§. UNICO.	De las donaciones llamadas proster nuptias - - - - -	193
Tít. VIII .	Quién puede enagenar , ó nó- - - - -	195
Tít. IX . .	Por qué personas se puede adquirir - -	198
Tít. X . . .	De los testamentos - - - - -	203
Tít. XI . .	Del testamento militar- - - - -	208
Tít. XII . .	De los que no pueden hacer testamento.	211

Tít. XIII .	De la desheredacion- - - - -	214
Tít. XIV .	Quiénes pueden , ó no ser instituidos por herederos- - - - -	217
Tít. XV . .	De la sustitucion vulgar - - - - -	227
Tít. XVI .	De la sustitucion pupilar , y de las de- más sustituciones- - - - -	229
§. I . .	De la sustitucion egemplar - - - - -	231
§. II . .	De la sustitucion compendiosa - - - -	233
§. III .	De la sustitucion brevilocua - - - -	233
Tít. XVII .	De qué modos pierdè su efecto el testa- mento- - - - -	234
Tít. XVIII	Del testamento inoficioso - - - - -	236
Tít. XIX . .	De la diferencia que hay de herederos -	241
Tít. XX . .	De los legados - - - - -	246
Tít. XXI .	Del modo de quitar , ó de transferir los legados - - - - -	260
Tít. XXII .	De la ley falcidia - - - - -	262
Tít. XXIII	De los fideicomisos universales , y de la cuarta trebellánica- - - - -	265
Tít. XXIV	De los fideicomisos singulares - - - -	267
Tít. XXV .	De los codicilos - - - - -	268

ERRATAS DE ESTE TOMO.



<u>Páginas.</u>	<u>Líneas.</u>	<u>Dice.</u>	<u>Léase.</u>
4	10	antiguos	antiguos.
7	3	hicize	hiciese.
20	1	mecesaria	necesaria.
30	21	litera.	literal.
31	18	legisladar	legislador.
42	29	O tienda	O tiene tienda.
47	22	manuminision.	manumision.
52	30	acrraedores.	acreedores
54	12	Solo así en las.	Sólo sí en los.
55	37	de la la.	de la.
59	21	descendietes.	descendientes.
61	18	quo	que.
66	4	soemne	solemne
66	20	amilia	familia.
100	14	terecera	tercera.
114	3 nota	Ll. 1. tit. 2. Part. 3.	Ll. 12. tit. 2. Part. 3.
115	6	sospecho	sospechoso.
134	4 nota	L. 2. tit. 28 Part. 3.	L. 2. tit. 28 Part. 3.
159	17	siembta.	siembra.
174	7	usufruturio.	usufrutuario.
246	2 nota	Feb. de invent. ley 1.	Feb. de invent. lib. 1.
246	13	convenido	reconvenido.
247	22	relga.	regla.

# INSTITUCIONES

DE

## DERECHO REAL

DE

### CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DOCTOR DON JOSÉ MARIA ALVAREZ,  
 CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTI-  
 NIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA  
 UNIVERSIDAD DE GOATEMALA.

---

Vir bonus et prudens.....  
 ....parum claris lucem dare coget:  
 Arguet ambigüé dictum: mutanda notabit.  
 HORAT.—*De Art. Poet.*

---

TOMO II.

IMPRESO EN GOATEMALA.



REIMPRESO EN LA HABANA.

(CON PERMISO.)

En la imprenta de D. Pedro N. Palmer, é hijo.

1826.



# LIBRO III.º

## DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS.

### TITULO I.º AL XIII.

#### DE LA SUCESION AB INTESTATO.

**H**abiendo tratado ya en los títulos antecedentes del modo de suceder por voluntad expresa del difunto declarada en el testamento, se sigue ahora tratar del orden con que se sucede por voluntad tácita ó presunta, cuando alguno muere intestado. (1)

*Intestado* se dice aquel que ó no hizo testamento, ó no lo hizo arreglado á derecho, de suerte que no produjo efecto. (2) Veamos, pues, quiénes son los que deben suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural, que el fin é intencion de los que adquieren bienes, no es el dejarlos abandonados despues de su muerte, y que sean del primero que los ocupe; (3) sino que desean que aprovechen, y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen. [\*]

Fundados en este principio los legisladores, han puesto por fundamento de la sucesion ab intestato al amor; de suerte que en este supuesto deben ser próximos á la sucesion aquellos que presume el derecho fuéron mas amados del difunto. Los filósofos antiguos observaron, (4) que el amor baja primeramente: si no tiene donde bajar sube; y si ni

(1) Prólogo. del tít. 13. Part. 6.

(2) L. 1. tít. 13. Part. 6.

(3) Heinn. lib. 1. de Iur. N. cap. 11. núm. 295.

[\*] En los padres para con sus hijos, y en éstos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mútua obligacion de dejarse sus bienes los unos á los otros, de suerte que por esto se llaman herederos forzosos.

(4) Aristót. Ethic. lib. 8. cap. 12.

aun por ahí tiene lugar, se estiende hácia los lados. En confirmacion de esto nos enseña la esperiencia, que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres; y despues de éstos los parientes colaterales. Bien es verdad, que el amor de los padres hácia sus hijos escede tanto al de éstos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero: que *es mas fácil que un padre sustente á veinte hijos, que no veinte hijos á un padre.*

Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion ab intestato. En el primer orden entran los descendientes; no habiendo éstos, se admiten en el segundo los ascendientes; y faltando aun éstos, siguen en el tercero los colaterales. (1) En defecto de todos tiene último lugar el fisco.

#### §. I.

#### DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

**H**emos dicho que en primer lugar son llamados á la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descendientes entendemos aquí todos aquellos que son hijos, ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza, ó por las leyes civiles. Tratarémos, pues, con distincion: 1.º de la sucesion de los hijos legítimos: 2.º de los legitimados: 3.º de los adoptivos; y 4.º de los ilegítimos.

De los hijos legítimos es regla general: que *todos suceden indistintamente á sus padres.* (2) No hay, pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero, como los del segundo y tercero &c. serán herederos; y así el nieto y bisnieto son llamados á la herencia, con tal que no tengan padre que esté mas proximo que ellos. Tampoco hay diferencia en el sexo, y así las mugeres tambien son herederas de sus padres ab intestato. (3) Finalmente,

(1) L. 2. tit. 13. Part. 6.

(2) L. 3. del mismo tit.

(3) L. 3. ya citada.

no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó nó, ni entre sucesion paterna ni materna. (1)

Aunque como va dicho, todos los descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden ab intestato, con todo, no reciben todos igual porcion de la herencia; y así, se deben distinguir tres casos. 1.º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas,* (en latin *in capita*) esto es, se hacen tantas partes de la herencia, cuantos son los hijos que heredan: v. g., si un padre ó madre que tiene cuatro hijos deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son de primer grado, y así suceden por cabezas. 2.º *Si solo hay hijos de los demás grados, como nietos ó bisnietos, todos suceden por linage,* (en latin *in stirpem*) esto es, vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaría á él, y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages ó familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos, que habían de heredar de su padre diez mil pesos, murieron ántes dejando cada uno dos hijos; entonces éstos, muerto el abuelo, entrarán representando á su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará á cinco mil á cada uno.

3.º *Si concurren hijos del primero y de los demás grados, entonces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo ó tercero, por linages* del modo que hemos explicado ya. (2)

De esta suerte es la sucesion cuando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

Esto es por lo que hace á los hijos legítimos: síguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó

(1) L. 3. tit. 7. y 3. tit. 13. Part. 6.

(2) L. 3. tit. 13. Part. 6.

4  
por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe. Si se ha hecho del primer modo, es regla general: que los legitimados por subsiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos. (1) Si la legitimacion es del segundo modo, esto es, por rescripto del Príncipe, se debe distinguir, si es para el fin de suceder ó nó: en este segundo caso no hay duda, que nada recibirán de la herencia paterna: mas en el primero se admiten si son solos; pero si hay otros hijos legítimos, ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demás ascendientes. (2)

Síguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion como ya se ha dicho (3) puede hacerse, ó en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad real, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez. (4) Cuando se hace del primer modo, se llama *adrogacion*; y cuando del segundo, *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo adrogado, segun nuestro derecho, heredará del adrogante la cuarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederá á su padre adoptante en todos, (5) siempre que ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieren en nada les sucederán. (6)

Resta hablar finalmente de los hijos ilegítimos: éstos, segun hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espúrios. Los primeros, cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredarán las dos duodécimas partes de sus bienes, [\*] que dividirán con su madre; y no siendo estas

(1) Cap. 6. *Qui filii sint legit*, y ley 1. tit. 13. Part. 4., ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Véase la citada ley 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

(3) Lib. 1. tit. 11.

(4) L. 7. tit. 7. Part. 4.

(5) Ll. 8. 9. y 10. tit. 16. Part. 4.

(6) Ll. 5. tit. 6. lib. 3. y 1. y 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

[\*] Segun la ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast., los hijos ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida, ó dejarles por muerte en razon de alimentos. Febr. reform. Part. 1. cap. 5. §. 1. núm. 70.

5  
suficientes para mantenerse, tienen tales hijos accion á lo necesario para sus alimentos; (1) pero los espúrios ninguna cosa heredarán de su padre ab intestato, tenga ó nó descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre, si no los tiene, serán sus herederos los naturales ó espúrios que tenga, si no es que sean de dañado y punible ayuntamiento, ó habidos de clérigo de orden sagrado ó de fraile, ó por monja profesa, en cuyos casos son escludidos de toda sucesion. (2) La razon de esta diferencia, que hace el derecho entre el padre y la madre es, porque ésta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre.

## §. II.

### DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.

Hemos dicho arriba, que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y así sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es reciproca, por lo cual aquellos padres á quienes suceden sus hijos, pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

1.<sup>a</sup> *En la sucesion ab intestato los ascendientes más cercanos excluyen á los más remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen por líneas:* (3) y así, v. g., muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una línea, y dos por la otra no la dividirán por terceras partes, sino que

(1) L. 8. tit. 13. Part. 6.

(2) L. 7. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

(3) Ll. 4. tit. 13. Part. 6. y la 1. tit. 8. lib. 5. de la Rec., que es la 6. de Toro.

el uno heredará la mitad, y los dos la otra mitad. (1) [\*]

2.<sup>a</sup> Cuando suceden los ascendientes, aunque haya también colaterales no concurren con ellos: v. g., muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarán sus padres. (2) Y la razón es, porque la línea recta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

3.<sup>a</sup> Si los padres ó ascendientes del difunto no fuéren legítimos, sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espúrios á sus padres, madres y demás ascendientes. (3) Pero de esta regla se exceptúan los adoptivos, pues de éstos no son herederos ab intestato sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos. (4)

### §. III.

#### DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES Ó TRANSVERSALES.

No habiendo descendientes ni ascendientes, se siguen, como ya hemos dicho, los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

(1) L. 4. tít. 13. Part. 6.

[\*] Se advierte que este modo de suceder no es ni *in capita*, ni *in stirpes*, sino per líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiéndolos de ámbas líneas; de suerte que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser, sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada línea. Véase la ley 4. tít. 13. Part. 6. Si no es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el ascendiente intestado, como lo dispone la ley 1. al fin tít. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) L. 4. tít. 8. lib. 5. de la Rec. y es la 7. de Toro, que derogó la ley 4. tít. 13. Part. 6. que disponía lo contrario.

(3) L. 3. al fin tít. 13. Part. 6.

(4) L. 5. tít. 22. lib. 4. del Fuero Real.

1.<sup>a</sup> Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, excluyen á todos los demás colaterales, y suceden los hermanos *in capita*, y los hijos de éstos *in stirpes*. (1)

2.<sup>a</sup> Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia de su tío. (2) La razón es, porque todos los sobrinos están en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tío muerto, esto es, cuando está vivo algun hermano de éste, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serían escludidos por ser parientes mas remotos, y así solo en este caso le tiene, y en él se estingue: mas cuando son solos sobrinos, falta el motivo y fomento para la representacion, por lo cual entran por su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que están en igual grado.

3.<sup>a</sup> Hubiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, éstos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ámbas, los que fuéren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fuéren de parte de madre, heredarán los maternos; (3) y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio, ó de otro cualquier modo. (4)

Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales, se debe entender cuando el parentesco es legítimo; pues si fuere, ó el difunto, ó el pariente, natural, se observarán estas reglas.

1.<sup>a</sup> Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tenga hijos de la misma madre, y los hijos de éstos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente. (5) La razón es, porque los hermanos que

(1) Ll. 5. tít. 8. lib. 5. de la Rec. y 5. tít. 13. Part. 6.

(2) Ll. 5. tít. 13. Part. 6. y 13. tít. 6. lib. 3. del Fuero Real.

(3) Ll. 5. y 6. tít. 13. Part. 6.

(4) L. 6. tít. 13. Part. 6.

(5) L. 12. del mismo tít.

le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre son dudosos.

2.<sup>a</sup> Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre éstos hubiere alguno legítimo, éste solo será preferente á todos. (1)

3.<sup>a</sup> Si un legítimo muere no dejando parientes algunos legítimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escludidos. (2)

La sucesion por línea transversal que hemos explicado ya, no pasa el día de hoy del cuarto grado; (3) [\*] y así, los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado, recaen en el fisco, (4) sin que tengan lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de éste á su muger, pues no se hace mencion de ellos. (5) Cesa desde luego el día de hoy la disposicion de la ley de Partida que estendía esta sucesion hasta el décimo grado, y despues de él llamaba al marido á la herencia de la muger, y ésta á la del marido. [\*]

(1) En sentir de algunos preferirá aun á los hermanos por parte de madre. Véase la ley 12. tít. 13. Part. 6.

(2) Dicha ley 12. al fin.

(3) Ll. 3. tít. 9. y 9. tít. 10. lib. 1. de la Rec. de Cast., de las que se hace argumento para creer derogada la ley 6. tít. 13. Part. 6., que estendía la sucesion transversal hasta el décimo grado.

[\*] Es dudoso si este cuarto grado se deberá contar por derecho canónico ó civil.

(4) Real instr. de 27 de nov. de 1785 y de 27 de agosto de 1786.

(5) L. 12. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. y la Real instr. ya citada.

[\*] No será fuera del caso para complemento de esta materia, decir aquí algo de la cuarta marital. Esta no es otra, que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe exceder del valor de cien libras de oro, como dispone la ley 7. tít. 13. Part. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender tambien á los padres en su caso. Véase á Febrero librería de escribanos cap.

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento está dispuesto: que el juez del lugar en donde fallecieren, inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho, dé cuenta á la real Audiencia del distrito para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco. (1)

Finalmente: aunque por derecho novísimo á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, les está permitido ser herederos por testamento; (2) se les prohíbe espresamente suceder ab intestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos sus derechos temporales. (3)

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo y con el órden explicado, pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres sin distincion de grados, el dos por ciento para la real Hacienda; (4) pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes. (5)

Los parientes que suceden ab intestato, no por eso están desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, dirémos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos, ó son legítimos

1. §. 21. núm. 239. El día de hoy en vista de la ley 1. tít. 8. lib. 5. de la Recopilacion, que es la 6. de Toro, hay bastante motivo para dudar, que pudiese tener lugar tal cuarta parte. Fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen, podría la madre proporcionarse la congrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que debería administrar los bienes de sus hijos.

(1) Ll. 31. tít. 1. Part. 6. y 5. tít. 12. lib. 1. de la Rec. de Cast.

(2) Rs. céd. de 29 de nov. de 1796 y de 29 de abril de 1804.

(3) Pragmática de 6 de julio de 1792.

(4) Real céd. de 11 de junio de 1801 art. 5. del Reglam. inserto.

(5) Art. 1. de dicho reglamento.

y forzosos, ó transversales: y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las exequias funerales, y demás sufragios que se acostumbren en el país con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes. (1) Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion á invertir todo el quinto, y cumplirán con solo lo dicho. (2) Lo mismo se debe decir de los transversales herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario ó por no poder, ó por no querer, no hizo el testamento, en este caso solamente, estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion, (3) que dice así. "Quando el comisario no hizo testamento, ni dis-  
 „ puso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo,  
 „ ó porque no quiso, ó porque murió sin hacerlo; los ta-  
 „ les bienes vengán derechamente á los parientes del que  
 „ le dió el poder, que huviesen de heredar sus bienes  
 „ ab intestato, los quales en caso que no sean fijos ni des-  
 „ cendientes ó ascendientes legitimos, sean obligados á dis-  
 „ poner de la quinta parte de los tales bienes por su á-  
 „ nima del testador, lo qual si dentro del año contado des-  
 „ de la muerte del testador no lo cumplieren, mandamos  
 „ que nuestras justicias les compelan á ello, ante las qua-  
 „ les lo puedan demandar, y sea parte para éllo qualquier  
 „ del pueblo." La razon de esta disposicion es, porque en  
 este caso se presume que el testador por el hecho de dar  
 poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese

- (1) L. 16. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.  
 (2) Arg. de la ley 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.  
 (3) L. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía á otros casos porque solo habla del que últimamente he esplicado.

Para el buen cobro, y administracion de los bienes de los que mueren ab intestato sin dejar notoriamente ascendientes, descendientes ó colaterales, dentro del grado que por derecho deben heredar; ó ex testamento dejando herederos, ó legatarios en España ó fuera del distrito de cada Audiencia, se estableció en América un juzgado general llamado *de bienes de difuntos*. De su ereccion y facultades, se trata largamente en el tit. 33. lib. 2. Recopilacion de Indias, y para el arreglo de conocer y proceder en las causas correspondientes al del reino de Goatemala, se formó una instruccion conforme á las leyes, reales cédulas y órdenes que tratan sobre el particular, por el señor don Francisco Robledo oidor decano de esta real Audiencia, la que se aprobó por la misma, y mandó observar interinamente en 26 de setiembre de 1799. [\*]

#### TITULO XIV.

##### DE LAS OBLIGACIONES.

Todo lo que se ha esplicado desde el principio del libro segundo hasta aquí, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*. Hemos visto los modos de adquirir el dominio, qué cosa sean las servidumbres, y como se adquiere por herencia, ya en virtud de testamento, ya ab intestato. Ahora, pues, parece que debía tratarse del derecho de

[\*] El señor don Guillermo de Aguirre y Viana, oidor de la real Audiencia de Méjico, formó en 17 de octubre de 1804 una Instruccion, que consta de 51 artículos, para el gobierno del juzgado de bienes de difuntos, que fué aprobada por la propia real Audiencia en auto de 22 de julio de 1805, con las adiciones que espresa; y por real cédula de 8 de abril de 1812, se mandó que se guardara en esta real Audiencia, acomodándose á las circunstancias locales.—Fue impresa para el conocimiento público en 1804.

prenda, que es la última especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el orden de las instituciones de Justiniano, pasaremos á tratar del *derecho á la cosa*, el cual como siempre nace de obligacion, veremos primeramente: qué cosa sea obligacion, y cuántas sus especies.

Por obligacion entendemos: *una necesidad moral, que nos impone el derecho, de dar ó hacer alguna cosa.* (1) De esta definicion; que es bastante clara, se deduce el siguiente axioma: *La obligacion no pasa de la persona que la contrata*: de suerte, que en virtud de ella, nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa*, y *á la cosa*, que dimos en el tít. 1. del lib. 2.

De la definicion pasemos á sus divisiones. La primera de ellas es, que las obligaciones son ó puramente naturales, ó puramente civiles ó mistas. (2) Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la obligacion nace del derecho natural, pero no la auxilia ó asiste el derecho civil, la obligacion se llama *puramente natural*: v. g., la obligacion que nace el dia de hoy de los esponsales contraidos sin escritura pública. (3) Si el derecho civil ha impuesto la obligacion, pero el derecho natural no la auxilia, se llama *puramente civil*: v. g., la que nace del contrato literal. Finalmente: si ámbos derechos, natural y civil asisten á la obligacion, será mista: v. g., el comprador está obligado por derecho civil y natural á pagar el precio prometido; y así se puede decir *mista* esta obligacion. (4) Hablando en rigor, solo éstas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente, por lo regular no producen alguno, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*: las naturales finalmente, solo producen escepcion, y no accion.

(1) Arg. de la ley 5. tít. 12. Part. 5.

(2) L. 5. tít. 12. Part. 5.

(3) Real decreto de 28 de abril de 1803.

(4) L. 5. tít. 12. Part. 5.

Otra division de las obligaciones es, que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que se exige alguna cosa en virtud de alguno de éstos dos principios. 1.º *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa, que ningun daño le trae á él, y aprovecha al otro.* 2.º *Toda hombre está obligado á hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por exemplo: en virtud del primer principio, está obligado el poseedor de una cosa, á mostrarla al que se lo pide, para investigar si es la suya que él ha perdido: en virtud del segundo, el padre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno, que induzca la obligacion.

Por el contrario, cuando la obligacion nace de *hecho*, este será ó lícito, ó ilícito. El hecho lícito consiste en el consentimiento, y el ilícito es todo delito; y de aquí se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion, y otra de delito. De los delitos hablaremos en el libro 4.º, y así ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa: que aquel *consentimiento por el cual dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa.* Se dice que la convencion es *consentimiento*, porque faltando éste no hay hecho obligatorio lícito: ha de ser de *dos ó de mas*, porque uno solo no se puede obligar á sí mismo, y en una compañía se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion tambien se incluye negacion; y así, hay convenciones de no dar ó de no hacer, que se llaman *factos remisorios*.

La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato es, *una convencion, que tiene nombre y causa*, y el pacto, que ni tiene nombre, ni causa. Para entender estas definiciones es necesario saber, qué es nombre, y qué es causa. Por *nombre* entendemos: un vocablo que significa el contrato de que se habla, y del cual toma nombre la ac-

cion que produce. *Por causa* se entiende: una cosa presente, de la cual segun derecho, nace obligacion. Así, v. g., la venta tiene nombre, y de allí nace la accion de compra y venta, y causa, que es el consentimiento: por el contrario, una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre, porque no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo por venir. [\*]

Los contratos unos son *verdaderos* ó rigorosamente tales, y otros se llaman *cuasi contratos*. Todo contrato por ser convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser ó verdadero y espreso, ó ficto, que tambien se llama presunto: del verdadero y espreso nacen los contratos verdaderos, y del ficto ó presunto los cuasi contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que una consintió, hay tres reglas de equidad natural, de las cuales se deduce el dicho consentimiento.

1.<sup>a</sup> Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.

2.<sup>a</sup> El que quiere lo que antecede, no debe reusar lo que se sigue.

3.<sup>a</sup> Cualquiera se presume, que ha de aprobar lo que redunde en utilidad suya.

Los verdaderos contratos unos son nominados, y otros innominados. Los nominados tienen nombre y causa, y así producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre; y así no producen accion especial. Tales son éstos cuatro que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas, te doy porque me des, te hago porque me des, y te hago porque me hagas*. Es

[\*] Se advierte que ya por nuestro derecho, en virtud de la ley 2. tit. 16. lib. 5, de la Rec. de Cast., no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido, como lo habia entre los romanos; y así entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas cuatro formas, pues la compra y venta, v. g., no es otra cosa que *te doy, porque me des*; pero realmente no es así, pues en los contratos nominados interviene moneda precisamente, y en los innominados, ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es como precio ó merced, sino como honorario, que no es necesario que esté definido por pacto.

Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener causa; esto es, alguna cosa presente de la cual segun las leyes, nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman reales, como el mútuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento, *consensuales*, como la compra venta, locacion conduccion, enfiteúsis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes, se llama *literat*.

Resta la última division de los contratos, por la cual, unos son unilaterales, y otros bilaterales; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que contraen, pues en este sentido todos los contratos son bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente, unilateral: en la compra y venta, v. g., uno y otro contrayente se obliga, y en el mútuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho rigoroso, (en latin *stricti juris*) y los bilaterales de buena fé; pero por esto no se quiere decir que la buena fé no sea necesaria en los contratos de rigoroso derecho, sino que en éstos, nada mas se puede decir, que lo que espresamente se prometió: por el contrario, en los llamados de buena fé, se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresamente, v. g., del mútuo no se piden usuras, si no es que se prometian, porque es contrato de rigoroso derecho: mas en la compra y venta por sola la



ardanza en verificar el pago está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fé.

De lo dicho se deduce muy fácilmente por qué razon ciertos contratos producen dos acciones, y otros una. Como en los bilaterales ámbos contrayentes están obligados, necesariamente debe haber dos acciones por medio de las cuales, uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mútuo, v. g., á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aquí es, que solamente se dá una accion. Las dos acciones que nacen de los bilaterales ó son ámbas directas, ó la una es directa, y la otra se llama contraria. Son ámbas directas, siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato; y es la una directa, y la otra contraria, siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio, y el otro despues: v. g., en la compra y venta uno y otro contrayente desde el principio se obliga en virtud del mismo contrato; y así, nacen las dos acciones llamadas *de compra y venta*, que ámbas son directas. Mas en el mandato, solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no está obligado, sino hasta despues, en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él, ó recibiese daño por causa de la egecucion del mandato; y así, la accion contra el mandatario es directa, y la que se dá contra el que mandó, contraria. En materia de acciones contrarias, sirva de regla general: que *toda accion contraria se dá para indemnizarse*.

Resta decir alguna cosa sobre la obligacion de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos: *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio*. Esto puede suceder, ó por *dolo*, ó por *culpa*, ó por *caso fortuito*. Dolo se dice que hay, siempre que se verifica propósito o intencion en el que daña. (1) Culpa, cuando se falta por negligencia ó descuido. (2) Finalmente: caso fortuito se llama, cuando el

(1) Ll. 1. tít. 16. y 11. tít. 33. Part. 7.

(2) L. 11. tít. 33. Part. 7.

daño viene de la providencia divina que así lo dispone, y á la que no se puede resistir. (1) Acerca del dolo solo hay una regla que observar, esta es: *el dolo siempre se presta en todo contrato*; lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre si los contrayentes que no se prestase, no valdría este pacto, porque convidaría á pagar. Aun hay ciertos contratos, en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete; tales son la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato. (2) Y la razon que tienen para esto las leyes es, porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demás se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas execrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

Acerca del caso fortuito se dá tambien una regla solamente: ésta es la siguiente.

*Al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado.* (3) La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina que gobierna todas las cosas. Con todo, puede suceder que alguno preste el caso fortuito: esto será: 1.º si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2.º si fuere moroso en entregar, ó en restituir la cosa; y 3.º si por su culpa dió ocasion al caso fortuito. (4)

La culpa segun los juristas se divide en *lata, leve y levísima*. El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familia; entre éstos hay algunos sumamente cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora, pues, el que no imita esta diligencia verdaderamente exactísima, se dice que comete *culpa levísima*. (5) Hay otros

(1) Dicha ley 11.

(2) L. 5. tít. 6. Part. 7.

(3) Arg. de la ley 3. tít. 2. Part. 5. y ley 11. tít. 33. Part. 7.

(4) Dicha ley 3.

(5) L. 11. tít. 33. Part. 7.

padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar, ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes ó mas que ellos, se dice que cometen culpa lata. (1) Finalmente: hay otros exactos y medianamente cuidadosos; y el que no imita la diligencia de éstos, es reo de culpa leve. (2)

Estas son las descripciones, las cuales enténdidas, fácilmente se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir, que hay contratos que solo ceden en utilidad del que dá, otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ámbos contrayentes.

Regla 1.<sup>a</sup> Cuando toda la utilidad es para el que dá, y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levisima, y éste solamente la lata: v. g., en el depósito, el que depone se obliga hasta la culpa levisima, porque él únicamente percibe la utilidad de este contrato; y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él.

2.<sup>a</sup> En los contratos que ceden en utilidad de ámbos contrayentes, cada uno está obligado á la culpa leve: v. g., la compra venta, locacion conduccion, compañía y prenda.

3.<sup>a</sup> Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levisima: v. g. en el comodato.

4.<sup>a</sup> El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levisima, como en la administracion de negocios agenos.

5.<sup>a</sup> El que ofrece á otro su cosa, no puede exigir sino la culpa lata: por ejemplo, en el precario.

Hemos hablado ya de las obligaciones en general: síguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como éstos, segun se ha dicho arriba, se dividen en reales, literales y consensuales, el título siguiente habla de los reales.

(1) Dicha ley 11.

(2) La misma ley 11.

## TITULO XV.

### DE QUE MODOS SE CONTRAE OBLIGACION POR TRADICION DE LA COSA, Ó DE LOS CONTRATOS REALES.

Aunque todas las obligaciones producidas por los contratos innominados, y aun por los delitos nacen de cosa; llamamos ahora *contratos reales* á aquellos, que ni tienen su perfeccion esencial, ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados, estos cuatro: *mútuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda*. Dije, *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion; y así, no sería contrato si uno digese: *te daré porque me des, te haré porque me des ó hagas*, si no es que sea actualmente, *te doy porque me des ó hagas &c.*; y así se vé claramente, que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.

El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mútuo*, y se llama así: *un contrato por el cual una cosa fungible, ó de las que consisten en número, peso y medida se dá á otro para que use de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo género.* (1) Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque sino fuéren de las que se consumen por el uso no será *mútuo*, sino *comodato*. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y esta es otra distincion entre el *mútuo* y *comodato*; pues en éste se dá solo el uso, y no el dominio. Finalmente se añade, que el deudor debe restituir *otro tanto en el mismo género*, y en esto se distingue el *mútuo* de todos los demás contratos reales, conviene á saber: del *comodato*, *depósito* y *prenda*, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

(1) L. 1. tit. 1. Part. 5.

Con lo dicho se entenderán fácilmente dos axiomas acerca de esta materia. 1.º *No se dá mútuo si no se verifica tradicion de moneda, ó de otra cosa de las que se llaman fungibles.* (1) 2.º *El mútuo es especie de enagenacion, y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor.* (2)

De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mútuo; y así de ello se infiere: 1.º Que puede dar á mútuo todo aquel que puede enagenar; y así, de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo, ni el menor, (3) [\*]

(1) L. 1. tít. 1. Part. 5.

(2) Ll. 2. y 10. tít. 1. Part. 5.

(3) Ll. 17. tít. 16. Part. 6. y 4. tít. 11. Part. 5.

[\*] Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidádes y menores, aunque se les puede dar á mútuo, no se podrá demandar lo dado, sino se prueba que se convirtió en su utilidad. (4) Y así, para que el que dá á mútuo quede asegurado, debe probarse la utilidad ántes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecho. (5)

De ninguna manera se puede dar á mútuo á ningún hijo de familia, sea mayor ó menor de veinte y cinco años estauado bajo la patria potestad, y si lo recibe no está obligado á su restitucion, ni se le puede demandar judicial, ni estrajudicialmente, ni á sus fiadores, ni padre, y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, si no es en seis casos. 1.º Cuando el hijo es soldado. 2.º Cuando obtiene empleo público del Rey, ó concejo. 3.º Cuando niega que es hijo de familia, y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4.º Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó éste le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ámbos quedan obligados. 5.º Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre lo tiene puesto en este egercicio, y con su órden contrata. 6.º Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento. (6)

Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado

(4) L. 3. tít. 1. Part. 5.

(5) Febr. librer. de escrib. cap. 4. §. 2. núm. 11.

(6) Ll. 4. y 6. tít. 1. Part. 5. Véase la ley 22. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

y sí solo aquel que tiene facultad de contraer. 2.º Que por ser este contrato unilateral, solo queda obligado el deudor á volver la cosa que recibió en el mismo género que se le dió. (1)

Resta hablar de la accion que nace del mútuo. Como este contrato es de los nominados, la accion que produce es del mismo nombre, y se llama *accion de mútuo*. Se dá esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo género, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y si no se prefine plazo diez dias despues de prestada á voluntad de su dueño. (2)

A mas de esto el que recibe alguna cosa á mútuo, si no la vuelve al plazo estipulado, debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante así en la demora, como en la demanda, á lo cual está obligado así el que recibió el mútuo, como sus herederos. (3)

El segundo contrato que se perfecciona por la entrega de la cosa es el comodato, por el cual entendemos: *un contrato real por el cual una cosa no fungible se dá gratuitamente para cierto uso, con obligacion de que concluido éste, se vuelva la misma cosa en especie.* (4) Se diferencia del mútuo, parte en que aquí se dá una cosa no fungible, y en el mútuo fungible, y parte en que aquí se transfiere solamente el uso, y allí tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se dá la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido; y así siempre es revocable.

con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo éste; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado éste, sino el factor á su sucion. (5)

(1) L. 2. tít. 1. Part. 5.

(2) L. 2. al mismo tít.

(3) L. 10. tít. 1. Part. 5.

(4) L. 1. tít. 2. Part. 5.

(5) L. 7. tít. 1. Part. 5.

Entendida esta definicion fácilmente se entienden los siguientes axiomas. 1.º *El comodatario recibe la cosa ajena para hacer un cierto y definido uso; de otra suerte sería precario.* (1) 2.º *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes, sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante; de otra suerte sería locacion conduccion.* (2)

Del primer axioma nacen dos conclusiones. 1.ª Que la cosa comodada no se puede pedir ántes de acabarse de hacer el uso de élla. (3) Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario. 2.ª Que el que usa de la cosa por mas tiempo ó de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de élla contra la voluntad de su dueño. (4)

Del segundo axioma se infiere: 1.º Que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion, (5) siendo hecha en dinero, y si en otra cosa, en contrato *do ut des*. 2.º Que el comodatario ordinariamente está obligado á la culpa levísima, (6) pues lo comun es, que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ámbos, ó de solo el que dá, como puede acontecer, se prestará la leve ó lata, conforme á las reglas ya dadas. (7) 3.º Que el caso fortuito no daña al comodatario sino al comodante. (8) La razon es, porque la cosa perece para su dueño; á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que ésta perece. Se exceptúan de estas reglas varios casos, en los cuales es de cargo del co-

(1) Dicha ley 1.

(2) La misma ley 1. del tít. 2. al fin.

(3) Arg. de la ley 9. del mismo tít.

(4) L. 3. del mismo tít. 2. Part. 5. y ley 3. tít. 14. Part. 7.

(5) L. 1. tít. 2. Part. 5.

(6) L. 2. del mismo tít.

(7) Dha. ley al medio en donde pone ejemplos de estos dos casos.

(8) La misma ley 3.

modatario el caso fortuito. 1.º Cuando éste sucede por su culpa. (1) 2.º Cuando no vuelve la cosa en el día ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso queda obligado á pagarla de cualquier modo que perezca. (2) 3.º Cuando el comodatario se quiso obligar al peligro. (3)

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los nominados, se llaman *de comodato*. Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues; se sigue, que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y ésta como todas las demás acciones contrarias, para indemnizarse.

El tercer contrato real se llama *depósito*, y es: *un contrato por el cual una cosa mueble se dá á guardar á otro gratuitamente, para que la restituya en especie cuando la fiada el deponente.* (4) Es digno de notarse, que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raíces puedan estar de alguna manera en depósito, pero propiamente solo las muebles son su materia. (5) En este contrato ni el dominio, ni el uso se transfiere, sino solamente la guarda; y así, si se concede al depositario que use de la cosa que se le dá siendo fungible, y que vuelva otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo.

El depósito se divide en simple, miserable y secuestro. El primero se verifica, cuando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa. El segundo, cuando lo hace por necesidad urgente á fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c; y el tercero, cuando por razon de pleito se deposita la cosa por el poseedor. (6)

Acerca del depósito simple se establecen los siguientes axiomas. 1.º *El depósito es un contrato gratuito, de otra*

(1) Véase la ley 3. que pone ejemplos con que se ilustra esta excepcion.

(2) L. 3. al fin.

(3) La misma ley.

(4) L. 1. tít. 3. Part. 5. y la 2. en el principio.

(5) L. 2. en el principio tít. 3. Part. 5.

(6) L. 1. tít. 3. Part. 5.

suerte degenerará en locacion, ó en contrato de ut des. (1)  
 2.º Por el depósito solo se transfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirá en mútuo, ó comodato. (2) 3.º La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito. (3)

Del primer axioma se deduce: lo 1.º Que este contrato sin mudar su esencia no admite paga. (4) 2.º Que como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia; (5) y sinó, ¿quién sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaría sus cosas á otro que á un amigo, en cuya fidelidad tiene mucha confianza? Es, pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro.

Del segundo axioma en que se asienta que solo se transfiere la guarda, se deduce: 1.º Que el depositario cometerá hurto si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. Pero 2.º: puede el depósito volverse mútuo ó comodato, espresa ó tácitamente. Espresamente, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y tácitamente si una cosa fungible se entrega sin guarda, ni cerradura alguna, (6) pues entonces se infiere con razon, que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género.

Finalmente, del tercer axioma inferimos: 1.º Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general. (7) Dige, hablando en general, porque hay varios casos en que se obliga á mas. 1.º Si se pactó lo contrario. 2.º Cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda; y 3.º Cuando recibe precio por guardarla; pues en tales casos debe prestar la culpa leve. (8) 2.º Que mucho ménos se entenderá obligado

(1) L. 2. tít. 3. Part. 5.

(2) Dicha ley 2. al fin.

(3) Arg. de la citada ley 2.

(4) La misma ley 2.

(5) L. 8. dicho tít. 3. Part. 5.

(6) L. 2. de este tít. ya citada.

(7) L. 3.

(8) L. 3. al fin.

al caso fortuito, si no es que se pacte así, ó que el depositario sea moroso en la entrega, ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el depósito por utilidad solamente del que lo recibe. (1)

Hemos dicho ya, que depósito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio ó de otra urgente necesidad. Ahora, pues, como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante depósito comete dolo, lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida. (2)

El depósito judicial ó secuestro se distingue de los otros, en que se hace por lo regular invito el dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas. (3) Tampoco lo debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito. (4)

Resta explicar la accion que nace de este contrato: esta tiene el mismo nombre, y se llama *accion de depósito*, directa ó contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se dá al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de depósito es, que no se puede oponer excepcion, ni con título de retencion ó compensacion, espensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando éste despues de su derecho. (5) Con todo, la ley de Partida asigna cuatro casos, en los cuales puede retenerse el depósito. 1.º Cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2.º Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3.º Cuando un ladron dá en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande; y 4.º cuando se le entregase

(1) L. 4. tít. 3. Part. 5.

(2) L. 8. del mismo tít.

(3) L. 5. en el medio.

(4) L. 5. tít. 3. Part. 5.

(5) Dha. ley tít. y Part.

en depósito al mismo dueño lo que se le había hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es. (1)

Resta explicar el último contrato real, y es: el que se llama *prenda*, y también *hipoteca*, [\*] cuya diferencia y naturaleza explicaremos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sí, se inventó un contrato por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro, obliga á su responsabilidad, ó todos ó una parte de sus bienes. Estos, según ya hemos explicado en otra parte, (2) ó son raíces ó muebles y semovientes, ó incorporeales, como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligación, se llama *hipoteca*, y aunque ámbas convienen en que quedan ligados y sujetos los bienes á la obligación constituida, se diferencian en que la *prenda* se entrega al acreedor, y la *hipoteca* permanece en poder del deudor. Trataremos primeramente de la *prenda*, y luego de la *hipoteca*.

La *prenda* es: un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor á su acreedor para seguridad de la deuda, con la condición de que pagada ésta, se le restituya su misma cosa en especie. (3)

Esta definición se aclarará con los axiomas siguientes: 1.º *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto todas las que tienen pre-*

(1) L. 6. del mismo título.

[\*] La palabra *prenda* puede tener varias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en prenda; otras veces el contrato por el cual se constituye la prenda; y otras finalmente el derecho en la cosa dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor después de la tradición y aun sin ella, en la hipoteca. Si la prenda se considera de este último modo, nacen de ella acciones reales. Si como contrato, nace acción personal; y así, vamos á tratar de ella.

(2) Título 2. lib. 2. de estas Instituciones.

(3) L. 1. título 13. Part. 5.

cio. (1) De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y demás que están fuera del comercio, no pueden ser dadas en prendas. (2) 2.º *En este contrato solo se transfiere la posesión natural, ó la nuda detención de la cosa.* (3) 3.º *Ambos contrayentes son utilizados en este contrato: el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha menester.* (4)

Del primer axioma se infiere: que todas las cosas así corporales como incorporeales, pueden ser dadas en prendas, con tal que estén en el comercio, (5) y que el que las dá tenga derecho de enagenarlas; (6) ó si la cosa es agena la dá en prenda, con consentimiento expreso ó tácito de su dueño, ó que á lo ménos haya ratihabición. (7)

Del segundo se infiere: que el acreedor no puede usar de la prenda, si no es con consentimiento del deudor, (8) ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado á dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á restituir todo lo que esceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. Del mismo axioma sale la distinción entre la *prenda* y la *hipoteca*, que ya hemos insinuado.

Finalmente: del tercer axioma sale una conclusión solamente, esta es: que ámbos contrayentes están mutuamente obligados á la culpa leve; (9) y así, si la cosa se perdiera ó empeorare por culpa levisima del depositario, ó por caso fortuito, no estará obligado á resarcir el daño.

(1) L. 2. título 13. Part. 5.

(2) L. 1. título 13. Part. 5. y 10. título 2. lib. 1. Rec. de Cast.

(3) Arg. de la ley 20. título 13. Part. 5. v. E para esto ser bien guardado.

(4) Dha. ley 20.

(5) L. 2. título 13. Part. 5.

(6) L. 7. del mismo título y Part.

(7) L. 9. dicho título y Part.

(8) L. 20. del propio título y Part.

(9) L. 20. título 5. Part. 5.

Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoraticia* directa, y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda: (1) la segunda se dá al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda, y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata, ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos, ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda. (2)

## APÉNDICE.

### DE LA HIPOTECA.

**L**a hipoteca, segun hemos dicho, es: *un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algun contrato.* Se divide primeramente en universal ó general, y en particular ó especial. La primera, es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enagenacion. La segunda, es aquella por la cual alguno, ó algunos bienes se ligan espresa y determinadamente, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque pasen á tercero poseedor, hasta que se estingue. (3)

La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide tambien en otras cuatro maneras. La primera es convencional espresa, y se llama así porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda, y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica cuando aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por mi-

(1) L. 21. tít. 13. Part. 5.

(2) La misma ley 21. dicho tít. y Part.

(3) Ll. 1. y 5. tít. 13. Part. 5.

nisterio y disposicion de la ley, de lo cual darémos despues los principales casos. La tercera se llama pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento. [\*] La cuarta es la judicial, y se dá cuando por deuda se hace egecucion en los bienes del deudor. (1)

Entre las hipotecas que hemos esplicado, se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es espresa ó tácita, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que la haya, ó se entreguen, ó haga la egecucion en ellos, no quedan obligados; y así, ántes de esto, y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro, pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar. (2) Se diferencian entre sí la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demás, y así todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que egecuta en ellos, se prefiere á los demás que no lo han hecho.

Visto ya qué cosa es hipoteca y cómo se divide; resta esplicar, qué bienes se entienden hipotecados en la general, y quiénes son los que la tienen tácita. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes, no solo se comprenden los presentes que el deudor tenía al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiere, aunque no se espresa; (3) como tam-

[\*] Asentamiento se llama la posesion, ó tenencia que dá el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por la rebeldía de éste para comparecer ó para responder á la demanda. Véase el tít. 8. de la Part. 3. y el tít. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(1) Ll. 1. y 23. tít. 13. Part. 5. y 1. tít. 8. Part. 3. y leyes 2. y 3. tít. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(2) Curia Filíp. lib. 2. Comerc. terr. cap. 3.

(3) L. 5. tít. 13. Part. 5.

bien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raíces, sin hacer mencion de las deudas &c. no se comprenderían en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raíces. (1) [\*]

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes, el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario y otras cosas de su casa, necesarias al uso cuotidiano, ni las armas, ni los libros, ni las prohibidas de enagenar. (2)

Los que tienen tácita hipoteca en los bienes de otros son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende ó que pasa de unas partes á otras, por la alcabala y derechos reales que por razon de ello le son debidos; (3) y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demás bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho, real ó personal. (4) Así mismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arriendan los derechos reales ó administran sus cosas, desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion, pero no en los bienes de las mugeres de ellos, ni en su dote. (5)

La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben; (6) y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen. (7). La tienen tambien los hospitales en los

(1) Cur. Filip. cap. 3. ya citado.

[\*] Empeñándose ó hipotecándose el título ó escritura de la cosa se tiene ésta ea derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se espresen. Ley 14. tit. 13. Part. 5.

(2) L. 5. tit. 13. Part. 5.

(3) L. 8. tit. 18. lib. 9. Rec. de Cast.

(4) L. 25. tit. 13. Part. 5.

(5) Ll. 23. y 25. tit. 13. Part. 5.

(6) L. 26. tit. 20. Part. 1.

(7) Cur. Filip. cap. 3. ya citado.

bienes de sus administradores, desde que comenzaren á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos, y personas que por ellos administraren la tutela; y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas necesarias que haga. (1)

Si la muger viuda, que siendo tutora ó curadora de sus hijos, se casare otra vez, desde entónces los bienes de élla, y los del con quien casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion; (2) y así, para evadirse de esta obligacion el segundo marido, ántes de casarse haga que se les dé curador y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

Tambien tienen tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la muger, en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe; (3) y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de élla. (4) Del mismo modo, tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido, ó la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde entónces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer ma-

(1) Ll. 23. tit. 13. Part. 5. y 3. tit. 16. Part. 6.

(2) L. 26. tit. 13. Part. 5.

(3) L. 23. tit. 13. Part. 5.

(4) L. 17. tit. 11. Part. 4.



trimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles. (1)

El legatario por el legado ó manda que le es dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y así mismo la tiene el que dá alguna cantidad para faccion, armason ó refaccion de nave, casa ú otro edificio convirtiéndose en esto, y constando de ello. (2)

Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en élla, en los bienes del alquilador. (3)

## TITULO XVI.

### DE LAS PROMESAS Ú OBLIGACIONES DE PALABRAS.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podían contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debía estar acompañado de varias solemnidades: como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas; nuestro derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo, que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano. (4)

Es, pues, el pacto ó promesa: *un contrato por el cual una persona promete á otra, que le ha de dar ó hacer*

(1) L. 26. tit. 13. Part. 5.

(2) La misma ley 26.

(3) L. 5. tit. 8. Part. 5.

(4) L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast., que corrige y roga la 2. tit. 11. Part. 5.

*alguna cosa; en que convienen, con intencion de obligarse.* (1) Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse. [\*]

Segun lo dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan; y si no están presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensajero cierto; y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estará obligado á pagarla. (2)

Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condicion ó á dia cierto; la cual division es clara, segun lo ya explicado en el título de los legados, y de las instituciones de herederos. (3)

Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas. 1.º *Cuando se promete juramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiziere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni habrá obligacion de pagar hasta que se cumpla la condicion puesta.* (4) La razon es clara; porque la condicion sus-

(1) L. 1. tit. 11. Part. 5.

[\*] No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieron palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y así, aun la ley 2. tit. 11. Part. 5. que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: *por qué nó?* queda obligado como si dijese: *prometo.*

(2) Ll. 1. 2. y 3. tit. 11. Part. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Castilla.

(3) L. 12. tit. 11. Part. 5.

(4) L. 12. v. la tercera manera de promision y ley 14. del mismo tit.

pende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y así donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y así queda al arbitrio del juez señalar hasta cuando podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar. (1)

2.º *La condicion imposible vicia la estipulacion.* (2) La razon ya la hemos dado en otra parte, porque el que consiente en semejante condicion, ó está loco ó se burla.

3.º *Si la condicion imposible fuere negativa, v. g., te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal.* (3) La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y así es lo mismo que si se hubiese prometido sin condicion.

4.º *Cuando se promete á dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado.* (4) Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada año, cuando se promete dar ó hacer alguna cosa cada año; y se deberá cumplir al principio del año, cuando se prometió darla ó hacerla todos los años de su vida. (5)

5.º *El dia incierto del cual no se sabe si llegará, equivale á condicion.* La razon es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se hubiera prometido bajo de condicion, y así ninguna diferencia hay si yo digo á otro: te daré cien pesos el dia que te hagan presidente, que si digese: te daré cien pesos si te hicieren presidente.

(1) L. 13. al princ. tít. 11. Part. 5.

(2) Véase á Gregorio Lopez en la ley 17. tít. 11. Part. 5. w. si no tangeres núm. 2.

(3) L. 17. tít. 11. Part. 5.

(4) Ll. 14. y 17. tít. 11. Part. 5.

(5) L. 15. del mismo tít.

6.º *La condicion negativa suspende el efecto de la promesa hasta la muerte.* V. g., si yo digere á Ticio: te daré cien pesos si no contrageres matrimonio: en este caso nada recibirá mientras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte, en virtud de la caucion Muciana; pero ésta no tiene lugar en los contratos.

7.º *En la promesa condicional se transmite la esperanza á los herederos;* (1) y así, si se me ha prometido dar ó hacer alguna cosa, si tal nave viniere de Cádiz á Honduras, y muero ántes que se cumpla esta condicion, mis herederos, si se cumpliere, la podrán pedir. (2) Al contrario sucede en los legados, porque el legatario ántes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á los herederos, mas el estipulante lo tiene fundado en el consentimiento.

De cualquiera cosa que uno tenga suya, y haya costumbre de enagenarse, ya sea mueble ó raíz; v. g., vestidos, alhajas de plata, oro, ó diamantes, tierras, casas, viñas, nacidas, ó por nacer; v. g., frutos, partos de siervas ó de ganados, se puede hacer promesa válidamente, aunque sea de lo no nacido, con tal que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será válida, si no es que el no nacer provenga de culpa del promitente. (3)

Para que la promesa sea válida la ha de hacer el promitente de su libre y espontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho, ó buenas costumbres, porque si lo fuere ó interviene dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ó juramento. (4) Mas si el promitente practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza,

(1) L. 14 tít. 11. Part. 5.

(2) Dicha ley 14.

(3) L. 20. tít. 11. Part. 5.

(4) Ll. 28. y 31. tít. 11. Part. 5., 1. tít. 10. y 7. tít. 33. Part. 7., y 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast.

ni engaño para hacerlo, ántes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenía. (1)

Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ó convencional ó judicial. Convencional se llama, la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse sino se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena, ó el cumplimiento de la promesa. (2) La pena judicial es, la que se impone sobre promesa hecha en juicio; v. g., cuando uno fia á otro ante el juez, que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio, bajo de cierta pena. (3)

Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta segun derecho, (4) si no es que la nulidad de la promesa ó su defecto de valor, provenga de ser hecha contra ley ó buenas costumbres, (5) ó sobre matrimonio, (6) ó por ser usuraria, (7) ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño. (8)

## TITULO XVII.

### DE LA OBLIGACION CORREAL.

No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ó hacerlas ellos á otro: de suerte, que hay casos en que dos ó mas prometen á uno, ó

- (1) L. 28. tit. 11. Part. 5.
- (2) L. 35. tit. 11. Part. 5.
- (3) L. 36. tit. 11. Part. 5.
- (4) L. 38. al principio tit. 11. Part. 5.
- (5) Dicha ley 38.
- (6) L. 39.
- (7) L. 40.
- (8) L. 28. dicho tit. y Part.

este uno promete á dos ó mas, y esta es la que llamamos obligacion correal.

Esta materia, que parece bastante oscura, se hará clara si atendemos á una regla, y consiguientemente á su escepcion.

La regla es esta: *cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada una se le debe prorata.* (1) V. g., si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta; y si á Ticio y á mí se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir: que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida. (2)

De esta regla se exceptúa la obligacion correal; y así, si dos prometen la misma cosa á uno ó á muchos, de tal suerte, que cada uno consienta en quedar obligado por el todo, será legítima la obligacion, y se llamarán *correos de firometer*. Del mismo modo, si se promete á muchos á un tiempo una misma cosa, de tal suerte, que el promitente se obligue á cada uno por el todo, valdrá tambien su obligacion, y se llamarán *correos de estipular*. (3)

Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1.º es, que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte, que no tiene necesidad el acreedor de reconvénirlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de ellos, y hacer que le pague toda la cantidad. (4) El 2.º efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demás, aunque cada uno deba el todo. (5) La razon es, porque habiendo conseguido el acreedor todo lo que se le debía, no tiene ya accion para cobrar otra cosa. 3.º Que se-

- (1) L. 1. en el princ. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. y ley 10. tit. 12. Part. 5.
- (2) Dichas leyes.
- (3) L. 1. en el medio tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.
- (4) Dha. ley 1. tit. 16 lib. 5. Rec. de Cast.
- (5) L. 8. tit. 12. Part. 5.

mejantes correos no gozan del beneficio de division; aun cuando no lo hayan renunciado espresamente, ni las leyes que favorecen á los deudores. (1)

## TITULO XVIII.

### DE LAS PROMESAS DE LOS SIERVOS.

**E**n este título no se trata cosa, que no se haya explicado ya en otra parte. Por derecho de Partidas, todo lo que el siervo adquiría de cualquier manera que fuese, lo adquiría para su señor como una accesión ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil. (2) Mas como por derecho de Indias pueden tener peculio, y aumentarlo con lo que adquirieran para sí; (3) [\*] se sigue que en lo tocante á él pueden prometer y pactar libremente, quedando en todo lo demás obligados al servicio de su señor, para quien adquieren, como antiguamente estaba establecido, (4) pues solo se ha hecho en esta parte la mutación de darles algun tiempo para que trabajen para sí.

## TITULO XIX.

### DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

**A** este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podía sustituir está ya explicado en los títulos anteriores, ó se explicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, á dia cierto ó bajo de condicion: éstas ó son válidas, de las que hemos tratado, ó inútiles, las que veremos luego.

(1) L. 1. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. y ley. 10. tit. 12. P. 6.

(2) L. 7. tit. 21. Part. 4.

(3) Arg. de la real cédula de 31 de mayo de 1789.

[\*] Téngase presente siempre que se cite esta real cédula, que se halla suplicada, segun se ha dicho en otra parte.

(4) L. 3. tit. 29. Part. 3. y 7. tit. 21. Part. 4.

## TITULO XX.

### DE LAS PROMESAS INUTILES.

**L**as promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas. 1.<sup>a</sup> Por las personas de los contrayentes, si éstas no se pueden obligar. 2.<sup>a</sup> Por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si éstas, v. g., están fuera del comercio, ó no están sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3.<sup>a</sup> Por el modo ó forma del pacto.

Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa, sirva de regla el axioma siguiente: *todos aquellos que no pueden consentir son incapaces de pactar ó prometer.* De aquí se infiere: 1.<sup>o</sup> Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente, (1) todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otros por falta de consentimiento. 2.<sup>o</sup> Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador; pero no prometer. (2) La razon es, porque cuando prometen se obligan, y así hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3.<sup>o</sup> Tampoco vale la promesa hecha por el pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso. (3) Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre é hijo, á no ser que se haga de los bienes castrenses ó casi castrenses. (4)

Por razon de las cosas no es válida la promesa cuando se hace: 1.<sup>o</sup> De todo aquello que no está en el co-

(1) L. 4. tit. 34. Part. 7.

(2) L. 4. tit. 11. Part. 5.

(3) L. 5. tit. 11. Part. 5.

(4) Ll. 2. 3. 4. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. y 6. tit. 11. Part. 5.

mercio, v. g., los templos, las plazas públicas &c. 2.º Cuando es cosa que ni existe ni puede existir; pero si se prometen los frutos de una heredad que están todavía por nacer, es válida la promesa. (1) 3.º La cosa que es ya nuestra inútilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar, ni hacerse mas nuestra. 4.º Es inútil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ó de otra manera imposible. (2) 5.º Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrá segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es, á dar ó hacer en defecto del otro, ó solamente á procurar que el otro dé ó haga. (3)

Por razon del modo de contraerse la obligacion, no teniendo consideracion por nuestro derecho á otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otros, ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que se pide; y solo será inútil por la ambigüedad de las palabras, ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse. (4)

## TITULO XXI.

### DE LAS FIANZAS Y FIADORES.

**L**a fianza es: un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó á cumplir la obligacion de otra; y fiador se llama aquel que dá su fé y seguridad, prometiéndolo á otro hacer ó pagar alguna cosa, por ruego ó mandato del que le mete en la fianza. (5)

De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas, que aclaran casi quanto hay que decir sobre esta materia.

1.º La fianza es un contrato que se perfecciona por el con-

(1) L. 20. tít. 11. Part. 5.

(2) L. 38.

(3) Ll. 11. tít. 11. Part. 5. y 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) L. 2. tít. 11. Part. 5.

(5) L. 1. tít. 12. Part. 5.

sentimiento. (2) 2.º La fianza es un negocio civil y franco de solos los hombres. (3) 3.º La fianza es un contrato accesorio, pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con que pagar. (3)

Veamos ahora quiénes pueden ser, ó nó fiadores. Segun el primer axioma, pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue, pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen; los pródigos que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demás menores sin licencia de su padre ó curador. (4)

Atendido el segundo axioma, no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos reglares, ni los caballeros, ó soldados que están en el real servicio, especialmente de recaudadores de rentas reales, ni los siervos, á ménos que tengan peculio, y en este caso podrán serlo hasta en su importe y nada mas. (5) Los clérigos seculares ordenados *in sacris*, solo pueden fiar á otros clérigos, á iglesias, ó á personas miserables. (6) Del mismo axioma se deduce, que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se lo prohíbe espresamente el derecho, así en consideracion al decoro de su sexo, como tambien al peligro á que se espondrían de verse reducidas á pobreza por algunas fianzas incautas. (7) Mas si la muger otorgare la fianza, será válida en los casos siguientes. 1.º Por causa de libertad, v. g., fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2.º Por razon de dote, v. g., si la ofrece á otra muger para casarse. 3.º Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora, y estando cerciorada del auxilio del derecho fia no obstante, renunciándolo de su

(1) Arg. de la ley 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 2. tít. 12. Part. 5.

(3) L. 5. tít. 12. Part. 5.

(4) Arg. de la ley 1. tít. 12. Part. 5.

(5) L. 2. tít. 12. Part. 5.

(6) L. 45. tít. 6. Part. 1.

(7) L. 2. tít. 12. Part. 5. al fin.

espontánea voluntad. 4.º Si subsiste en la fianza dos años y despues de cumplidos la renova, o entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito. (1) 5.º Si recibe precio por ser fiadora. 6.º Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7.º Si fia por su hecho propio, v. g., á quien la fió ó por su utilidad, ó en otra manera semejante. 8.º Si es instituida por heredera de los bienes del que fió. (2) 9.º Por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido, (3) pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger cuando renuncia espresamente su privilegio, esto no se entienda para que pueda ser fiadora por su marido si fuese casada, ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion. (4)

Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte, puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente y sí el fiador, v. g., si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio. (5) Se exceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres; y así, si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho, no quedaría obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdría la obligacion que

(1) En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad.

(2) Véase la ley 3. tit. 12. Part. 5.

(3) L. 27. §. 5. tit. 11. lib. 9. de la Rec. de Cast.

(4) L. 9. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. que es la 61 de Toro.

(5) L. 5. tit. 12. Part. 5.

hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor, que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor semejante obligacion y cualesquiera contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera clausulas y firmezas. (1)

Del mismo axioma se deduce, que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal, [\*] pues sería cosa ridícula que yo debiese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho, será nula la fianza en que el fiador se obligue a mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el esceso. Este puede ser de cuatro maneras: por cantidad, por razon de lugar, por tiempo y por razon de algun nuevo gravámen añadido á la obligacion. Se obligará en mas del primer modo, cuando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, cuando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado, el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, cuando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve tiempo que el que debía el principal. Y del cuarto, cuando el fiador prometiére pagar puramente, debiendo el principal bajo de condicion. (2) Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion, que establece: que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentó obligarse, (3) no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabía y entendia que se obligaba á mas que el principal y así fué su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obli-

(1) L. 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

[\*] Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y así, segun decíamos poco ántes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

(2) L. 7. tit. 12. Part. 5.

(3) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

garse; pero no si por ignorancia ó equívoco se obligó á más.

Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es, quedar el fiador obligado á pagar, no haciéndolo el deudor en el tiempo que debía. (1) Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, prorata, ó cada uno por el todo; como fiadores, ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra él que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demás; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda. (2)

Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos prorata, quedarán obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligado así. (3) Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos ántes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1.º Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2.º Cuando éste es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él. 3.º Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso si piden término al juez para presentarlo, se les concederá; y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar según se hayan obligado. 4.º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5.º Cuando no oponen la es-

(1) L. 8. tit. 12. Part. 5.

(2) Ll. 8. y 10. tit. 12. Part. 5.

(3) Gregorio Lopez en la ley 3. tit. 12. Part. 5. Febr. librería de escrib. cap. 4. §. 5. núm. 127.

cepcion de la escusion ántes de la contestación. 6.º Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero. (1)

Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal y renunciando el beneficio de la escusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos prorata ántes que él, según se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in sólido*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga á tanto queda obligado. (2)

Los beneficios que competen á los fiadores y de que ya hemos hecho mencion, son tres. 1.º El beneficio de *division*: 2.º el de *orden ó de escusion*; y 3.º el de *cesion de acciones*. El beneficio de la division tiene lugar, cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entonces si todos tienen con que pagar, no estará obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará prorata la parte que le toque. (3) El beneficio de orden ó de escusion, se diferencia bastante del anterior, pues con éste intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen, y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda.

El tercer beneficio es, que el fiador no esté obligado á pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe, pues, el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales ó hipotecarias; y así mismo dar poder al fiador para exigir del deudor principal y demás fiadores lo

(1) L. 9. tit. 12. Part. 5. Febr. libr. de escr. cap. 4. §. 5. núm. 127.

(2) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 10. tit. 12. Part. 5.

que pagó por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto*; (1) y tambien entregarle todos los títulos de legitimidad del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelación y seguridades; porque si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe, pues, el fiador ser compelido á pagar, hasta que se le dé el lasto, no obstante que esté condenado al pago por egecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al que lo renuncia, y así solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio.

Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin espresar por quién la satisface; si por el deudor principal, ó por sí como tal fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entónces no lo hace, no puede pedirselo despues, si no es que ántes pactasen que se lo había de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y así solo tendrá contra éste el regreso por la acción *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal, le competirá únicamente contra él la acción, por la razon espuesta; y así en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demás fiadores, porque por la paga espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ó prorata á los demás fiadores de la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelación del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su acción contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y

(1) L. 11. tit. 12. Part. 5.

pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado, no se estingue ni espira la obligación principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones. (1)

## TITULO XXII.

### DE LAS OBLIGACIONES DE LETRAS.

**H**emos explicado ya todo lo perteneciente á los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: si-guese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas éllas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligación decimos que es: *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale ú otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mútuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona.* (2)

Podemos, pues, reducir esta materia á tres axiomas. 1.º *El fundamento de esta obligación son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creíble que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo, que le había otorgado con la esperanza de que le entregaría el dinero que necesitaba. Si se verificare, pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañarse al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

2.º *Esta obligación solo tiene lugar en causa de mútuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mútuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para introducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demás con-

(1) L. 11. tit. 12. y 45. tit. 13. Part. 5.

(2) L. 9. tit. 1. Part. 5.



tratos: es, pues, muy fácil que el mutuuario se deje persuadir á dar el recibo ó instrumento, ántes de recibir la cantidad que solicita.

3.º *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

Del primer axioma se colige: 1.º Que ántes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace sí, accion de mútuo; pero entonces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion, en virtud del instrumento; pero esta la destruye el reo fácilmente, oponiendo la escepcion de la *non numerata pecunia*. Pero la verdadera accion del contrato de letras que escluye toda escepcion, no compete, sino hasta pasados los dos años. 2.º Que el autor del instrumento, puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentándose al juez, pidiéndole mande al que tiene sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la cantidad de que en éllas se daba por recibido. (1) Mas esta queja, y cualesquiera protestas del reo no tendrán lugar, siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el acreedor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

Aunque nuestro derecho dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuuario ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se dá por entregado en éllas, con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obigue á probarla. Y de aquí infieren nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la cláusula *guarentigia*, [\*]

(1) L. 9. en el medio tít. 1. Part. 5.

[\*] Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa *firmeza, seguridad*. Se reduce, pues, la cláusula llamada *guarentigia* á dar el

pues trae aparejada egecucion, no obstante, sino han pasado los dos años preñidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar egecucion en virtud de él.

Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la egecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se debería decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la egecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque lo reconozca ántes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la egecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio egecutivo; (1) y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en vía ordinaria se le oirá, y probándola en ésta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido. (2)

otorgante poder á todos los jueces, que del contrato que se habla, deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento como por sentençia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera; y así queda él obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello.

(1) Ll. 2. 3. y 19. tít. 21. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(2) Véase sobre este punto á Febrer. juicio egec. lib. 3. cap. 2. § 1. núm. 21. y sig. y § 4 núm. 269. y 270. Gómez tom. 2. Var-resol cap. 6. al núm. 3. y á Sala en la nota al §. un. de este tít.

## TITULO XXIII.

## DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES.

La última especie de contratos nominados es de los que se llaman consensuales, los cuales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llámense, pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mútuo consentimiento, y así en ellos nace la obligacion luego al punto que se convinieron las partes. V. g., entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa; y en el precio, nace la accion de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuario, mientras no se entrega la cosa fungible no nace la accion de mútuo, aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y así producen accion por una y otra parte: v. g., de compra y venta, de locacion conduccion, de mandato &c. ámbas directas, ó una directa y otra contraria. 2.º Todos estos contratos son de buena fé por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mútuamente varios oficios. Segun esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fé; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fé siendo reales. 3.º Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mútuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato.

## TITULO XXIV.

## DE LA COMPRA Y VENTA.

El primero de los contratos que se perfecciona por el consentimiento es la compra y venta, la cual es: un *contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determinada por cierto precio.* (1) Este contrato, pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ámbas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa; pero si se transfiere, ó nó el dominio, no es del caso en la compra y venta.

De esta definicion se infiere claramente cuáles sean los requisitos esenciales de este contrato. Obsérvese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales*, otras que se llaman *naturales*, y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales á un contrato se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio. V. g., sin precio no subsiste la compra, y así no habiéndolo, pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga, y si falta ésta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. Naturales á los contratos son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero por pacto de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato: v. g., en la compra quieren las leyes que el vendedor esté obligado al comprador á la eviccion; (2) con todo, se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello, que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita, por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes: v. g., que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de

(1) L. 1. tít. 5. Part. 5.

(2) Ll. 32. y 33. tít. 5. Part. 5.

una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes; y así, en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

Con lo explicado hasta aquí, se viene en conocimiento, que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato. La 1.<sup>a</sup> el consentimiento: la 2.<sup>a</sup> una cosa vendible; y la 3.<sup>a</sup> el precio. Cualquiera de estas cosas que faltase, dejaría de ser contrato de compra y venta. (1) De estos tres requisitos trataremos en este título.

El primero es el consentimiento, el cual solo, es bastante para producir obligación, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfección á mas del consentimiento, de aquí es, que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa; (2) y así, no se requieren palabras solemnes, escritura, ni aun tradición de la cosa; (3) por lo cual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas, ó procuradores. (4) Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradición de la cosa, pero ésta no es la que perfecciona el contrato, pues aun ántes de que se verifique están obligados los contrayentes; y así, la entrega es una parte de la obligación del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra: no diremos que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, si no que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consecretario admite algunas excepciones, y se dan varios casos en que con solo el consentimiento no está perfecta la compra; v. g., si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ámbos. (5) Si se celebra la

(1) L. 1. tit. 5. Part. 5.

(2) L. 6. del mismo tit.

(3) Arg. de las leyes 6. y 8. del dicho tit.

(4) L. 8.

(5) L. 6. tit. 5. Part. 5., y ley 3. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

venta bajo de alguna condición suspensiva; v. g., te vendiendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofrezca mas: no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año, sin que resulte mejor postor. (1) Si la cosa vendida es de las fungibles y todavía no se ha contado, pesado ó medido. (2) Finalmente, si fuere de aquellas cosas que se acostumbran gustar ántes de comprarse, no se perfeccionará la compra ántes de que se guste. (3)

El segundo consecretario que se deduce de lo dicho, es que ántes de perfeccionarse el contrato, será lícito á los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto, de ninguna suerte, si no es por mútuo disentiimiento. (4) Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa. (5)

Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él, siempre que éstas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfección del contrato; (6) pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar á lo pactado. [\*]

(1) L. 40. del mismo tit.

(2) L. 24.

(3) Dicha ley 24.

(4) L. 6. tit. 5. Part. 5.

(5) L. 7. tit. 5. Part. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(6) L. 7. tit. 5. Part. 5. v. Pero si quando el comprador.

[\*] Con la explicación dada se concilian las leyes 7. tit. 5. Part. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parecen convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley, lo 1.<sup>o</sup> que habla del caso en que no está perfecta la compra; á lo cual dá margen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2.<sup>o</sup> que si se quiere entender de un contrato perfecto, se pueda decir, que las arras serían dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de per-

Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consecutarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos: *un acto de la voluntad con el cual se prueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento, se inclina la voluntad á conseguirla.* De donde se deduce, que impiden el consentimiento: el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho, que en estos casos no vale la venta ó compra, (1) pues no aprobamos libremente aquello á que por fuerza ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse, ó la pública utilidad, ó alguna otra causa favorable. 1.º En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo. (2) 2.º En favor de la religion; v. g., si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3.º en favor de la libertad; v. g., cuando dos tienen un siervo, y uno de ellos lo quiere manumitir: en este caso, el otro está obligado á vender su parte. (3) Tambien puede ser compelido á vender su siervo el señor, cuando lo trata con demasiado rigor, ó no le dá los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon. (4) Hay tambien otros casos que no añaden por no ser largo.

Acerca del dolo ó engaño, qué efectos producirá en la venta, se debe distinguir: si el engañado estaba determi-

nado á vender, ó no: si lo estaba, y solo padeció engaño en el valor ó estimacion de la cosa, subsistirá la venta, con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio; pues si lo fuere, tendrá accion el vendedor á que se le restituya la cosa, ó se le complete el precio. (1) Mas si el que padeció engaño no pensaba vender, ni conocía lo que vendía é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas, que le sugirió el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por ménos de lo que vale la cosa. (2)

Finalmente, el error tambien impide el consentimiento, pues si yerro en la cosa, no consiento en aquella, sino en otra que entónces se presentaba á mi imaginacion. Pero el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental*: Si es esencial, el contrato es nulo: (3) si accidental, subsiste la compra, y se dá al que erró accion para que se le restituya todo aquello que vale ménos la cosa. (4) Llamaremos error esencial, cuando erramos en la cosa misma: v. g., comprando laton por oro; (5) ó en el cuerpo de la cosa: v. g., por comprar á Ticio siervo, comprar á Estico. (6) Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inútil: v. g., si compramos por uno un siervo que es loco ó tullido. Será finalmente accidental el error, cuando erráremos en otras circunstancias de la cosa que no son de tanta entidad. (7)

Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: síguese el segundo, que es *la cosa vendible*. Acerca de esto sea 1.º axioma. *Todas las cosas que están en el comercio se pue-*

- (1) L. 5. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.
- (2) Véase la ley 57. tit. 5. Part. 5. y la ley 3. tit. 11. lib. 5. R.
- (3) L. 21. tit. 5. Part. 5.
- (4) Dha. ley 21.
- (5) La misma ley.
- (6) L. 20. del mismo tit.
- (7) L. 21. tit. 5. Part. 5.

- (1) Véase las leyes 3. y 57. tit. 5. Part. 5.
- (2) Véase á Febrero cap. 7. de la librería de escrib. §. 1. núm. 17. y á Hermosilla en la ley 3. tit. 5. Part. 5. glos. 1.
- (3) Ll. 2. tit. 22. Part. 4. y 3. tit. 5. Part. 5.
- (4) Ll. 6. tit. 21. Part. 4. y 3. tit. 5. Part. 5.

den vender, ahora existan ó haya esperanza de que existan. (1) Segun esto se pueden vender las cosas futuras: v. g., los frutos ó caza del año venidero, (2) las cosas incorporales: v. g., el derecho á una herencia; (3) y aun las cosas ajenas por razon de estar en el comercio pueden ser vendidas. (4) No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho á salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre; sino porque de este contrato nace accion y obligacion, entre el comprador y vendedor. [\*]

Puede tambien venderse la cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciéndosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division. (5)

2.º axioma. *No pueden venderse las cosas que están fuera del comercio.* De aquí se deduce la razon por qué no pueden venderse las cosas sagradas, si no es que se vendan como accesorias á algun territorio ó señorío, (6) ó por causa de necesidad, ó utilidad de la iglesia; (7) ni las cosas públicas, como las calles ó plazas, (8) ni tampoco el hombre libre. (9)

(1) L. 11. tit. 5. Part. 5.

(2) Dha. ley 11. y 12. del mismo tit.

(3) L. 13.

(4) L. 19. tit. 5. P. 5. y ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

[\*] Acerca de este caso dispone la ley 19. tit. 5. P. 5.: que si el comprador sabe que la cosa es ajena cuando la compra, no está el vendedor obligado á restituírle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fé; si no es que se hubiese obligado á ello espresamente. Pero si compró con buena fé, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el comprador, no solo á restituírle el precio, sino tambien á resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Véase tambien la ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(5) L. 55. tit. 5. Part. 5.

(6) L. 15. del mismo y Part.

(7) Ll. 2. tit. 14. Part. 1.

(8) Dha. 1. y 15. tit. 5. Part. 5.

(9) La misma ley 15. y la 8. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

3.º axioma. *Tampoco se puede vender ni comprar isdo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido.* Por esta razon no se pueden vender armas, municiones ni víveres á los enemigos del reino: (1) las cosas venenosas, si no es que se vendan para formar de ellas medicamentos. (2) Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor de hurto. (3)

Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato que es *el precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamenté la palabra *precio*, se pueda llamar así todo aquello que se dá por otra cosa, con todo, en su rigurosa significacion, se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe. (4) De aquí sacamos la diferencia que hay entre la compra y el cambio ó permuta: si se dá dinero contado por la cosa, será compra; y si se dá una cosa por otra, será cambio ó permuta. (5)

A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres condiciones: esto es, ha de ser *verdadero, justo y cierto*. Por verdadero tendrémós á aquel precio que es real, y no imaginario ó simulado; como sería si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda: lo cual no se debería llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien, que el precio debe ser *justo*. Es verdad que cuando éste no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido dañado, se rescindiré ó nó el contrato, segun fuere la

(1) L. 22. tit. 5. Part. 5.

(2) L. 17.

(3) Ll. 16. tit. 11. lib. 5. y 5. tit. 20. lib. 6. de la Rec. de C.

(4) Prólogo y ley 1. tit. 6. Part. 5.

(5) El mismo prólog. y ley 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valia diez se vendió por menos de cinco pesos, estará obligado el comprador á una de dos, ó á suplir el precio justo que valia la cosa al tiempo que la compró, ó á volvérsela al vendedor, tornándole el precio que recibió. (1) La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues. (2) Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna, ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fé en su celebracion, (3) y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años [\*]

Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes; (4) ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á comprar; (5) como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales. (6) Pero en estos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aunque se hubiese renunciado; y se llama así, cuando el precio es dos ó tres tantos menos de la mitad del justo, á diferencia de la enorme, que es aquella en que por la co-

(1) L. 56. tit. 5. P. 5. y ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de C.

(2) La misma ley de Rec. al fin.

(3) L. 2. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

[\*] Para mejor inteligencia de lo dicho, se advierte, que el justo precio, es de dos maneras: uno legítimo, y otro natural. Legítimo es, el que por ley, Príncipe ó república es determinado, y así, consiste en punto indivisible. Natural es, el que tienea las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo é ínfimo: v. g., el medio será diez, el supremo once, y el ínfimo nueve. Para graduar estos precios, no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimación del precio, que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciere, ahora se gane, ó pierda mucho.

(4) L. 3. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(5) L. 6. tit. 11. lib. 5. Rec.

(6) Ll. 18. y 20. tit. 7. lib. 9. Rec. de Cast.

sa se dá poco menos de la mitad del justo precio. (1) [\*]

Finalmente, debe ser cierto el precio, ó por convenion de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse, y así: 1.º Será cierto el precio de la cosa si se deja á arbitrio de un tercero y éste lo señala, á cuya decision se debe estar, si no es que fuese desproporcionado; en cuyo caso, se debe enmendar á juicio de nombres buenos. (2) 2.º Tambien será válida la venta si el vendedor se conviniere á recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco &c., si allí se encontrase alguna; pero no, si nada hubiese. (3) 3.º Será además de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en cuanto se compró, habiéndose verdaderamente comprado por algun dinero. (4) Pero 4.º no valdrá la venta en el caso de que el precio se deje á arbitrio de una de las partes, ó de un sugeto incierto. (5)

Restan todavía varias cosas dignas de saberse, acerca de este contrato. 1.º quiénes pueden comprar y vender: 2.º qué obligacion nace de la compra y venta: 3.º á quién pertenece el peligro de la cosa vendida; y 4.º qué acciones nacen de dicho contrato.

1.º Como segun hemos dicho, la compra y venta se perfecciona por el consentimiento, es evidente, que todos aquellos pueden comprar y vender, que pueden consentir libremente (6) ya sea por palabra, por carta ó mensajero. (7)

(1) Ll. 16. al fin tit. 11. Part. 4. y 56. tit. 5. Part. 5. Véase la Curia Filípica lib. 1. com. terrestre cap. 12. núm. 28, 29, 32, 33 y 34.

[\*] Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormísima, y es, que para remediar la primera solo hay accion hasta cuatro años despues, conforme á la ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.; pero para la segunda, la hay hasta 20 años, como accion personal que es, segun la ley 6. tit. 15. lib. 4. Rec.

(2) L. 9. tit. 5. Part. 5.

(3) L. 10. del mismo tit.

(4) Dha. ley ya citada.

(5) Dicha ley 9.

(6) L. 2. tit. 5. Part. 5.

(7) Ll. 8. y 48. del mismo tit.

Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores, no pueden comprar, ni los mercaderes venderles: (1) como tampoco á los estudiantes, sino interviene permiso del que los tiene en el estudio. (2) Se exceptúa el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses ó cuasi castrenses, que valdría por haberse en éstos como padre de familias. Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno, no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial; (3) y aun de esta suerte, ha de redundar la venta en su utilidad, pues si nó, pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad; y si dichos tutores &c. los compran pública ó privadamente, están obligados á restituirlos con el cuatro tanto, y es nula la venta. (4)

Los clérigos están privados de comprar y vender por vía de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canónico, (5) como por el real. (6) El adelantado y juez tampoco puede comprar por sí, ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado, (7) ni casa, heredad ú otra alhaja raíz en el lugar en que ejercen jurisdiccion; pero sí vender las que tienen en él. (8)

2.º La obligacion que nace de este contrato es, de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con él al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagándolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de él. De aquí es, que

(1) L. 22. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tít. 7. lib. 1. de la Rec. de Cast.

(3) Entiéndese de los raíces y muebles preciosos.

(4) L. 4. tít. 5. Part. 5. y ley 23. tít. 11. lib. 5. Rec. de C.

(5) Concil. Trid. sess. 22 de refor. cap. 1, y la *Bul. Apostolicae servitutis* de Benod. XIV.

(6) L. 46. tít. 6. Part. 1

(7) L. 5. tít. 5. Part. 5.

(8) L. 24 tít. 8. lib. 2. de la Rec.

si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de él, no se transfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion; (1) y así, no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

El vendedor está obligado á entregar la cosa, y mientras que no la entrega, no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar á otro á un contrato que reusa él mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ámbos contrayentes, pues aunque el comprador recibe la cosa, paga el justo precio de élla; y el vendedor aunque recibe el precio, se deshace de su cosa. Ahora, pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ámbos contrayentes, se prestan mutuamente hasta la culpa leve, se sigue, que en este contrato estarán obligados el comprador y vendedor al dolo, culpa lata y leve. (2)

3.º Veamos ahora á quién pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el cual perece la cosa. (3) Por utilidad todas aquellas ventajas ó aumentos que nazcan de la cosa vendida. (4) El sentido pues de la cuestion es este: si una cosa se ha vendido y aun no se ha entregado, y en este intermedio perece por acaso ó se empeora, ¿á quién pertenece este daño? Mas: si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ó mejora; v. g., si en la cosa vendida se encontrase un tesoro, ¿á quién pertenecerá esta utilidad, al comprador ó al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente: que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro, y utilidad de la cosa comprada. (5) Pero se exceptúan cua-

(1) L. 46. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 23. tít. 5. Part. 5.

(3) L. 3. tít. 2. Part. 5. v. *E por ocasion.*

(4) L. 24. tít. 5. Part. 5. v. otro si decimos.

(5) L. 23. tít. 5. Part. 5.

tro casos. 1.º Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor. (1) 2.º Si se pactase que el peligro sea del vendedor. (2) 3.º Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbra gustar previamente, pues ántes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato, (3) aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio. [\*] 4.º Si el vendedor fuere moroso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por éste ante testigos. (4)

De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro, y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podría alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen, que la cosa perece para su dueño; que ántes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor; y que este no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿cómo, pues, ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavía éste dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce; siendo, pues, del vendedor la cosa ántes de la tradicion, ¿cómo ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde: que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igual.

(1) Arg. de dicha ley 23.

(2) L. 39. tit. 5. Part. 5.

(3) L. 24. del mismo tit.

[\*] Acerca de este tercer caso, se debe advertir, que si habiéndose señalado día para gustar, medir ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entónces es de su cuenta el peligro, y no señalándose día, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiéndole citado ante testigos no comparezca á medir, pesarla &c. A mas de esto tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Véase la ley 24. del mismo título.

(4) L. 27. tit. 5. Part. 5.

mente constante en derecho: este es; que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene á saber; de la cosa vendida. Ahora, pues, como el deudor de cierta especie pereciendo ésta, se libra de toda obligacion y nada mas debe, (1) se sigue, que el vendedor si perece la cosa vendida, que era la que debía entregar, se libra al instante; y así, el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños, pertenezcan las utilidades, infirieron legitimamente los jurisconsultos, que debían ser del comprador cuantas hubiese. (2)

4.º Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral; y así, se obliga uno y otro contrayente. Nacen, pues, de él dos acciones. La obligacion de ámbos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aquí sigue, que ámbas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra ó venta*. Estas acciones se distinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa, se llamará *accion de compra*; y si el vendedor solicita que se le pague el precio, se llamará *accion de venta*. Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se dá al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se dá á efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el día del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido; aunque sea por culpa leve. La accion de venta se dá al vendedor que ya entregó la cosa ó á su heredero, contra el comprador ó su he-

(1) Arg. de la ley 41. tit. 9. Part. 6.

(2) L. 23. tit. 5. Part. 5.



redero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga, y la restitution de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por sola culpa leve del comprador.

A mas de las dos acciones ya esplicadas, hay otras dos peculiares del comprador, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raíces, v. g., heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre, ó tributo, ó muebles; v. g., mercaderías, libros; ó semovientes como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ó maldad oculta, lo cual no habiéndosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta, dicha accion llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndosele el precio y volviendo él la cosa. (1)

No intentándose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria ó quanto minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el ménos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio, que le ocultó; de suerte que en el preciso termino de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de éllas, y pasado ninguna puede intentar. (2) Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrá despues pretender cosa alguna. (3) [\*]

(1) L. 63. tit. 5. Part. 5.

(2) L. 65. tit. 5. Part. 5.

(3) L. 66. del mismo tit.

[\*] Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa la vendiere con buena fé, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero sí á volver el mas valor que recibió por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febr. lib. de escr. cap. 7. §. 1. núm. 56.

DE LAS CONDICIONES Ó PACTOS QUE SE PUEDEN PONER EN LA CELEBRACION DE LA COMPRA Y VENTA.

No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos.

Los mas solemnés que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados: *de retrovendendo, comisorio y additionis in diem*. (1) Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad, y condicion de que para cierto dia, mes y año, ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe sin deterioro alguno, volviéndosele el precio; y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciera sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, (2) y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio, y puede el vendedor que darse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se

(1) Ll. 38. 40. y 42. tit. 5. Part. 5.

(2) L. 42. tit. 5. Part. 5.

rescinde y anula el contrato, (1) y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bién que puede elegir uno de dos medios, que son: ó pedir todo el precio, y que entonces subsista el contrato, ó no querer que éste valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion. (2)

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devoliéndole éste la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las expensas hechas en sus labores, y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento. (3)

Cuando se añade el pacto de adiccion ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador, que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devoliéndole el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion. Mas si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion. (4)

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes. 1.<sup>a</sup> Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2.<sup>a</sup> Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofre-

(1) L. 33. del mismo tit.

(2) Dicha ley 33.

(3) L. 33. al fin.

(4) L. 40. del mismo tit.

ce por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3.<sup>a</sup> Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindirá el contrato. (1)

## §. II.

### DEL RETRACTO Ó TANTEO.

**E**l retracto en general, se puede decir que es: un derecho que por ley, costumbre ó facto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer á sí por el mismo precio, dentro del término prefinido por derecho la finca ó posesion vendida á otro.

En España se conocen cuatro géneros de retracto, á que en castellano se llama *tanteo*. El primero es convencional; y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término, ó cuando quiera, restituyéndole el precio recibido; y este es el pacto de *retrovendiendo* de que hablamos poco há. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo, ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del Rey, é informarle del comprador, y precio que por él dá, para que si lo quiere, lo retraiga por el tanto. (2) El tercero se llama de comunion ó sociedad, y le está concedido al sócio ó partícipe en el dominio de algun bien raíz. (3) El cuarto, finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su órden, dentro del cuarto grado civil, recto y transversal, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los meno-

(1) Dha. ley 40. tit. 5. Part. 5. al fin.

(2) Ll. 1. tit. 18. Part. 2. y 2. tit. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(3) L. 55. tit. 5. Part. 5.

res pueden usar de él sus tutores y curadores; y por los ausentes sus apoderados con poder especial. (1)

La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores; ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede, pues, el derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, si no tambien á los naturales, por militar en ellos la misma razon; pero no á los espúrios por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de alguna finca, ó alhaja inmueble patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á extraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, poseerla, es preferido por el tanto al comprador extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tantéo antes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecía, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo, ni con fraude. Y si entonces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano. (2)

Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el sócio ó participe en la finca, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consócio quiere vender su parte á extraño; sino tambien despues de vendida ésta, acudiendo dentro de los mismos nue-

(1) L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real y leyes 6. y 7. tit. 7. lib. 5. del Ordenam. y 230. del Estilo.

(2) L. 7. tit. 11. lib. 5 de la Rec. de Cast. que es la misma ley 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

ve dias concedidos al pariente, y no despues; con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo. (1) Mas esto se entiende cuando ámbos poseen la cosa pro indiviso, pues si está dividida real y demostrativamente y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son sócios, ni tienen comunion en ella.

Siendo muchos los sócios puede cada uno in sólido retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á su tantéo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si el sócio vende á uno de los consócios la suya, no pueden los demás retraerla, ni quitarla por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consócio comprador.

Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion, el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de éste, y el enfitéuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfitéutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió, y á sus sucesores cierto rédito ó pension anual. Ahora, pues, si el señor del dominio directo, ó de la area, ó suelo lo vende á extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfitéuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si éstos venden el útil, puede retraerlo aquel, dentro del mismo término en caso que ninguna pension anual le paguen, pues si la pagan, deben para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tantéo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y si solo al laudemio, que por la venta se cause.

(1) L. 55. tit. 5. Part. 5.

Si el señor y el superficiario ó enfitéuta, concurren con el consanguíneo ó con el sócio, ó con ámbos, preferirán aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelación al superficiario y al enfitéuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca; y al sócio, el superficiario y el enfitéuta. Y si estos tres, y el señor concurren con el consanguíneo, le preferirán por el orden con que quedan nominados; de modo que el consanguíneo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concurra con todos juntos, ó con cada uno solo: el sócio cede al superficiario y al enfitéuta, y éstos dos al señor del suelo. (1)

### §. III.

#### DEL TRUEQUE Ó CAMBIO.

**E**l trueque ó cambio, que tambien se llama permuta, es: *un contrato por el qual se dá una cosa cierta, por otra tambien cierta.* (2) Se diferencia de la venta, en que por esta se dá precio en dinero contado y por el cambio nó, sino una cosa por otra; (3) y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio. (4)

Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera, por palabras simples sin otorgamiento ni promesa; la segunda, por palabras recíprocas de ámbos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera es, cuando se hace el cambio por palabras, y la cumple uno de los dos ó ámbos: y de la misma manera que los que venden, están obligados los que cambian á la evicción y saneamiento de lo que truecan.

(1) L. 13. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) Prol. y ley 1. tit. 6. Part. 5.

(3) L. 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

(4) L. 1. y 4. tit. 6. Part. 5.

Todos los que tienen potestad de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques; y todas las cosas que pueden ser vendidas, se pueden trocar, y al contrario. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiásticas, ha de intervenir licencia del prelado eclesiástico en cuya diócesi están. (1)

No se perfecciona el trueque hecho con palabras simples hasta que ámbos contrayentes se apoderan recíprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, si no entrega al otro la suya no queda perfecto, y puede disolverse, y por no entregarla no incurre en pena, á menos que en la escritura se la impongan, ó que el otro contrayente haya sido dañado. (2)

Si el trueque se hace con palabras y promesa, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce acción y obligación civil; lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples. (3)

### TITULO XXV.

#### DE LA LOCACION CONDUCCION.

**E**l segundo contrato consensual es la locacion conducción: por él *se dá el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga.* (4) Decimos que la locacion es, *un contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade, que por él solo se concede *el uso*, porque aquí no se trata de transferir el dominio como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el

(1) L. 63. al fin tit. 5. Part. 1. y 2. tit. 6. Part. 5.

(2) L. 2. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real y 3. tit. 6. Part. 5.

(3) L. 3. tit. 6. Part. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) L. 1. tit. 3. Part. 5.

depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algún tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se se dice que debe intervenir *alquiler* ó paga determinada, porque si no es así, no será locacion conduccion, sino como dato, ú otro contrato innominado. (1)

Por lo que hace á la division, este contrato se divide, en locacion conduccion de cosa, y se verifica cuando se concede el uso de alguna, por cierta merced: v. g., una casa, un vestido: de obras, cuando se hacen algunas mecánicas conviniéndose en el estipendio; como cuando un sastre cose un vestido por tantos reales en que se convino; ó de obra, cuando se promete hacer alguna por cierta merced: v. g., si la república contrata con un arquitecto que le haga un puente por tantos pesos. Mas en estas especies de locacion se debe observar, que las personas de los que conducen ó alquilan tienen diversos nombres: así, el que toma alquilada una casa, se llama *inquilino*, el que un campo, se llama *colono* ó *arrendatario*, el que tributos ó alcabalas *publicano*, y el que obras *redemptor*.

A mas de esto nuestras leyes distinguen *arrendamiento*, *flete* y *alquiler*. Arrendamiento se dice, la paga que se dá por el uso de una heredad: flete, la que se dá al dueño de un navío por transportar algunos bienes en él de un lugar á otro; y alquiler, la paga que se dá por el uso de cualquiera otra cosa. (2) Generalmente hablando, en este contrato, el que dá la paga se llama *conductor*, y el que la recibe *locador*.

Pasemos á los requisitos esenciales de este contrato, que son del todo semejantes á los de la compra y venta. Así, pues, como para ella eran necesarias tres cosas, á saber: consentimiento de las partes, cosa cierta y precio; del mismo modo para la locacion conduccion se requiere consentimiento, cosa ú obras que se prestén, y alquiler ó merced. Para mayor claridad trataremos separadamente de cada uno de estos requisitos.

(1) La misma ley 1. en el medio.

(2) L. 1. ya citada.

El primero es el consentimiento, porque como hemos dicho, este contrato es consensual que recibe su perfeccion por solo el mútuo consentimiento, de donde nacen los consecutarios siguientes: 1.º Que nace la obligacion y acción de este contrato al momento que convienen entre sí las partes acerca de la cosa, y de la merced ó alquiler. 2.º Que pueden celebrar este contrato todos aquellos que pueden comprar y vender, porque pueden disponer libremente de sus cosas. (1) Pero á los caballeros y oficiales de la corte está prohibido tomar en arrendamiento heredades agenas, (2) porque no se aparten del servicio del Rey á que están destinados. Así mismo los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores mayores, sus oficiales y los de la real casa, comendadores, alcaldes, regidores, alguaciles, oficiales del consejo y otras personas poderosas, no pueden ser conductores, ni recaudadores de rentas reales, ni concejiles de las ciudades en que egercen sus oficios. (3)

Otro requisito esencial para la locacion, es la cosa ú obra que se alquila. Tales son todas las que están en el comercio, sean muebles ó raíces, y aun mas las cosas eclesiásticas, y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad. 2.º Pero las cosas que han de servir de materia á este contrato no deben ser fungibles, pues entonces no será el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio. 3.º Pueden darse en locacion toda especie de obras con tal que sean honestas; (4) pero no las liberales ó que se ejercitan con el ingenio, porque estas no admiten estimacion; y así, no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias, ni los abogados.

El tercer requisito esencial de este contrato, es la merced ó alquiler. Mas así como decíamos, tratando de la compra y venta, que el precio de ella debe consistir en dine-

(1) L. 2. tit. 8. Part. 5.

(2) Dha. ley 2.

(3) Ll. 12. tit. 4. lib. 3. y 4. tit. 5. lib. 7. y 4. 5. 7. y 9. tit. 10. lib. 9. Rec. de Cast.

(4) L. 3. tit. 8. Part. 5.

no contado; del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. De suerte, que conviniéndose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo, v. g., en frutos ó en ganado, ya no será locacion, sino contrato innominado, que podrá ser *do ut des*, ó *do ut facias*. (1) Pero si lo sería, si despues de haberse tratado y concertado la paga que se había de hacer en dinero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entonces no se variaría la naturaleza del contrato. Del mismo modo, así como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, así tambien el alquiler en la locacion conduccion debe ser verdadero, porque si no degenerará en donacion ó comodato. Debe ser justo, porque si nó habrá accion para rescindir el contrato. (2) Finalmente, debe ser cierto, ó por sí ó por relacion á otra cosa: v. g., te alquilo por la paga que Ticio estimare justa. (3) La razon es; porque de otra suerte no convendrían los contrayentes en una misma cosa.

Para que el importe del alquiler ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar; y si nó la hubiere, se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes. (4) Y por lo que hace á los jornales de los obreros está dispuesto que se tasen por los concejos, y que se les paguen cada dia, si ellos los pidieren. (5)

Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que trataremos en varias conclusiones. 1.<sup>a</sup> *El locador debe dar el uso de la cosa prometida.* 2.<sup>a</sup> *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no habiéndolo, al fin del año.* (6) 3.<sup>a</sup> *No pagando al plazo tratado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que ha-*

(1) L. 1. de este tít.

(2) L. 1. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 1. tít. 8. Part. 5.

(4) L. 4. tít. 8. Part. 5.

(5) L. 3. y 4. tít. 11. lib. 7. Rec. de Cast.

(6) L. 4. tít. 3. Part. 5.

*llare en la cosa ó fundo arrendado.* (1) Mas siendo puntual en pagar no puede ser desposeído de la casa alquilada, si no es en cuatro casos. 1.<sup>o</sup> Cuando al locador se le cae la casa en que mora y no tiene otra, ó está enemistado en aquella vecindad, ó si casase á alguno de sus hijos, ó los hiciere caballeros. 2.<sup>o</sup> Si despues de alquilada apareciere que amenazaba ruina si no se reparaba. Pero en estos dos casos, debe el dueño de la casa dar alquilador otra en que more, ó descontarle del alquiler tanta parte, cuánta importe el tiempo que deje de habitar en élla. El 3.<sup>o</sup> cuando el alquilador usase mal de la casa con perjuicio de la vecindad. 4.<sup>o</sup> Cuando hubiese sido el contrato para cuatro ó cinco años con condicion de dar la paga determinada cada año, y pasaren dos sin pagarla. (2) 4.<sup>o</sup> *Ambos contrayentes están obligados á la culpa leve por ser este un contrato que cede en utilidad de los dos.* (3) Pero estará obligado á la culpa levisima el que se ofreciese á transportar de un lugar á otro alguna cosa fácil de derramarse, como vino, áceite; ó de quebrarse, como cristales ó mármoles; y así, deberá poner para el transporte todo aquel cuidado y diligencia que pondría un hombre exactísimo. (4)

5.<sup>a</sup> *Al caso fortuito nunca estará obligado el conductor si no es que lo quiera tomar en sí, ó venga por su culpa.* (5)

Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito, como son lluvias escesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo &c. ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; pero si coge algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó si no entregarle los frutos que haya logrado, deducidas las espensas hechas en sus labores. Mas si la pérdida viniese por su culpa, como si fuese por labrar ó custodiar mal la heredad; ó por espinas ó

(1) L. 5. tít. 8. Part. 5.

(2) L. 6. tít. 8. Part. 5.

(3) L. 7. tít. 8. Part. 5.

(4) L. 8. del mismo tít.

(5) Dicha ley 8.

málas yerbas que en ella nacieren, ó porque dió causa á que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente; y el peligro y daño será de su cuenta, y no de la del locador. (1)

A mas del caso dicho deberá el conductor pagar el arrendamiento aunque no se logren los frutos, si de dos años, v. g., por los que tomó el fundo, en el uno de ellos cogiese tan abundantemente, que alcanzase para satisfacer las expensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniere por acaso, y no por industria extraordinaria del conductor.

Si el arrendador ó arrendatario, murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones recíprocas pasan á los herederos de entrámbos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arrendada fuese el usufruto de una heredad; pues todo lo que es personal espira con la persona. (2)

Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como el, *de locacion conduccion*. Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato: el primero á dar el uso de la cosa, ó á practicar las obras prometidas; y el segundo á pagar la pension ó alquiler.

## APÉNDICE.

### DE LOS CENSOS.

Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aquí se toma: por un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual, procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito.

El censo así definido en general, se divide en enfitéu-

(1) L. 22. tit. 8. Part. 5.

(2) Ll. 2. y 3. tit. 8. Part. 5.

tico, consignativo y reservativo, y de cada uno trataremos separadamente.

## §. I.

### DEL CENSO ENFITÉUTICO.

Censo enfitéutico ó enfitéusis es: un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente ó para largo tiempo, el dominio útil de alguna alhaja raiz por cierta pension anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que concede el enfitéusis. (1) Decimos que es un contrato consensual, porque por solo el consentimiento está perfecto; y así, aunque se requiere escritura es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal. (2) Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfitéuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente: se añade en la definicion, que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio útil; en las cuales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion conduccion y el enfitéusis. El conductor paga alquiler, y el enfitéuta pension. El alquiler debe ser proporcionado á los frutos, y utilidades que produce la cosa: la pension por lo regular es bien corta. [\*] El primero se paga por el uso de una cosa agena; y la segunda se dá de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior, ó directo que reside en el que concede el enfitéusis.

Hemos visto que es el enfitéusis: veamos ahora cuáles

(1) L. 28. tit. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley 28. del propio tit. y Part.

[\*] El Febrero refiere, que en Madrid cada solar que tiene cincuenta pies de frente y ciento de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de cinco mil pies cuadrados ó superficiales, se dá á censo enfitéutico por dos ducados y dos gallinas.

son los derechos del enfiteuta. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, y parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea, pues, el 1.º Que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los extraordinarios como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2.º El enfiteuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que ántes de venderla lo avise al señor del fundo. (1) Mas esta noticia no se le dá porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro alguno; y así, si no declara su voluntad entre dos meses, puede el enfiteuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfiteuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por el cual se vende la cosa ó ménos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfiteusis. (2) 3.º Así como el enfiteuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, así debe sufrir sus cargas, y pagar los tributos que tenga impuestos. 4.º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio, que el señor pueda vindicar la cosa de cualquiera poseedor, se sigue, que el enfiteuta tiene el mismo derecho; y así, puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfiteusis; en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil; del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Las obligaciones del enfiteuta consisten: lo 1.º En pagar el cánon ó pension anual en el tiempo y modo pactado. (3) De otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfiteusis es iglesia, monasterio ú orden; bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años continuos no pague la pension; pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerla dentro de diez días, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarle la alhaja con

(1) L. 29. tit. 8. Part. 5.

(2) Dha. ley 29. tit. y Part.

(3) L. 28.

pretesto de comiso en este caso. 2.º Debe el enfiteuta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que dijimos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste, en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa ajena, el cual cesando, debe tambien cesar el alquiler; mas el cánon ó pension, se paga por el enfiteuta, en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba frutos ó nó; luego en todo caso debe pagar la pension. De aquí mismo se infiere, que perdiendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar la pension, pues de una cosa que ya no existe no hay señor, ni tampoco dominio que reconocer; (1) pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfiteusis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato, se deducen de su misma naturaleza. El 1.º es, la pérdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2.º es, la consolidacion; y así, sea que el señor directo adquiera el dominio útil, sea que el señor de éste, adquiera el directo, se acaba el enfiteusis por consolidarse ó unirse en una sola persona ámbos dominios. El 3.º por prescripcion; de suerte, que si el enfiteuta no paga la pension ó cánon el tiempo de diez años, estando presente el señor y no reconociéndolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4.º es, la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo prefinido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya. (2) El 5.º es, por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta. (3)

(1) L. 23. al med.

(2) Véase la cit. ley 28. tit. 3. Part. 5.

(3) Dicha ley al fin y la 13. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast. y Feb. librería de escrib. cap. 5. §. 1. núm. 11.



Las acciones que nacen de este contrato son dos, y ambas directas, porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato; el señor á entregar el fundo, y el enfitéuta á pagar la pensión. A mas de esto, como es contrato nominado, las acciones tienen su mismo nombre.

## §. II.

### DEL CENSO RESERVATIVO.

**E**ste censo se verifica: cuando uno dá á otro una cosa raíz transfiriendo en él todo el derecho que tiene á élla, esto es, el dominio directo y útil, reservándose una pensión anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario.

Entre este censo y el enfitéutico hay varias diferencias. La 1.<sup>a</sup> que por este se transfieren ámbos dominios, directo y útil, y por el enfitéusis solo el útil pasa al enfitéuta, quedando el directo en el concedente. La 2.<sup>a</sup> diferencia es, que en el enfitéusis si en dos ó tres años no paga la pensión el enfitéuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede así, aunque no se pague la pensión en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condición de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho. (1) La 3.<sup>a</sup> diferencia entre el enfitéusis y el censo reservativo es, que en el primero no puede el enfitéuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso; y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta, todo lo cual falta en el censo.

Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ámbos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo re-

(1) L. 1. lit. 15. lib 5. Rec. de Cast.

servativo ó de enfitéusis. En este caso se deberá decidir la cuestión haciendo una diligente observación de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocación por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo, quedare la duda en pie, se deberá juzgar el contrato ántes de censo reservativo, que de enfitéusis. La razón es, porque en caso de duda debe ser mejor la condición del que posee cuando se trata de gravarlo, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

La justicia y licitud de este censo reservativo es bien clara; porque como el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pensión anual á que se obliga, es muy justo que la pague, para que se guarde entre ámbos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convención, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa raíz fructífera, reservando una pensión anual que se pague á sus herederos, ó á otro que señale. Puede tambien fundarse, ó perpetuo ó redimible, pues no hay razón que impida hacerlo de uno á otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, ántes se deberá juzgar perpetuo, que redimible; así porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa reservándose una pensión, retiene el derecho á percibirla, el cual como sucede en lugar del dominio que tenía ántes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente: como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó extinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado ántes, se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redención es una verdadera venta del derecho de percibir la pensión anual, se deberá pagar por ella alcabala, siempre que se verifique. (1)

(1) Feb. libr. de esrib. cap. 5. §. 3. núm. 49.

## DEL CENSO CONSIGNATIVO.

Este censo se llama así, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto el dominio así útil, como directo que tenía antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó ilícito de este censo, como veremos después.

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta, que causa alcabala desde que se celebra. Puede también concederse por otros títulos como permutación, donación ó en compensación de algunas obras ó por última voluntad; y según varíe el título, variará más ó menos su naturaleza. Por ahora trataremos de él como fundado mediante compra y venta, así porque de esta manera es más frecuente, como por que explicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundación se haga de otro modo.

Se define, pues, el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias, como nuestras leyes, diciendo que es: *una compra por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raíces de otro, adquiere derecho de percibir una pensión anual ó otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes como antes lo era.*

Se dice que el derecho se compra dando cierto precio; por que el censo no se perfecciona por sola la convención como las demás compras, sino que requiere precisamente la numeración ó tradición, ya sea verdadera ó ficta. (1)

En este censo, como se dice en la definición, se compra el derecho de percibir un rédito ó pensión anual, mas no la misma pensión; y así, aunque por lo regular este cen-

(1) En el censo vitalicio la exige verdadera la ley 8. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

so se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se dá dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra, pues no es la pensión lo comprado sino el derecho á percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pensión consiste en dinero, y en frutuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite &c. Pero en este censo consistente la paga en frutos, está espresamente prohibido por nuestro derecho. (1) Por razon del tiempo en que se hace la solución, se divide en censo cuya pensión se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpetuo y temporal. Estas dos especies se subdividen: el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, por lo cual se le dá este nombre; y en redimible que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual también se llama perpetuo, por que no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años: v. g., diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo, en personal y real: personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser más cierto que no puede hacerse fundación de censo en solo persona y no en cosa; y aunque algunos opinan que el día de hoy están aprobados los tales censos personales por una real cédula, (2) expedida á consulta de los cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la real cédula solo es aprobar los contratos, por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los

(1) L. 4. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Real céd. dá 10. de julio de 1764.

mercaderes para cierto tiempo en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. [\*] Pero estos contratos en realidad no son de censo, sino de una cierta especie de compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante convencion.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas, que son las principales. La 1.<sup>a</sup> es, la suerte, ó el precio por el cual se compra, á que llaman *capital*. La 2.<sup>a</sup> la pensión ó rédito que se paga; y la 3.<sup>a</sup> la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el papa S. Pio V, por un *motu proprio* espedido el año de 1569, mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aun-

[\*] Para mayor claridad insertaremos aquí lo dispositivo de dicha cédula de 10 de julio del año de 1764, que dice así. "Por los diputados de los cinco gremios mayores de Madrid, se representó á S. M. que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos &c., y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los gremios, obligándose éstos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el interés el interes de un tres ó dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fé habían estado muchos años, así los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de julio de 1764; señalado de su real mano, vino en declarar, para coitar todo motivo de duda: que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales."

que este no se recibió en España segun una ley de la Recopilacion, (1) con todo, es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frequentisimos en esta especie de contratos. (2)

Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que la pensión que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad segun los tiempos, y las circunstancias de los lugares. En España se ha regulado el tres por ciento, y en América el cinco, (3) siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en él mayor el precio, es decir, debe ser menor la pensión, y señalarse con atencion á los tiempos y provincias en que se funde.

Por lo que hace á la pensión ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, (4) y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley citada muchos censos con nombre de perpetuos ó irredimibles, en los cuales la pensión no consistía en dinero sino en trigo, vino, ú otros frutos, se mandó por otra ley, (5) que todos estos se reputasen redimibles; y así los comprende la citada ley, la que aunque solo habla de los redimibles ó al quitar, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son tan frequentes y aun mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al público y tan general que comprehende aun á los censos fundados au-

(1) L. 10. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) La ley. 6. del mismo tit. 15. lib. 5. Rec., de donde se saca argumento para probar que debe ser el precio de todo censo en dinero contado

(3) L. 15. y 16. tit. 15. lib. 5. de la Rec. de Cast., y para América la real cédula de 13. de marzo del año de 1786.

(4) L. 4. del mismo tit.

(5) L. 7. del mismo tit. 15.

tes de su publicación, con todo, se halla permitida por otra ley (1) la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hay varias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que explicaremos aquí para mayor inteligencia de esta materia. El 1.º es, que el censo se constituya, y funde sobre cosa mueble ó semoviente; y así, debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raíces, (2) los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censalista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.º pacto reprobado es, que el censatario debe pagar los réditos anticipados; el cual se prohíbe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospecha de usura; y así, cumple el censatario con satisfacerlos luego que estén devengados. El 3.º es, que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte, que aunque la alhaja perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y así, si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual proporción la renta, y extinguirse su capital, y si en parte es infructífera, ir en disminución; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censalista, el daño que sobrevenga en la cosa. (3)

Otro pacto que se reprueba en este contrato es, el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo; y así, no se puede quitar ni restringir al censatario la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos, ó última voluntad la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligación de pagar mas pension, sino solamente

(1) L. 16. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ll. 1. y 2. tit. 15. lib. 5 Rec. de Cast.

(3) *Motu propr. de S. Pio V. f. 10.*

te el mismo rédito; pero si será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendría obligación de pagarlo.

La condicion de retracto por la cual el censatario queda con obligación de avisar un mes ántes al censalista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfiteútico. (1)

Falta ahora tratar de los modos por los cuales se distinguen los censos. El 1.º es, por destruccion de la cosa, al cual es semejante: el 2.º que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de élla; pero si la cosa pereciere, ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se extingue el censo por defecto de la cosa, con todo, puede el señor del censo repetir el precio y los daños ó perjuicios que se le hayan seguido por el descuido, ó dolo del poseedor.

Se extingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa; porque como el censo sea una carga pegada á la cosa á manera de la servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librará luego que suelte la posesion de élla. El 4.º modo de acabarse el censo es por prescripcion de treinta años, esto es, cuando el poseedor de una cosa sujeta á censo la tiene todo ese tiempo con buena fé como libre de toda carga, lo que es conforme á la ley de Recopilacion, (2) que pide todo ese tiempo para prescribir, ó extinguir las deudas que no nacen de mera obligación personal, sino de mixta ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fé, porque ésta en el dia parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

Esta prescripcion que extingue el censo, comienza á

(1) *f. 6. de la Bula de Pio V.*

(2) L. 6. tit. 15. lib. 4.

córrer desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los réditos ó pension: esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor, ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzada la prescripción. Ahora, si estinguido el censo por prescripción, se entiendan estinguidas también todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demás, desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripción para cada pension, es cuestion de grande dificultad: puede decirse á ella, que por la misma prescripción, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron también las pensiones. La razon es, porque el censo es lo principal ó la raíz y origen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal, falta lo accesorio.

Finalmente: los censos redimibles se acaban por redencion: esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion; el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre, pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió al acreedor y de este modo estinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino también por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tienen es, porque las extravagantes de Martino V y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de parte de que usan dichas extravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta, que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es licito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores, que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun valdría el pacto de lo contrario, si no es que este gravámen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes; cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para im-probar todos aquellos pactos que por ser demasiadamente molestos y gravosos producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilícito ó usurario.

Finalmente: se debe advertir que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor á redimir el censo cuando se le antoje pedirselo, pues admitido esto, el censo degeneraría sin duda alguna en contrato de mútuo, en el cual, pasado algun tiempo, se puede pedir la cantidad dada para cierto uso, de lo que resultaría que las pensiones que se pagasen serían usurarias, por no provenir de censo sino de mútuo, en el cual, está rigurosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal.

## TITULO XXVI.

### DE LA COMPAÑIA.

El cuarto contrato consensual es la compañía. Pero antes de que veamos su definicion, es menester distinguirla de la comunicacion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen, pues, en que la compañía es contrato, y la comunicacion de cosas, *cuasi contrato*, y así para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invítas las partes: v. g., si se dona á Ticio y á mí una casa. Del contrato de compañía nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion *Hamada communi dividundo*, que es mista de real y perso-

nal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

Es, pues, la compañía: *un contrato consensual por el qual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes, ó sus obras para utilidad comun.* (1) Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura, ni otra cosa, de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo, ó otra cosa de precio estimable, para su comun lucro, aun cuando no se haya verificado la tradicion.

La compañía se divide en universal, general y singular. La primera se verifica cuando los sócios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes, como los futuros, por cualquier título que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos, que había hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno tenía cosa que fuese suya solamente. (2) General se llama la sociedad, cuando los sócios se comunican entre sí todo lo que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte, ó por beneficio de la fortuna. Tal es la sociedad conyugal. Finalmente: compañía singular es aquella que se reduce á bienes y negocios señalados; (3) y esta es frecuentísima entre los comerciantes.

La compañía se contrae por el consentimiento de los sócios, segun hemos explicado ya. Infiérese, pues, de aquí: lo 1.º Que vale la compañía desigual; (4) y así, v. g., si Ticio lleva á la compañía veinte mil pesos, y Sempronio solo diez mil, será tan válida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera será legítima la compañía aunque uno solo ponga el capital, y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir, que las obras á que se obligan el sócio ó sócios, han

(1) L. 1. tit. 10. Part. 5.

(2) Act. Apost. cap. 4. v. 34.

(3) L. 3. tit. 10. Part. 5.

(4) L. 4. tit. 10. Part. 5.

de ser lícitas y honestas, de otra suerte no valdrá la compañía; (1) y así, si uno de los sócios promete emplearse en engañar á los compradores, ó en defraudar los tributos ó alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañía. (2) Finalmente: no es válida la sociedad llamada leonina, en la cual se pacta que toda la utilidad sea para uno, y nada de pérdida, ó al contrario; (3) y se le dió este nombre con alusion á la fábula de Fedro, (4) en la cual se cuenta, que habiendo hecho compañía un leon con el asno y la zorra, para cazar, se llevó él solo toda la presa.

No obstante lo dicho, si alguno ó algunos de los sócios fueren mas hábiles ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ó se espusieren á mayores riesgos, que los consócios, podrán pactar que les toquen mas parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido. (5)

Siguese ver la obligacion que tienen los sócios, la cual se reduce á dos capitulos. 1.º Que un sócio para con otro, está obligado á prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun. 2.º Que la utilidad y el daño, se divida con equidad entre todos los sócios. Por lo que hace á la primera obligacion, se debe notar que el sócio está obligado á la culpa leve; pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve, no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el sócio pone en sus propios negocios. (6) La razon es, porque á sí mismo se debe imputar su daño ó pérdida el sócio que contrajere con un hombre descuidado ó negligente.

(1) L. 2. del mismo tit.

(2) Arg. de la ley ya citada.

(3) L. 4. al fin tit. 10. Part. 5.

(4) Fábula 5. lib. 1.

(5) L. 4. tit. 10. Part. 5.

(6) L. 7. al fin tit. 10. Part. 5.

Es tanta la union que debe haber entre los sócios, que el derecho quiere se vean como hermanos; y así, les concede el beneficio de competencia, esto es, que por razon de deuda no pueda el uno reconvenir al otro, mas que en lo que pueda, quedándole lo preciso para mantenerse. (1) A. mas de esto, si alguno de los sócios tomase alguna cosa de la compañía sin noticia de los demás, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que hubiese pruebas evidentes de éllo. (2)

La otra obligacion de los sócios consiste en la igual division de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad universal, en la cual no se requiere igualdad; y así, si Ticio tiene de caudal cincuenta mil pesos, y Mevio doce mil, y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y este tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto, habiendo contraído compañía universal. Mas en la sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones. 1.<sup>a</sup> Que si al tiempo de celebrar el contrato determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdrá, aunque las partes sean desiguales. (3) Mas, si nada se pactó ántes, se guardará proporcion geométrica, esto es, quanto mas de capital puso uno, tanto mas llevará de utilidad y de daño. (4) Esta proporcion la sacan los aritméticos con la regla que llaman de compañía: v. g., si Ticio puso 18000, Mevio 9000, y Sempronio 3000, y con toda esta suma ganaren 15000, ¿cuánto le tocará á cada uno?

Si uno de los sócios pone el dinero ó la materia, y otro el trabajo, participará de la ganancia segun el pacto que preceda, el cual deberá dar la ley; pero disuelta la sociedad nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo.

(1) L. 15. tít. 10. Part. 5.

(2) L. 17.

(3) L. 4. tít. 10. Part. 5.

(4) L. 3. del dho tít.

Hemos dicho de qué modo se contrae la compañía, y las obligaciones de los sócios; veamos ahora cómo se disuelve. Para esto hay muchos modos. 1.<sup>o</sup> Por muerte aun- que sea de uno de los sócios, y ya sea natural ó civil. (1) 2.<sup>o</sup> Otro modo es el mútuo disentiimiento, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebró. 3.<sup>o</sup> El tercer modo es la renuncia de alguno de los sócios; pero si esta se hizo ántes del tiempo con- venido, ó ántes de fenecerse el negocio para que se formó la compañía, debe satisfacer á los otros los daños y per- juicios ocasionados por este motivo. (2) [\*]

Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal, se hacen comunes las ganancias desde aquel dia entre los otros, y las pérdidas son particulares al que renunció con enga- ño. (3) 4.<sup>o</sup> El cuarto modo es por acabarse el negocio á cuyo efecto se contrajo la sociedad, ó el tiempo por qué se contrajo. 5.<sup>o</sup> El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los sócios hallándose cargado de deudas. 6.<sup>o</sup> El sexto por destruccion de la cosa que era objeto de la compa- ñía. (4) Y el último por mala condicion ó genio de uno de los sócios, ó por no guardarse los pactos del contra- to. (5)

La accion que nace de este contrato se llama *firo sócio*, porque de un contrato nominado cual es la compañía, de-

(1) L. 10. tít. 10. Part. 5.

(2) L. 11. tít. 10. Part. 5.

[\*] Este modo de disolverse, es particular en el mandato y so- ciedad; en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligacion in- víto el otro. En el mandato es la razon, porque se elige la indus- tria de la persona, y si esta no se encuentra en la elegida, es ne- cesario revocarlo. En la sociedad milita otra razon, y es porque este contrato es origen de muchas discordias, y así las leyes favorecen la libertad de cada sócio ántes que dar ocasion á pleitos y mayores daños. A que se agrega que de ningun provecho sería á los demás de la compañía el tener un sócio contra su voluntad.

(3) L. 12. tít. 10. Part. 5.

(4) L. 10. tít. 10. Part. 5.

(5) L. 14.

Be nacer acción de su mismo nombre. Es directa por ambas partes, porque según la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro; y así, se da esta acción á cada uno, á efecto de conseguir del otro todo aquello á que está obligado por razón de este contrato.

## APÉNDICE.

### DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Esta compañía que es especial en el reino de España, se introdujo con atención á la unión íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se extingue con él, sin que tenga lugar en otros, que entre el marido y muger legítimos.

Dicha compañía establecida por las leyes (1) hace que se comuniquen por mitad entre los dos cónyuges, todos los bienes que adquieren ámbos durante el matrimonio. (2) Diferénciase esta compañía de las demás, por la causa que la produce, la cual no es la convención, sino la ley. Fuera de esto, la sociedad conyugal á distinción de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges ántes del matrimonio, sino solamente los que ganaren después, y aun de estos se exceptúan algunos, como veremos más adelante.

En fuerza de esta sociedad todos los bienes que tuvieren y poseyeren marido y muger durante el matrimonio, son y deben reputarse de ámbos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. (3) A más de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aun cuando fuese donación que el Rey les haya hecho á ámbos; pero no si fuese he-

(1) Todo el tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ll. 4. y 5. tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast. y ley 1. y 3. tít. 3. lib. 3. del Fuero Real.

(3) L. 1. dho. tít. 9. lib. 5. Rec.

cha á uno solo. (1) Tiene lugar esta partición de ganancias y utilidades, aun en el caso de que el marido tenga más bienes de patrimonio que la muger, ó ésta más que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieren los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. (2)

Así mismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó muger al tiempo de la separación de su matrimonio, desde el día que lo contrajeron, así industriales como naturales (que son las que el tiempo les hubiere dado) son comunicables entre marido y muger, como bienes gananciales. [\*]

Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El 1.º es por divorcio, pues en este caso el que hubiere dado motivo á él, nada participará de las ganancias. (3) El 2.º cuando cometen delito de lesa-majestad, ú otro por el que según derecho deben perderlos, ó se apartan de la religión católica; pero en estos casos, solo el delincuente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentos hasta que por el erímen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete. (4) Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales,

(1) L. 2. tít. 9. lib. 5. Rec.

(2) L. 4. del mismo tít. y lib.

[\*] Aunque el autor computa el aumento intrínseco de las cosas en la clase de bienes superlucrados para su división entre el marido y la muger, la sentencia más común y corriente es, que el tal aumento cede á favor del dueño de la cosa: no proviene por industria ó trabajo, sino por el tiempo. Proviene de causa anterior que es el dominio particular ó inseparable de la especie, y sigue al señor de la misma. Así se explica el Salas en su apéndice de societate legali inter conjuges tít. 26. lib. 3. de sus comentarios á la instituta, y concuerdan Matienzo, Gómez, Covarrubias, Gutierrez y Molina, en los lugares que cita.

(3) Gómez en la ley 50. de Toro núm. 72.

(4) Ll. 10. y 11. tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast. y 6. tít. 26. P. 7.



sino su dote y arras. (1) Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adúltera. (2)

El 3.º cuando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el Rey ú otro alguno, ó por sucesion, por testamento ó ab intestato de sus parientes. (3) El 4.º cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquirieren, ó sirvieren á espensas de ámbos, serán comunes, porque son frutos suyos, y éstos de cualquier calidad que sean se comunican entre los casados. (4) El 5.º cuando el marido enagena, constante el matrimonio, algunos de los gananciales ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener ésta uso de su dominio, hasta que su marido muere. (5) Mas si por la enagenacion se prueba que la hace con dolo por dañificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El 6.º cuando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido. (6) El 7.º cuando la muger renuncia los gananciales ántes ó despues de haberse casado. (7) El 8.º cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas en las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales

- (1) Ll. fin. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real. 23. tít. 11. Part. 4.  
5. tít. 17. y 6. tít. 25. Part. 7. y 11. tít. 9. lib. 5. de la R. de C.  
(2) L. últ. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real. y 15. tít. 17. P. 7.  
(3) Ll. 1. y 3. tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast.  
(4) L. 5. de dho. tít.  
(5) L. 5. tít. 9. lib. 5. de la Rec.  
(6) Ll. 5. y 11. tít. 9. lib. 5. Rec.  
(7) L. 9. del mismo tít.

debía tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el 9.º cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructíferas de que un tercero tiene el usufruto, y por muerte del usufrutuario recae éste en el dueño de aquella; porque como trae la cosa de pretérito, proviene de la misma por qué se adquirió la propiedad, y se consolida con esta; y así, no tiene estimacion el usufruto adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, pero los frutos que las tales alhajas produjeren, se comunican y deben servir para ayuda á superar las cargas del matrimonio. (1)

Puede tambien pertenecer de algun modo á esta sociedad que hay entre el marido y la muger, lo que disponen varias leyes de la Recopilacion, pues arreglan el manejo de estos sócios. Lo 1.º que la muger no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario. (2) 2.º Que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniéndose por nulo cuanto haga sin este requisito. (3) 3.º Que pueda el marido dar licencia á su muger para todas las cosas referidas, y que precediendo ésta, ó siguiéndose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere. (4)

## TITULO XXVII.

### DEL MANDATO.

La última especie de contratos consensuales es el mandato, cuya naturaleza, divisiones y propiedades investigaremos en este título. Es, pues, el mandato: *un contrato*

- (1) Ll. 4. y 5. tít. 9. lib. 5. Rec.  
(2) L. 1. tít. 3. lib. 5. Rec. de Cast.  
(3) L. 2. de dho. tít.  
(4) Ll. 3. y 5. tít. 3. lib. 5. Rec. de Cast.

*consensual por el cual se obliga uno á tratar, ó administrar. grátiis un negocio lícito y honesto, que se le ha encomendado por otro.* (1) Decimos que es contrato, aunque antiguamente no lo era sino solo un mero encargo que no producía una perfecta obligacion que se pudiese deducir en juicio; pero si era una obligacion imperfecta, y hacía contra la honestidad, y contra la ley de la amistad el que no cumplía lo prometido á su amigo. Así se practicó en los principios, como refieren algunos autores. (2) Pero despues aumentándose mas y mas la mala fè entre los hombres, fué necesario dar al mandato la naturaleza de un verdadero contrato, y en su virtud conceder accion que se pudiese deducir en juicio. Es, pues, un verdadero contrato consensual que requiere el consentimiento de ámbos contrayentes; y así, el que administra los negocios de otro ignorante no se dice que cumple un mandato, ni que esto lo hace en virtud de un contrato, pues no hay consentimiento, sino que solamente interviene un cuasi contrato, á que llama el derecho *negotiorum gestio*. A mas de esto se dice: *que nos obligamos á administrar un negocio honesto que otro nos encomienda en confianza*; porque si no es de esta suerte, por estar el que obedece bajo la potestad del que manda, no será mandato del que hablamos, sino *precepto* que produce obligacion por otros principios. Si no se manda, sino que solamente se procura persuadir á otro que haga alguna cosa dejándolo en libertad para hacerla ó nó, será *consejo*, el cual no produce obligacion, como ni tampoco la *recomendacion*, que se hace en favor de un tercero, no constando de la intencion de obligarse. Finalmente: se añade que ha de ser *grátiis*, porque si el negocio ageno se administra por paga no será mandato, sino locacion ú otro contrato innominado.

Hasta aquí hemos explicado lo que es el mandato: veamos ahora de cuántas maneras puede ser. Uno se llama espreso, porque se hace con palabras, ó proferidas con

(1) L. 20. tít. 12. Part. 5. y la 25. dicho tít. y Part.

(2) Hein. en este tít. y en sus Autóg. Rom. citando á otros.

la boca ó escritas, y otro tácito que se colige por hechos que demuestran el consentimiento: v. g., si uno vé que otro administra sus negocios y calla, ó deja que prosiga, es lo mismo que si se lo mandase. Podemos añadir otro tercer miembro, este es el mandato *presunto*, que se colige de la union ó parentesco: v. g., si el marido administra los negocios de su muger, pues aunque no tenga mandato se presume que lo tiene. Pero en estos casos el derecho siempre exige caucion de que lo hecho se tendrá á bien. Se divide tambien el mandato en general, por el cual se cometen á otro todos los negocios que pueden ocurrir; y especial, cuando se comete uno solo. El primero suele darse con libre, franca y general administracion, y con facultad de poder hacer todo lo que el mandante por sí mismo haría ó podría hacer. (1) Puede ser tambien el poder judicial, por el cual se encomiendan negocios judiciales; ó *extrajudicial*, si se encomiendan negocios domésticos ó *extrajudiciales*. Se dá tambien mandato puro, á dia cierto y bajo de condicion, lo cual es claro por sí mismo.

Ultimamente: hay otras divisiones del mandato tomadas del fin que se tiene en él; y así, se divide en mandato que solo cede en utilidad del que manda, ó en utilidad del que manda y del mandatario, ó en utilidad de un tercero solamente, ó del mandante y un tercero, ó del mandatario y un tercero.

El primer modo es, el riguroso mandato, y es el que cede en utilidad de solo el mandante: v. g., si Ticio encomienda á Cayo que le siga un pleito en juicio. (2) El 2.º modo, cuando el mandato cede en utilidad del que manda, y del mandatario: v. g., si yo mando á alguno que dé mil pesos á usuras á mí, ó á mi mayordomo, para comerciar con ellos; en cuyo caso es manifiesta la utilidad de ámbos. (3) El 3.º modo es, cuando el mandato solo se dirige á la utilidad de un tercero; como si yo

(1) L. 19. tít. 5. Part. 3.

(2) L. 20. tít. 12. Part. 5.

(3) L. 22. al principio.

mándase á uno que se encargue de los negocios de Ticio, ó que salga por su fiador. (1) El 4.º modo se verifica, cuando el mandato cede en utilidad del que manda y de un tercero; como si yo mando á Cayo que compre una hacienda para Ticio y para mí. (2) El 5.º modo se dará si el mandato cediere en utilidad del mandatario y de un tercero: v. g., si yo mando á Ticio que dé á Cayo, que intenta comerciar, alguna cantidad de dinero á usura. (3) Finalmente: suele añadirse otra especie de mandato, y es el que solamente se dirige á la utilidad del mandatario; pero éste verdaderamente mas es consejo que mandato, el cual de ninguna manera produce accion, sino en el caso de que se dé con dolo; es decir, con la mira ó intencion de perjudicar al que recibe el consejo. (4)

Vistas ya las divisiones de este contrato, pide el órden, que tratemos varias conclusiones que se deducen de su naturaleza y muestran lo que es justo acerca de él: sea pues la 1.ª El mandato solo requiere el consentimiento de ámbos contrayentes: y es la razon, porque como hemos dicho, es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos cosas: la una que regularmente se exige que el mandato esté reducido á escritura; mas no porque esto sea necesario para su valor, sino porque de otra suerte no constaria á la otra parte que uno era verdadero apoderado: la otra es, que la ratihabicion se tiene por consentimiento, y se retrotrae al principio del negocio que se practicó sin mandato.

2.ª El mandato no puede tener efecto sino en cosas lícitas, y así no producirá obligacion siempre que se ver-se sobre alguna cosa que sea contra las buenas costumbres. (5) V. g., si alguno mandase á un ladron que mate á Cayo; pues aunque este acepte el mandato, no quedará

(1) L. 21. tit. 12. Part. 5.

(2) L. 21. dho. tit. 12. Part. 5. v. La tercera.

(3) L. 22. del mism. tit. v. La quinta.

(4) L. 23. tit. 12. Part. 5.

(5) L. 25. tit. 12. Part. 5.

obligado á egecutar la muerte. 3.ª El mandato no admite paga estipulada, porque degeneraría en locacion; pero sí admite honorario: y de aquí es, que los procuradores del número, que hay en los tribunales superiores, son verdaderos mandatarios, aunque no se encarguen de los asuntos gráti. 4.ª Nada vale lo que obra el mandatario que escede los términos del mandato; pero si tiene accion á todo aquello en que no hubo esceso. (1) 5.ª El mandatario por lo regular no puede sustituir, si no es que se le conceda esta facultad. La razon es, porque el que manda escoge la industria de la persona, la cual no se encuentra siempre del mismo modo en el sustituto. 6.ª El mandatario está obligado á poner toda aquella diligencia que requiriere el negocio de que se encomienda; y así, deberá aun la exactísima, siempre que admita la administracion de un negocio que con ménos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante. (2)

El mandato acaba de varios modos, que fácilmente se coligen de su naturaleza. El 1.º es por mútuo disenti-miento, pues no hay cosa mas natural que todo se disuelva del modo que se ligó. 2.º Por revocacion del mandato, lo cual puede hacer el mandante sin causa alguna ántes de comenzarse el negocio, y aun despues de comenzado; si no es en el caso de que, ó la parte contraria ó el mandatario mismo lo contradiga reputándose infamado por la revocacion; en cuyo caso ó no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que asigna la ley citada. (3) Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, en la práctica se hace la revocacion, diciendo: *que se revoca el poder dado á fulano, dejándolo en su buena opinion y fama, y sin ánimo de injurarlo.* Con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las cau-

(1) Arg. de la ley 16. tit. 12. Par. 5.

(2) Ll. 26. tit. 5. Part. 3. y 20. tit. 12. Part. 5. y en ella Gregorio López glosa 5.

(3) L. 24. tit. 5. Part. 3.

sas. (1) 3.º Por renuncia hecha por el mandatario, para la cual se requiere justa causa, aun cuando se haga ántes de principiar el negocio. (2) 4.º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos para pleitos, está determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acabe el poder, siempre que la muerte acontezca ántes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder ántes que muera el poderdante, y la demanda está contestada no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tál que no constituyan otro apoderado. (3) De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece ántes de demandar ó contestar, se acaba el mandato; pero ya contestado, deben sus herederos seguir el pleito, en caso de ser idóneos. (4)

Falta explicar las acciones que nacen de este contrato. Estas son dos, directa y contraria, por ser bilateral. La directa se dá al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga, para que cumpla el negocio pactado, y dé cuentas de su administracion. La contraria se dá al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la egecucion del mandato.

## TITULOXXVIII.

### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CUASI CONTRATO.

**H**abiendo tratado ya de los contratos verdaderos, si- guese ahora tratar de los cuasi contratos. Estos son: unos

- (1) Febr. libr. de escrib. cap. 11. §. 1. n.ºm. 22.
- (2) L. 24. tit. 5. Part. 3.
- (3) L. 23. tit. 5. Part. 3.
- (4) Dha. ley 23. en el medio.

hechos lícitos por los cuales quedan obligados aun los igno- rantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presu- me, atendida la equidad. Deben ser hechos lícitos, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligacion de esta natura- leza. Se añade que la obligacion nace en virtud de un con- sentimiento presunto ó ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos, y los cuasi con- tratos; que para aquellos se requiere consentimiento verda- dero, y estos nacen de presunto, ó fingido por el derecho. Mas como las leyes nada fingen sin fundamento, esta fic- cion la tiene en la equidad y utilidad; y así, darémos tres reglas de las cuales se infiere cuándo el derecho puede fin- gir que alguno ha consentido.

1.ª Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad. De este fundamento nace la obliga- cion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gas- tos hechos en la tutela, aun no siendo capaz de consentir por ser infante.

2.ª Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro. De este fundamento, nace la obligacion que tiene de restituir aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

3.ª El que quiere lo que antecede, no debe dejar de que- rer lo que es consiguiente. Por esta regla queda obligado el maestre de un navio á pagarme el daño que se haya causado á mis cosas, habiéndolas recibido para transportármelas.

Aunque son muchos los cuasi contratos, aquí solamen- te trataremos de los principales, que son seis. 1.º La ad- ministracion de negocios ajenos. 2.º La tutela. 3.º La he- rencia. 4.º La comunion de cosas. 5.º La aceptacion de la herencia. 6.º La paga indebida.

1.º El primer cuasi contrato es, la administracion de negocios ajenos. Mas para que se entienda perfectamente qué cosa es, darémos su definicion y la explicarémos con- secutivamente. Es, pues: un cuasi contrato por el cual uno recibe gráti la administracion de algun negocio estrajudicial de otro, ignorándolo él. (1) Se dice que es un cuasi con-

(1) L. 26. tit. 12. Part. 3.

trato, porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ambas partes, éste que de su voluntad manejaba el negocio ajeno, se llamaría mandatario ó procurador, no *negotiorum gestor*. Se dice que se toma la administración de algun negocio de otro *ignorándolo él*, porque si el otro tiene noticia de lo que se hace y calla permitiendo que prosiga, será *mandato tácito*. Se añade que ha de ser *negocio extrajudicial*, porque si uno se ofrece á responder por otro en juicio se llama *defensor*; y de aquí es, que la muger puede hacer este quasi contrato, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente debe ser de *su voluntad y gratis*: de otra suerte será esta administración un negocio innominado, que ni será locacion ni contrato *de ut des*, pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

De este quasi contrato nace una recíproca obligación entre el administrador y el ausente; ó por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, las que veremos aquí.

Las obligaciones del administrador son tres. La 1.<sup>a</sup> es administrar el negocio ajeno útilmente, pues en tanto obliga al ausente é ignorante, en cuanto le promueve su utilidad. (1) De aquí es, que si uno hizo gastos en la cosa de otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá acción contra él para indemnizarse. (2) Pero si el *negotiorum gestor* hizo gastos que parecía que efectivamente promovían la utilidad del otro, y despues no resultó ser así, con todo eso tiene acción para recobrarlos. (3) 2.<sup>o</sup> El administrador de negocios ajenos por lo regular está obligado á prestar la culpa leve; esto es, á poner hasta la diligencia media. (4) Mas algunas veces estará obligado hasta la levisima, como en el caso de que hubiese otro mas diligente que se ofreciese á administrar el negocio. (5) Otras

(1) Ll. 26. y 29. tit. 12. Part. 5.

(2) L. 26. v. E por ende, tit. 12. Part. 5. y la 29. del mismo tit.

(3) L. 28. del mismo tit. y Part.

(4) Arg. de la ley 30. tit. 12. Part. 5.

(5) L. 34. del mismo tit.

veces solo estará obligado á la culpa lata; como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que á no hacerlo él, se hubiera perdido. (1) Finalmente: puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto sería si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente; como si entablase comercio marítimo y pereciese la nave, ú otro semejante; pues en todo caso la pérdida será para solo el *negotiorum gestor*. (2) 3.<sup>o</sup> El administrador de cosas ajenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las espensas. (3)

Las obligaciones del ausente son otras tres. 1.<sup>a</sup> El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso, y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que era de su amigo Ticio. (4) La razones, porque aquí no se requiere verdadero consentimiento, sino que basta para obligar á otro que se haya promovido su utilidad, y nadie duda que esta se puede promover en favor del ignorante, furioso, ó del que está por nacer. 2.<sup>o</sup> No cesa la obligación del ausente si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito: v. g., si yo reedifiqué, ó reparé la casa de Ticio que amenazaba ruina, éste queda obligado á pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha casa perezca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3.<sup>o</sup> Finalmente: el ausente queda obligado á indemnizar al administrador de los gastos hechos en su utilidad. (5) La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.

Las acciones que nacen de este quasi contrato son dos: una directa, y otra contraria. La primera se dá al ausente

(1) L. 30. ya citada.

(2) L. 33 del mismo tit.

(3) L. 31.

(4) L. 31. tit. 12. Part. 5.

(5) L. 28. tit. 12. Part. 5.

te contra el que administró sus negocios, para que dé cuentas, resarza los daños si los hubiere causado, y para todo lo demás á que hemos dicho está obligado el *negotiorum gestor*. La segunda compete al administrador contra el ausente, para que lo indemnice de las impensas necesarias y útiles &c.

2.º El segundo cuasi contrato, es la tutela. Esta se puede considerar de diversos modos: respecto de la república, es cargo público; respecto del pupilo que está bajo de ella, es una cualidad de los hombres que no están bajo de potestad, de los cuales unos están bajo de tutela ó curatela, y otros á nada de esto están sujetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, veremos que nace de un cuasi contrato, porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo, aquí se presume que consiente segun la regla 1.ª dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad.*

La accion que nace de este cuasi contrato se llama accion de tutela, la cual es, ó directa ó contraria. La primera intenta el pupilo, y la segunda el tutor: aquel para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarzan los daños, si los ha habido: éste para que se le indemnice. Estas mismas acciones cuando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman útiles, porque todas aquellas acciones que no nacen de las palabras literalmente tomadas de las leyes, sino de interpretacion sacada de su espíritu, se llaman útiles. Finalmente: estas acciones no se deben confundir con la que se dá contra el tutor sospechoso, ni contra el que dió malas cuentas, pues aquellas nacen de cuasi contrato, y éstas de delito.

3.º y 4.º El tercer cuasi contrato es la herencia, y el cuarto la comunión de cosas. Propiamente hablando, una y otra son derecho en la cosa: esto es, un derecho hereditario, y un dominio comun ó que pertenece á muchos; pero la administracion de una hacienda ó de otra cosa comun, es cuasi contrato, porque el que administra, se

presume que consiente en dar cuentas con exactitud y en hacer á su tiempo la division, (1) siendo constante que quien quiere lo que antecede, debe querer lo que es consiguiente. Así mismo aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finge que consiente y se obliga á indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro. (2)

5.º El quinto cuasi contrato es, la aceptacion de la herencia. El heredero, pues, por este acto cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que se obliga á pagarles sus legados y fideicomisos. (3) Mas á los acreedores del difunto queda obligado en virtud del contrato mismo por que se obligó él, pues representa en todo su misma persona.

La accion que nace de este cuasi contrato, se dá á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento, contra el heredero que aceptó la herencia, para que les pague cualquiera cosa que les toque en su virtud, con sus frutos y acciones.

6.º El último es, la paga indebida, la cual es: *un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho ha pagado algo que ni aun naturalmente debe, se presume que obliga al otro á la restitucion de lo que por ignorancia recibió.* (4) Se dice que es un cuasi contrato, porque como ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiere recibido á mútuo.

Mas para que haya lugar á la repetición de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definición dada, estas son: 1.ª en el que paga, ignorancia; 2.ª que lo pagado no se deba; y 3.ª en el que recibe, buena fé. Por lo que hace á lo primero, hemos dicho, que en el que paga se requiere ignorancia; porque

(1) Principio del tit. 15. Part. 6. y L. 6. del dho. tit.

(2) Dicha ley 6. al fin.

(3) L. 3. tit. 9. Part. 6.

(4) L. 28. tit. 17. Part. 5.

si á sabiendas paga lo que no debe, se presume que do-  
na. (1) Mas la ignorancia puede ser de derecho ó de he-  
cho: el que paga por ignorancia de derecho no puede re-  
petir en castigo de faltar á la obligacion que todos tienen  
de saber las leyes; si no es que sea soldado, muger, me-  
nor de 25 años ó labrador, que están escusados. (3) El  
que pagó por ignorancia de hecho tiene repetición, por-  
que en esto puede cualquiera padecer engaño. (3)

Se requiere en segundo lugar, que la paga sea indebi-  
da. Mas una cosa puede ser indebida, ó porque aunque se  
debe naturalmente no se debe por derecho civil; ó porque  
aunque se debe por este derecho, no se debe por el natu-  
ral; ó porque de ningun modo se debe. En el primer ca-  
so no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió  
tiene justo derecho de retención, (4) lo cual no sucede en  
los dos posteriores, y por eso se concede repetición.

Finalmente: en el que recibe ha de haber buena fé;  
pues si sabe que nada se le debe y con todo recibe, es  
ladron, aunque por ser esto difícil de probar no se le re-  
convendrá con la acción de hurto, sino con la de este cua-  
si contrato, que se llama condicción, ó acción para cobrar  
lo pagado indebidamente.

## TITULO XXIX.

### POR MEDIO DE QUE PERSONAS SE ADQUIERE LA OBLIGACION.

Este título es el mismo que el IX del libro II.º, pues  
por las mismas personas por quienes adquirimos las cosas,  
adquirimos las obligaciones; por lo cual se omite tratar de  
él por no haber otra cosa que añadir.

(1) L. 30. tit. 14. Part. 5.

(2) L. 31. tit. 14. Part. 5.

(3) Arg. de la ley 31. ya citada.

(4) Arg. de dicha ley 31.

## TITULO XXX.

### DE LOS MODOS DE DESATARSE LAS OBLIGACIONES.

Hemos concluido ya la materia de contratos: mas  
como no solo importa saber cómo se contraen las obliga-  
ciones, sino tambien cómo se disuelven despues de con-  
traídas; síguese ahora tratar de esto en el último título de  
este libro.

Toda obligacion se quita, ó *ipso jure*, ó mediante al-  
guna escepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso jure*,  
cuando el modo de disolverla surte su efecto desde el ins-  
tante en que existe, sin necesidad de que se oponga esce-  
pcion alguna; v. g., en la compensación. Por el contrario:  
se quita la obligacion mediante escepcion, cuando no se  
disuelve hasta el momento en que se opone: v. g., la  
deuda contraída por un hijo de familia que recibió á mú-  
tuo. En este título se trata de los modos de disolverse  
la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras: ó co-  
munes á todos los contratos, ó propios y peculiares de al-  
guno: v. g., la paga es comun á todos los contratos; y  
así, de este modo se acaba la obligacion del mútuo, como-  
dato, compra &c. Por el contrario: por el mútuo disen-  
timiento solo se desatan los contratos consensuales: la razon  
es, porque no hay cosa mas natural como que todo se  
disuelva del modo que se unió. Los modos comunes de  
disolverse los contratos son seis: 1.º la solución ó paga-  
2.º la compensación: 3.º la confusión: 4.º la oblacion y  
consignación: 5.º la destruccion de la cosa; y 6.º la  
novación. (1) Entre los propios no contaremos mas que  
el mútuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa  
que llamaban los antiguos aceptación, puede tener entre  
nosotros lugar en todos los contratos.

El primer modo de quitarse cualquiera obligacion, es  
la solución ó paga, la cual es: una verdadera entrega de

(1) L. 2. tit. 14. Part. 5.

aquello que se contiene en la obligacion. (1) Se requiere una verdadera entrega, para que se distinga de la compensacion: porque aunque dice un prologo de derecho, que *compensar es pagar*, se entiende en cuanto al efecto, el cual es el mismo que cuando realmente se paga. Pero hablando en rigor, la compensacion no es la paga de que aquí hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue, que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí, ó por otro, ya sea ignorante ó invito, (2) pues siempre se estingue la obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice, no tiene accion contra él por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos. A mas de esto la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe, y no una cosa por otra, si no es que consienta el acreedor. (3) En tercer lugar, se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno debe ser forzado á recibir paga hecha por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas. Uno de ellos es la facilidad con que se disipa el dinero recibido en porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo que se trató, y el que paga mas tarde, ó de otra suerte de cómo se convino, queda obligado á pagar á su acreedor los daños y perjuicios. (4)

Finalmente: el efecto que produce la paga hecha como hemos insinuado es, estinguir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la obligacion principal, deben tambien cesar las accesorias; se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas é hipotecas, si las hubiere. (5)

(1) L. 1. y 5. tit. 14. Part. 5.

(2) L. 3. al fin v. E non tan solamente tit. 14. Part. 5.

(3) Dha. ley 3. en el principio.

(4) L. 3. y 8. del mismo tit.

(5) L. 1. tit. 14. Part. 5.

El 2.º modo comun á todas las obligaciones es la compensacion, la cual no es otra cosa, que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor. (1) Veamos ahora sus requisitos y sus efectos. Los requisitos son tres. 1.º Que una y otra deuda sea eficaz, líquida y pura; porque una deuda eficaz ó innegable, no se puede compensar con otra ineficaz, ó acerca de la cual se pueden oponer escepciones, como tampoco una líquida y determinada, con otra ilíquida, ni una pura, con otra condicional; porque en todos estos casos es incierto si se debe, ó á lo ménos cuánto se debe. (2) El 2.º que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por lo cual un género con otro, no se puede compensar: v. g., Ticio me debe un libra, y yo á él un caballo, en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3.º que uno mismo sea deudor y acreedor; y así, si mi hermano debe á Ticio cien pesos, y yo le debo á él otros tantos, no podrá haber compensacion, porque no es uno mismo el deudor y el acreedor. (3) El efecto de la compensacion es el mismo que el de la paga; pero si las deudas son de diversa cantidad, la deuda mayor se disminuye todo aquello que importa la menor: v. g., Ticio me debe mil pesos, y yo á él seiscientos, en este caso por la compensacion se disminuye la deuda de Ticio á cuatrocientos pesos, los cuales solamente tendrá que pagarme.

El 3.º modo de quitarse la obligacion es la confusion, por la cual entendemos aquí, el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion, es claro, porque ¿quién podrá ser deudor y acreedor de sí mismo? Este caso se puede figurar en la herencia: v. g., Ticio me debe mil pesos: al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento: si yo acepto la herencia, por el mismo hecho me hago acreedor de mí mismo,

(1) L. 20. del mismo tit.

(2) Dha. ley 20. al fin.

(3) L. 21. tit. 14. Part. 5.



porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabará la obligacion.

El 4.º modo por el cual se puede quitar toda obligacion, es la oblacion, y consignacion de la deuda. Este tendrá lugar siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ó porque no quiere ó porque no puede: v. g., uno me vendió á mí una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura mientras no se los pagase: pasado algun tiempo le ofrezco el dinero, y él no lo quiere recibir por continuar percibiendo las usuras: en este caso puedo usar de la oblacion y consignacion. Esta, pues, es: un modo de quitarse la obligacion por presentar el deudor al juez y depositar, toda la suma que debe á su acreedor, á quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conveniente, y no ha querido ó no ha podido recibírsela. (1) Se requiere, pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor en tiempo y lugar conveniente, y que éste no lo haya recibido; y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1.º Que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado. 2.º Que cesan de correr las usuras. 3.º Que si por algun caso se pierde el dinero en el dicho depósito, no se pierde para el deudor, sino para el acreedor. (2)

Síguese la destruccion de la cosa, por la cual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber cómo y cuándo se quitará la obligacion de este modo. La cosa adeudada puede ser género, v. g., un caballo; ó especie, v. g., tal caballo; ó cantidad, v. g., cien pesos. Si se debe género ó cantidad, la pérdida ó destruccion de la cosa no libra, porque el género y la cantidad nunca perecen. Pero si se debe una determinada especie, v. g., esta casa, ó tal ca-

(1) L. 8. tit. 14. Part. 5.

(2) L. 8. ya citada al fin.

ballo de la caballeriza, pereciendo dicha especie, se estinguió la obligacion. (1) La razon es, porque lo que ya no existe es imposible entregarlo. Se exceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si éste fuese moroso en entregarla, pues entonces deberá pagar la estimacion de la cosa perdida. (2)

El 6.º y último modo comun de quitarse las obligaciones es, la novacion, que no es otra cosa que una transfusion ó translacion de la primera deuda y obligacion en otra nueva obligacion, civil ó natural, sin intervencion de nueva persona; de suerte, que la primera queda estinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses en élla pactados, estando hecha legítimamente. (3)

La novacion es de dos maneras; una que se llama voluntaria, y otra necesaria: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes mediante alguna convencion: v. g., convenimos en que el dinero que tengo en depósito lo tenga á mútuo: aquí ninguno nos precisa á novar; y así, esta novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la litis contestacion, la cual se llama *aumentativa ó cumulativa*, porque no estingue la obligacion primera, ántes bien la robustece y fortifica mas; v. g., debo cien pesos en virtud de mútuo: se presenta el acreedor contra mí para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándolo yó se hace novacion, y debiendo ántes solamente por mútuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la litis contestacion; y así, cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvendrá por el actor con la accion de mútuo, sino con la accion de cosa juzgada. (4)

Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y así, porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer con-

(1) L. 9. tit. 14. Part. 5.

(2) Dha. ley 9.

(3) L. 15. tit. 14. Part. 5.

(4) Véase á Febr. del juic. egec. lib. 3. cap. 2. §. 4. núm. 220 á 222.

trato, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto, no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte espresamente. [\*]

Síguense ahora los modos peculiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponían los antiguos la aceptilacion, y el mútuo disenso. Por aceptilacion entendían el darse uno por recibido de lo que se le debe y perdonarlo al deudor, el cual se puede tener en el dia por modo de disolverse qualquiera obligacion, no solo las verbales como querían los romanos; de suerte que entre nosotros no habrá mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones que el mútuo disenso. Este no es otra cosa, que una convencion contraria á la primera, que todavia no se habia cumplido por ninguna de las dos partes: v. g., habia yó convenido con Ticio en que le compraría tal cosa en dos mil pesos, y despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, éste será mútuo disentimiento. Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contratos consensuales ántes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque pueden apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas es hacer un nuevo contrato que disolver el primero.

[\*] Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen á la novacion en una que se hace sin delegacion, y otra con ella. La primera se hace, cuando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La segunda es, cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede verificar de tres modos: 1.º Mutando la especie de obligacion; v. g., debia ántes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo: 2.º Añadiendo, ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. g., ántes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con usuras: 3.º Si nada se muda sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal; y esta es la que se llama espresion. Véanse algunos casos de novaciones ménos propias que trae Febrero en el lugar ya citado número 223.

## LIBRO IV.º

### TITULO I.º

#### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE DELITO.

Todo derecho á la cosa, segun se ha dicho arriba, nace de la obligacion. Esta trae su origen, ó inmediatamente de la equidad ó mediante algun hecho, el cual es, ó lícito ó ilícito. El lícito lo hemos llamado convencion, tratando de los contratos. Mas como el hecho ilícito, que es otra fuente de diversas obligaciones, se llama *delito* ó *maleficio*, síguese ahora tratar de los delitos.

#### §. I.

#### DE LOS DELITOS EN GENERAL.

Por delito entendemos: *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien lo ejecuta, así á la restitution, como á la pena.* (1) Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos están escluidos los pensamientos. (2) *Ilícito*, porque cuando no hay ley que pro-

(1) Pról. del tít. 1. Part. 7.

(2) Tit. 31. Part. 7. No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda acción contraria á la ley divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública, ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro, consentido interiormente con deliberacion, es pecado, y pecado grave; pero ni es delito, ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenían de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ileso la sociedad, porque de su conservacion y buen

hiba, sea natural ó civil, no se delinque obrando. Debe ser cometido voluntariamente, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar. [\*] Finalmente: se añade que por el delito se obliga quien lo comete á la restitucion y á la pena; porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar el daño hecho á otro, y la infraccion de las leyes: lo primero solo se puede subsanar por la restitucion

orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones esternas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado. El hombre aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, como criatura con su Criador. Toda accion que de cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de éste, depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe egecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que, si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad que es su verdadero y principal fin, conseguirían destruirla. Además de que tampoco sería posible castigarlos por su multitud. Lardizabal Disc. sobre las penas cap. 4. §. 1.

[\*] Aunque el ébrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debía hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo, debe ser castigado como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto ninguno á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Pítaco se dice, que imponía dos penas al que cometía un delito estando embriagado. una por el delito, y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena. *El mismo.*

en cuanto fuere posible: y por lo segundo es justo que sufra la pena.

Todo hecho ilícito puede traer su origen ó de dolo, esto es, de intencion directa de dañar, y entonces se llamará delito verdadero; ó de culpa lata, esto es, de descuido y negligencia, y entonces es cuasi delito: (1) v. g., si un juez dá una sentencia injusta por dañar á otro, comete un delito verdadero, pero si lo hace por ignorancia será un cuasi delito. Los verdaderos delitos, de que trataremos primeramente, ó son públicos ó privados. Delitos públicos son aquellos que se dirigen principalmente contra el estado de la república, y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente delitos, y tambien crímenes: v. g., el delito de lesa-magestad ó de traicion. Delitos privados son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen maleficios.

La diferencia de delitos públicos y privados, no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primeramente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, si no es que le esté espresamente prohibido. En este sentido por nuestro derecho, todos los delitos son públicos, (2) á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder, sino á pedimento del marido, (3) y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado. (4)

Los delitos en general tambien se dividen en ordinarios y extraordinarios: aquellos son los que tienen pena señalada por ley, y estos los que se vindican fuera del orden, por no haber pena determinada en derecho. Esto

(1) L. 1. tít. 31. Part. 7.

(2) L. 28. y sig. tít. 1. Part. 7.

(3) Ll. 3. tít. 7. lib. 4. Fuero Real. y 2. tít. 19. lib. 8. Rec. de C.

(4) L. 4. tít. 10. lib. 3. Rec. de Cast.

puede acontecer entre nosotros raras veces, porque las leyes han sido tan prolifas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy extraño no la tendría señalada. Lo que sí sucede frecuentemente es, que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar á los reos, así por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo porque la mayor parte de nuestras leyes penales ha perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notarémos en cada delito.

Finalmente: hay unos delitos meramente eclesiásticos, otros meramente seculares, y otros mistos. Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos: v. g., los delitos comunes de los clérigos, la simonía, la heregía. (1) Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares, ó por estar solamente sujetos á su jurisdiccion los delinquentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil, y no por el canónico, á quien directamente no pertenece su castigo: v. g., el delito de traicion, de falsedad. &c. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiásticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero*: v. g., la usura sacrilegio, blasfemia. &c.

Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente, que los reyes en virtud de la suprema potestad, que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del estado, podian poner las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos atentos siempre al obsequio y reverencia debida á la iglesia y á sus ministros, la defirieron la autoridad de juzgar las causas criminales de éstos, (2) aunque con algunas limitaciones, pues no todos los delitos de los eclesiásticos quedaron sujetos á su

(1) L. 52. tit. 6. Part. 1.

(2) Vanesp. Part. 3. tit. 3. cap. 1.

jurisdiccion. Se debe, pues, distinguir entre sus delitos, unos que podemos llamar *comunes*, y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa-magestad, el de parricidio, homicidio incidiioso, y otros en que importa el pronto y severo castigo por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la real, cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí, hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe remitir al consejo para lo que haya lugar. (1)

En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiástico falsificador del sello real, y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes. (2) Pero en semejantes casos para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes, sin que preceda la degradacion y libre entrega, (3) remitiendo al efecto las causas á los pre-lados respectivos.

El efecto de los delitos es, que de ellos nacen regularmente dos acciones: una persecutoria de la cosa ó del daño, y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria, si la hay impuesta. (4) En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos civilmente: mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte, se dirá intentarse criminalmente.

Entre los dos géneros de acciones esplicadas hay varias diferencias. La primera: que las persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo ménos en cuanto hubie-

(1) Real órden de 19 de noviemb. de 1799, y circular de 15 de setiemb. de 1815.

(2) L. 60. tit. 6. Part. 1.

(3) Bened. XIV. de syn. Dioeces. lib. 9. cap. 6.

(4) A.g. de las 41. y 25. tit. 1. y 18. tit. 14. Par. 7.

ron del difunto: mas las penales no, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda: que las persecutorias no infaman como por lo regular las penales. Tercera: en las persecutorias si los delinquentes son muchos, todos están obligados *in sólido*; pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno. De aquí se infiere, que las acciones rei persecutorias y penales, no se destruyen mutuamente, de suerte que intentada una, no se pueda intentar la otra. Lo que sí puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ámbas cosas.

Por pena entendemos: un mal que se hace sufrir á los delinquentes para satisfaccion y venganza de los delitos que han cometido. (1) Entre éstas, unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural ó civil: v. g., la horca, el destierro perpetuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan á la pérdida de la vida, como azotes, infamia &c. (2)

Veamos ahora los delitos en particular, y primeramente los que el derecho de romanos llama *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

## §. II.

### DEL HURTO.

El hurto no es otra cosa: que una *contractacion* [\*] *fraudulenta de la cosa agena mueble, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar.* (3) Decimos que el hurto

(1) L. 1. tit. 31. Part. 7.

(2) Arg. de la ley 4. tit. 31. Part. 7.

[\*] Se usa de la palabra *contractacion*, que es latina, derivada del verbo frequentativo *contracto*, *contractus*, por no encontrar en nuestra lengua castellana voz, que segun la acepcion del derecho sea tan significativa, ni que tan propiamente espese el acto con que el ladron hecha mane á la cosa agena, la toma y se apodera de élla.

(3) L. 1. tit. 14. Part. 7.

es *contractacion*; porque no solamente es ladron el que se lleva la cosa agena, sino también el que la mueve de su lugar con intencion de llevársela. De aquí se infiere, que si alguno encuentra al ladron en su casa en el acto preciso de hurtar, deberá éste ser castigado como tal, aun no habiendo transportado la cosa; y que no merecería sino pena extraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar, pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una *contractacion fraudulenta*, así porque el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarlo de la rapiña, que es el acto de quitar una cosa á otro, no fraudulenta, sino violentamente. Pero se infiere de aquí, que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes, ni próximos á la infancia; (1) porque hasta esa edad no son capaces de dolo. [\*] Pero si lo cometerán los próximos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad. Decimos que el hurto há de ser *de cosa agena*, porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaría hurto, por ser comunes. De aquí se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya: [\*\*] y mucho ménos de la que sea de ninguno, pues ésta debe ser del primero que la ocupó. Así mismo se deduce la razon por qué no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno; pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con los frutos, y es castigado, aunque no como ladron. (2) Decimos tambien, que esta substraccion de la cosa agena

(1) L. 17. tit. 14. Part. 7.

[\*] Próximo á la infancia se llama en las leyes, el mozo mayor de siete años, y menor de diez y medio, pues de ahí adelante se llama próximo á la pubertad.

[\*\*] Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su crédito, aun siendo señor de élla, pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego hablando de las divisiones del hurto.

(2) L. 21. tit. 14. Part. 7.

debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si esta se presume se supone de buena fé, no habrá hurto. (1) Asi mismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad extrema no es hurto, porque ó no es contra la voluntad del dueño, ó á lo ménos no lo es contra una voluntad racional. Aunque se añadá, que en este caso las cosas se hacen comunes.

Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, á lo ménos en cuanto á los efectos civiles, pues en lo moral peca, y es un verdadero ladrón, pero no nace acción de hurto, ni se le impondrá la pena de tál. Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido, y del siervo respecto de su señor. (2) Finalmente: se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando ésta, será otra especie de delito; y así, si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi cosa para dañarla ó para injuriarme, no comete hurto. (3)

Dividese este delito en hurto de cosa, de uso, y de posesion. El primero es tomar una cosa ajena mueble, porque si fuere raíz, no será hurto, sino fuerza ó violencia. (4) Hurto de uso se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa ajena, usa de ella de otra suerte de cómo debía, contra la voluntad de su señor: v. g., si usa de una cosa dada en comodato para mas tiempo del que se le concedió. (5) Finalmente: hurto de posesion se comete cuando se toma la cosa propia justamente poseída por otro: v. g., si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le había dado por prenda. (6)

Se divide tambien el hurto en manifiesto, y no manifiesto. Manifiesto se dice cuando el ladrón es hallado, ó en el acto mismo de hurtar, ó con la cosa hurtada en la

(1) L. 1. tit. 14. Part. 7.

(2) L. 4. en el princ. tit. 14. Part. 7.

(3) L. 1. tit. 20. Part. 7.

(4) L. 1. tit. 14. Part. 7.

(5) L. 3. tit. 14. Part. 7.

(6) L. 9. tit. 14. Part. 7.

casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro; pero antes de transportarla á aquel á donde intentaba, ahora fuese preso, hallado ó visto por el dueño, ó por cualquiera otro. No manifiesto es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el camino es visto ni aclamado como ladrón. (1) Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la práctica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos después.

De mas utilidad es la division del hurto en simple, y calificado. Simple es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. Calificado es aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas. (2) El hurto simple se subdivide en grande y pequeño: es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche; por la primera, segunda ó tercera vez; en la ciudad ó en los caminos: todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto, y la pena que se le debe imponer. (3)

### §. III.

#### DE LAS ACCIONES QUE COMPETEN CONTRA LOS LADRONES, Y PENAS QUE LES IMPONE EL DERECHO.

Dijimos, hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó criminalmente: si intentáremos la acción civilmente, tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecuniaria, siempre que la haya establecida por las leyes, á mas de la

(1) L. 2. tit. 14. Part. 7.

(2) L. 7. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast.

(3) L. 18. tit. 14. Part. 7. y ll. 7. y 9. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast.

restitucion de la cosa ó satisfaccion del daño; pero si se intentare criminalmente, se le castigará corporalmente con la pena impuesta al delito para escarmiento de otros malhechores; como v. g., con azotes, destierro &c.

En el hurto, pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion á aquel que se la hurtó, [\*] debe el ladron si el hurto es manifesto, pagar además el quatro tanto del valor de la cosa, y en el no manifesto el dos tanto ó duplo; (1) estendiéndose esta pena contra los que dan ayuda ó consejo tal, que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho. (2) Pero convienen todos en que estas penas pecuniarias impuestas á los ladrones, no están en uso, sino solo las corporales que diremos, ú otras á arbitrio del juez atendidas las circunstancias; precediendo siempre que sea posible la restitucion de la cosa hurtada y satisfaccion de perjuicios.

Acerca de los hurtos simples y calificados está dispuesto, que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de verguenza y seis años de galeras, ó á algun presidio. (3) Por el segundo cien azotes y diez años de destierro. (4) Posteriormente se ha declarado, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, segun y cómo se re-

[\*] Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen tambien contra los herederos, segun hemos notado yá; pero el cuádruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron, y no contra sus herederos; si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito, por ser ésta accion puramente penal. Así lo dispone la ley 20. tít. 14. Partida 7.

(1) L. 18. tít. 14. Part. 7.

(2) L. 4 del mismo tít. Ant. Gómez var. resol. cap. 5. núm. 4.

(3) Ll. 7. y 9. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. y la 18. tít. 14. Part. 7.

(4) L. 7. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. y Prag. de 19 de marzo de 1771.

gular la cualidad del delito, teniendo presente para ello; la repeticion ó reincidencia, el valor de lo hurtado, la calidad de la persona á quien se hurtó, y la del delincuente &c.; y esto es lo que se practica, por ser difícil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto. (1) Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como á ladron famoso; (2) con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demás circunstancias. (3)

En el hurto calificado se debe imponer pena de muerte, aun por el primero en los casos siguientes. 1.º Si fuere ladron conocido que públicamente robase en los caminos. 2.º Si fuere corsario ó ladron que roba en el mar con navíos armados. 3.º Si fuere ladron que entrase por fuerza á la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas. 4.º Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada. 5.º Si algun oficial del Rey, que tuviese en guarda algun tesoro ó hubiese de recoger sus pechos, ó sus derechos, hurtare ó encubriere alguna parte de ello. 6.º Si el juez hurtase el dinero del Rey ó de algun concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos, y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos, tienen pena de muerte. (4) Tambien se debe imponer la misma pena á los ladrones de béstias y ganados, á que llaman *cuatreros*, en el caso de que lo acostumbren y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero si se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan número de béstias suficiente á llamarse grei; v. g., de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas. (5)

(1) Real decreto de 18 de abril de 1746.

(2) Arg. de la ley 7. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. y ley 12. tít. 14. Part. 7. y en ella Gregorio Lopez glosa 5.

(3) L. 17. al fin tít. 14. Part. 7.

(4) L. 6. tít. 5. lib. 4. del Fuero Real y 18. tít. 14. Part. 7.

(5) L. 19. tít. 14. Part. 7.

Por el segundo hurto calificado, impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros. (1) Pero en el día se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte, y por lo regular no se impone á los ladrones, sino en algunos casos de extraordinaria gravedad. Se castigan, pues, los hurtos tanto simples como calificados con penas de verguenza, de azotes, de servicio en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ó ménos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente.

#### §. IV.

##### Á QUIENES COMPETE LA ACCION DE HURTO.

La accion de hurto se concede por derecho á todos aquellos á quienes interesa que la cosa no se pierda, y está aun cuando no sean dueños de ella sino solo poseedores por algun título honesto. (2) Por falta de esta circunstancia no se le concede al ladrón, ni tampoco al poseedor de mala fé, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues sería cosa inicua que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete, pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta, siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo: v. g. en prenda, en conduccion ó en comodato. De aquí es, que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prendas por su deudor; (3) pues por dos razones le interesa. La primera, porque debe restituir la prenda verificado el pago de la deuda, si por culpa suya fué hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito esté asegurado con prenda. Así mismo el conductor puede intentar la accion de

(1) Ll. 6. y 7. tit. 28. Part. 2.

(2) Arg. de la ley 9. tit. 14. Part. 7.

(3) Dha. ley 9.

hurto, si por falta de la diligencia media á que está obligado le hurtaren la cosa, pues en este caso reconvenido con la accion del contrato de locacion, deberá pagar la estimacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin culpa suya, solo al señor competará la accion de hurto, por que en este caso á solo él interesa. (1)

En la cosa dada en préstamo ó comodato, tiene opcion el dueño de ella para demandarla á aquel á quien la dió prestada, ó al ladrón. Pero si escogiere ó le pareciere mejor demandarla á éste, no puede despues reconvenir al ladrón, aun en el caso de que no pueda recobrar la cosa del comodatario, quien sí podrá en este caso demandar al ladrón. Y si el comodante elige demandar al ladrón, no le quedará accion contra el comodatario, aunque no la pueda recobrar del ladrón. (2)

Si la cosa hurtada fuere dada en depósito, no compete al depositario la accion de hurto, porque como no presta mas que el dolo, no interesa á él, sino al señor el que la cosa, no perezca; si no es que por alguna otra causa estuviese obligado á la culpa, en cuyo caso por razon de interesarle podría intentar la accion de hurto. (3)

## TITULO II.

### DE LA RAPIÑA.

El segundo delito de los que llaman privados es la rapiña. Esta es: *un despojo violento de la cosa ajena mueble con intencion de lucrar ó de aprovecharse de ella, lo que necesariamente ha de ser hecho con dolo.* (4) Decimos que la rapiña es *un despojo violento*; en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente. Decimos que debe verificarse *en cosa mueble*; en lo que conviene con el

(1) L. 10. tit. 14. Part. 7.

(2) L. 11. del mismo tit.

(3) L. 12.

(4) Prólogo, y ley 1. tit. 13. Part. 7.



hurto, pero se distingue del delito que comete el que espele á otro de la posesion de una cosa raíz. Conviene tambien con el hurto, en que debe ser *de cosa ajena*, pues la rapiña rigurosamente no tiene lugar en la cosa propia; aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebató del poder de otro una cosa suya, porque él mismo se quiere hacer justicia, y no la solicita del juez á quien corresponde administrarla. Por esta razon; y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, está dispuesto: que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierda el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Así mismo el acreedor que violentamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su crédito, tiene la pena de perderlo. (1)

Finalmente, se añade en la definicion: que la rapiña se comete con intención dolosa de hacer logro con la cosa ajena: para que se escluya el hecho de algun furioso ó faltó de juicio, que debe carecer de pena aunque violentamente arrebató alguna cosa.

La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triplo ó tres tanto del valor de la cosa robada, (2) la cual solo se puede pedir dentro de un año útil: (3) pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion, al robador ó sus herederos, en los mismos términos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos. (4)

Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandestino, pueden tambien los que lo han padecido intentar la ac-

(1) Ll. 10. 11. y 12. tít. 10. Part. 7. y 11. tít. 13. Part. 5. y 1. tít. 13. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) Ll. 3. tít. 13. Part. 7. y 2. tít. 12. lib. 8. Rec. de Cast.

(3) L. 3. tít. 13. Part. 7.

(4) Ll. 2. y 3. tít. 13. Part. 7.

cion de hurto manifesto; aunque segun se ha advertido ya, estas penas no se practican.

Con tanto ódio ve el derecho toda especie de violencia, que se hulla establecido por nuestras leyes: que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero acreedor, quejándose ante la justicia del lugar, esta se los restituya luego, haciendo solamente sumaria informacion de que le tomaron sus bienes sin mandado de juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida para estos casos, y concediendo que las personas así agraviadas gozen del beneficio de *caso de corte*. (1)

### TITULO III.

#### DE LOS DAÑOS HECHOS Á OTRO

#### CONTRA DERECHO.

El tercer delito privado es, el daño hecho á otro contra derecho, por lo cual se entiende: *toda disminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio causado por un hombre libre sin razon y sin justicia*. (2) Solamente explicando su definicion, entenderemos la naturaleza de esta especie de delito. Decimos en ella, que este daño es, *toda disminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio*: de donde se infiere claramente, que un daño inestimable no se puede repetir con la accion de este delito; v. g., la muerte ó heridas dadas á un hombre libre. Decimos tambien, que este menoscabo debe ser *causado sin razon y sin justicia*; porque el que obra del todo conforme á derecho, no delinque. De donde se infiere: que para la obligacion de resarcir el dano, importa poco que éste haya provenido de dolo ó intencion directa de dañar, de culpa lata, leve ó levisima; porque aunque á la naturaleza del verdadero delito pertenezca el que sea cometido por dolo, con todo, las leyes guiadas

(1) L. 1. tít. 15. Part. 7.

(2) L. 6. y sig. tít. 15. Part. 7.

por la razon, creen que es debido se resarza á otro qualquier daño que se le haya seguido por su negligencia, ó descuido capaz de ser evitado. (1)

De este principio de equidad nace: que sean responsables al daño que causaren, los que en parage de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño: de lo cual, se encuentran muchos egemplos en nuestro derecho. Segun él, es culpable un barbero que se ponga á afeitar á otro en la calle ó plaza pública; porque puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado. (2) Del mismo modo es culpable el que corre á caballo por las calles: el albañil que no avisa en alta voz cuando arroja desde alto piedras ó tierra á éllas: el que corta ramas de árbol á la parte del camino público, sin prevenirlo ántes. (3)

Igualmente es culpable el que hace trampas, ó zepos en caminos ó lugares públicos donde caen ó reciben daño los pasajeros; y el que guiando bestias bravas no las guarda de suerte que no hagan mal. (4) El médico ó cirujano que por ignorancia curase mal á algun hombre ó bestia; ó que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte á algun hombre libre debe ser castigado á arbitrio del juez. (5) Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento enciende fuego cerca de paja, madera, mies ú otra cosa fácil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que allí se cuese. (6) Son tambien responsables del daño los que en nave, ú otro vaso donde se guardan mercaderías hiciesen algo porque se menoscaben ó pierdan; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasajeros las cosas que tienen colgadas á sus puertas ó ventanas. (7)

(1) Dicha ley 6. y sig. tit. y Part.

(2) L. 27. del mismo tit.

(3) Ll. 6. y 25. tit. 15. Part. 7.

(4) L. 7. del mismo tit.

(5) L. 9.

(6) Ll. 10. y 11.

(7) Ll. 13. y 16. tit. 15. Part. 7.

De todos los egemplos puestos podemos inferir: que con cualquiera culpa que concurra, hay accion para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere, que al que usa de su derecho, no se le puede imputar el daño que sucediere, pues este no será hecho contra justicia; y así, si yo cavo en mi campo para hacer un pozo y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito: v. g., si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrare; ó si corriendo á caballo en lugar acostumbrado atropellare á alguno; (1) pues el caso fortuito no se presta ni en los contratos ni en los delitos. Pero lo dicho se ha de entender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido. [\*]

(1) L. 14. tit. 15. Part. 7.

[\*] En la ley 18. tit. 15. Part. 7. se confirman dos capitulos de una ley que había en derecho de los romanos llamada *Aquila*; y dispone: que si alguno se querella delante del juez del daño que le fue hecho por razon de que le mataron algun siervo, caballo ú otro cuadrúpedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son mas útiles, debe pagarle el que le hizo el daño, tanto, cuánto mas podría valer aquel animal desde un año ántes, hasta el dia en que lo mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas ú otros males que los empeoraron; ó si matasen ó hiriesen otras bestias, quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberá pagar tanto, cuánto mas podía valer la cosa en que se recibió el daño desde 30 dias ántes hasta aquel en que sucedió. Y no solo debe resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, sino tambien los menoscabos que se ocasionaron al dueño. Mas para que haya obligacion á este resarcimiento, es preciso que el daño haya sido hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaria obligado el que lo causó, segun dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse que en el dia no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hacia atrás, sino que se tasa á arbitrio del juez, y se manda pagar. Ley 1. tit. 4. lib. 4. del Fuero Real.

## TITULO IV.

## DE LAS INJURIAS.

El último delito privado es la injuria, por cuyo nombre entendemos aquí: *cualquiera dicho ó hecho dirigido á la afrenta ó desprecio de otro.* (1) De esta definicion nacen varias divisiones: como segun dijimos, la injuria sea un *dicho ó hecho*, se sigue que toda injuria será, ó verbal, que se hace por medio de palabras de menosprecio, ó real cuando con hechos se daña la fama de otro; v. g., dándole bofetadas ó azotes. (2) Algunos añaden otras dos especies, á saber: escrita, que se hace por letras, y pintada con pinturas denigrativas, ó dirigidas á la burla ó deshonor de alguno; (3) pero no hay inconveniente en reducir la escrita á la verbal; y la que se hace por pinturas, á la real ó de hecho. Mas como una injuria puede ser mayor ó menor que otra, de ahí es, que unas se llaman simples, y otras atroces. (4) Simple se llama aquella en que no se encuentran circunstancias algunas que la agraven. Atróz por el contrario, es la que está agravada por cualquiera circunstancia de aquellas que juzgando prudentemente exasperan demasiado la injuria. Tales son: 1.º La atrocidad del hecho: v. g., azotar á alguno. 2.º La publicidad del lugar: v. g., si uno es injuriado en el templo, ó en una plaza pública. 3.º La dignidad de la persona: v. g., si es un obispo, ó un magistrado el injuriado. 4.º El tiempo: v. g., si injurian á alguno al tiempo de celebrar su matrimonio. (5)

De la misma definicion se colige, que debe haber en el injuriante ánimo ó intencion de menospreciar, por lo

(1) L. 1. tít. 9. Part. 7.

(2) Dha. ley 1.

(3) L. 3. de dicho tít. 9. Part. 6.

(4) L. 20.

(5) Dicha ley 20.

cual, sin dolo no habrá injuria; y así, no será reo de este delito, ni el infante ni el furioso y demente, aun cuando digan ó hagan algunas cosas capaces de deshorrar. (1) Tampoco se deberán tomar por injuria las palabras que se dijeren por chanza; aunque en esto se debe tener consideracion á la dignidad de la persona con quien se chancéa, pues sería una excusa frívola la de un particular ó plebeyo que habiendo dicho á un príncipe ó magistrado palabras indecentes, dijese que había sido por chanza, sabiendo todos que con semejantes personas no se ha de chancéar de manera que se les pierda el respeto. Finalmente: no es reo de injuria el que dijo, ó hizo alguna cosa por enmendar ó corregir á otro sobre quien tenía autoridad: v. g., un ministro de la iglesia, un juez, un maestro. Pero como esto se funda en presuncion, admite pruebas en contrario; y así, si se puede probar que un ministro de la iglesia, no por correccion, sino con ánimo de injuriar y para desahogar su ira, reprendió gravemente á otro, se podría intentar contra él la accion de injuria.

Finalmente: se dice en la definicion que el hecho ó dicho debe ser dirigido á despreciar al otro, lo que puede acontecer de dos modos: ó directamente, de suerte que nuestra misma persona sea injuriada; ó indirectamente, de suerte que nos venga el desprecio por medio de alguno de los de nuestra familia: v. g., un padre tiene accion por la injuria que se haga á un hijo suyo: un marido por la injuria hecha á su muger; y un señor por la hecha á su siervo, siempre que se conozca la intencion de injuriarlo á él. (2)

Hemos visto qué sea la injuria, y de cuántas maneras se haga: síguese ahora ver las acciones que nacen de este delito. Atendido nuestro derecho, el injuriado solo tiene una accion para pedir una de dos penas; ó multa pecuniaria, ú otra especie de castigo correspondiente á la gravedad de la injuria; pero no puede pedir uno y otro. (3) La

(1) L. 8. tít. 9. Part. 7.

(2) L. 21. tít. 9. Part. 7.

(3) Dicha ley 21. tít. y Part.

pena que se debe imponer á cada injuria no está señalada en las leyes, ni es posible que se señale para todas; por lo cual se deja al arbitrio del juez atendidas las circunstancias de la gravedad de la injuria, y persona injuriada. (1) Mas hay algunas injurias que por su particularidad tienen penas señaladas por las leyes. La 1.<sup>a</sup> es tomar ó apoderarse de los bienes de alguno como si fuese deudor sin mandato del juez, estando enfermo de enfermedad de que despues muere. En este caso intentada la accion de injurias por sus herederos, tiene el injuriante la pena de ser infame, perder lo que se le debía, y además pagar otro tanto de lo que importaba la deuda, y tambien pierde la tercera parte de sus bienes que será para la cámara del Rey: y si el enfermo nada debía, se confiscará al injuriante la tercera parte de sus bienes á favor de los parientes del difunto por la injuria hecha á él; y á ellos se les pagará lo que estimare el juez. (2)

La 2.<sup>a</sup> es llamar á alguno con los nombres injuriosos, de *gafó*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á alguna muger casada *puta*, ú otros semejantes. La pena impuesta al que dijere estas injurias es, haber de desdecirse ante el juez y testigos, al plazo que se le señale, y además pagar la multa de mil y quinientos maravedís, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. En el caso de ser hidalgo el injuriante, no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos maravedís mas, con la misma aplicacion, y otras penas á arbitrio del juez. (3) Al que llamare á otro *tornadizo* ó *marrano* con ánimo de despreciarlo por haberse convertido de otra ley á la cristiana, se le impone la multa de diez mil maravedís para la cámara del Rey, y otros tantos al injuriado; y si no pudiere pagarlo todo de pronto, sea puesto en un zepo el tiempo de un año, y si ántes pudiere pagar, salga de la prision. (4)

(1) Dha. ley 21.

(2) L. 11. tit. 9. Part. 7.

(3) L. 2. tit. 10. lib. 8. Rec. de Cast.

(4) La misma ley 2. tit. 10. lib. 8. Rec. de Cast.

El piadoso fin de esta ley es manifiesto. Por otras palabras injuriosas menores que las referidas, se impone la pena de dos mil maravedís para la cámara ó mas, á arbitrio del juez.

La 3.<sup>a</sup> es escribir famosos libelos llamados *pasquines*, en los cuales se imputan delitos graves, ó se descubren los verdaderos con la mira de deshonorar en el público á otros. La pena impuesta á estos delincuentes, segun derecho, debe ser la misma que condesponde al delito que se imputa al ofendido; si le fuese probado. Tiene lugar contra los que componen el libelo infamatorio ó le escriben, y contra los que hallándolo primeramente no lo rompen, sino que lo muestran á otros. (1)

La 4.<sup>a</sup> es la que se hace contra los muertos, desenterrando los cuerpos, y arrojando ó arrastrando los huesos por desprecio: el que hiciere esta especie de injuria tiene la pena de diez libras de oro para la cámara, y si no las pudiere pagar, debe ser desterrado para siempre. (2)

El tiempo determinado por derecho para intentar las acciones de las injurias, sea civil, sea criminalmente es un año útil, pasado el cual espira este derecho, porque se presume que el ofendido perdonó la injuria. (3) Se acaba tambien la accion por condenacion ó remision de la injuria, la que puede hacerse espresa ó tácitamente, como si despues de haberla recibido camiese ó bebiese, ó jugase amigablemente con quien le injurió, en su casa ó en la de otro. (4) El último modo de extinguirse la accion es la muerte, tanto del injuriante como del injuriado, porque no pasa á los herederos, ni se dá contra ellos, como concedida para la venganza, (5) si no es en dos casos. El 1.<sup>o</sup> quando acaece la muerte despues de contestado el pleito, en cuyo caso continuará con los herederos; y el 2.<sup>o</sup> en la

(1) L. 3. tit. 9. Part. 7.

(2) L. 12. tit. 9. Part. 7.

(3) L. 22. de dho. tit.

(4) Dha. ley 22.

(5) L. 23. de dho. tit.

injuria hecha al enfermo en los términos que dijimos, ó á los muertos. (1)

## TITULO V.

### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CUASI DELITO.

**H**abiendo tratado ya de los delitos privados de hurto, rapiña &c.; síguense los cuasi delitos, los que, segun dijimos arriba, son: *unos hechos ilícitos cometidos por sola culpa y sin dolo alguno.* (2) De éstos se tratarán seis en este título: 1.º el cuasi delito del juez que por ignorancia juzga mal: 2.º el del que de su casa arrojó ó derramó alguna cosa capaz de dañar á los que pasan: 3.º el del que tiene alguna cosa colgada sobre las calles con peligro de que caiga: 4.º el de los maestros de navío, mesoneros &c., cuando los caminantes ó pasajeros reciben daño: 5.º el de la misericordia intempestiva; y 6.º el de la condescendencia, ó connivencia.

El primer cuasi delito es, el del juez que sentencia mal. Mas en éste se deben distinguir tres casos: 1.º cuando el juez por dolo ó intencion directa de dañar juzga mal: v. g., por amor, odio ó corrompido por dinero: 2.º cuando por necesidad ó ignorancia, como si hacen magistrado á un labrador que quiera medir á brazadas el derecho que nunca aprendió; y el 3.º cuando algun juez de aquellos que no son letrados, dió sentencia con parecer de asesor. En el primer caso, es el juez reo de un verdadero delito; y si la causa fuere civil tiene la pena, no solo de pagar otro tanto quanto hizo perder á aquel contra quien dió la sentencia, con las costas, daños y perjuicios, sino tambien de ser removido del oficio y quedar infame. Mas si fuere criminal, debe el recibir en sí la pena que impuso al otro injustamente, aunque sea la de muerte; y aun cuan-

(1) Ll. 11. 12. y 23 del mismo tit.

(2) Arg. de la ley 25. tit. 15. Part. 7.

do se le perdona la vida, debe ser desterrado perpetuamente, quedando infame y confiscados todos sus bienes. (1) Mas en el caso de que se haya dejado corromper por dinero, á mas de las penas establecidas contra el que juzga mal por amor ó por odio, debe pagar á la cámara del Rey el tres tanto mas de lo que recibió; y si no lo había aun recibido, el dos tanto; y la sentencia que así fuere vendida, es nula, aun cuando no se apele de ella. (2) En el tercer caso, atendido el derecho que gobierna en España, determinando el juez con acuerdo de asesor, sea de los que nombre el Rey, sea nombrado por él mismo, no es responsable si no solo el asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colucion ó fraude. (3) Mas en la América por otra disposicion posterior, aunque son tambien responsables los asesores á las resultas en todas aquellas causas ó pleitos de derecho que determinan los jueces conforme á sus dictámenes; en asuntos gubernativos es igual la responsabilidad de jueces no letrados y sus asesores. (4)

Resta, pues, solamente el tercer caso, en el cual un juez de los que deben ser letrados sentenció mal por ignorancia. Entonces, es reo de un cuasi delito, porque aunque segun suponemos, no procedió con intencion de dañar, pero obró mal egerciendo el oficio de juez, sin la correspondiente instruccion en el derecho, ó sin consultar á los jurisperitos en los casos árdulos, en lo cual consiste su culpa. (5) La pena que se le impone es, que pague á la parte dañada todo el importe de la pérdida ó menoscabo que sufrió por razon de la sentencia injusta que dió contra ella. (6)

El segundo cuasi delito consiste, en que de la casa

(1) Ll. 24 y 25 tit. 22. Part. 3. y véase tambien la ley 7. tit. 7. lib. 1. Rec. de Cast.

(2) Dicha ley 24. tit. 22. Part. 3.

(3) Sin palabras de la real cédula de 22 de setiembre de 1793.

(4) Real cédula de 2 de julio de 1800.

(5) L. 24. tit. 22. Part. 3.

(6) La misma ley en el medio.

de nuestra morada se haya arrojado ó derramado algo capaz de dañar, como piedras, tejas ó inmundicias hácia la calle pública por donde los moradores de la ciudad acostumbra pasar. Con este hecho, si alguno ha sido dañado, queda obligado el inquilino, ó poseedor de la casa, aunque él no fuese el que arrojó ó derramó aquellas cosas, no por culpa imputada, sino porque verdaderamente él no carece de culpa en tener dentro de su familia unos criados tan descuidados. Si fueren muchos los que arriendan la casa, si se puede saber quién echó ó derramó, él solo estará obligado al daño; pero si nó, todos lo deberán pagar. Pero en esto se deben distinguir varios casos. El 1.º cuando por lo derramado ó arrojado se ha causado un daño estimable: v. g., si un animal ha sido muerto, ó el vestido de alguno ha sido manchado: entonces se dá accion al interesado contra el inquilino, pero no contra sus herederos por ser penal, para que le paguen doblado el daño que recibió. (1) El 2.º es, cuando el daño es inestimable: v. g., si ha sido muerto un hombre libre: en cuyo caso se deben pagar por el causante cincuenta maravedís de oro, por mitad á los herederos del difunto y á la cámara del Rey. (2) El 3.º caso es, si un hombre libre no ha sido muerto, sino herido ó dañado de otro modo en su cuerpo. Mas como entonces, ni la herida ni el dolor admiten estimacion, sería justo se pagasen las pérdidas que hubiese tenido con motivo de cesar en sus trabajos, y los gastos hechos en la curacion.

El tercer cuasi delito se comete cuando uno tiene alguna cosa colgada sobre la calle por donde comunmente transitan, la cual puede fácilmente caer y causar daño. Para el que esto hiciere, si lo acusaren y se hallare que la cosa que estaba colgada en verdad, podría caer y hacer daño, aunque todavía no se haya verificado, se le impondrá la pena de diez maravedís de oro, la mitad para el acusador, y la otra mitad para la cámara del Rey, con

(1) L. 25. tit. 15. Part. 7.

(2) Dicha ley 25.

obligacion á mas de esto, de quitar la cosa ó ponerla de modo que no pueda caer. (1) La razon de esta pena es, porque interesa á la república el que todos puedan caminar sin peligro por las calles, y demás caminos públicos. Mas si la cosa que estaba suspensa ó colgada, cayese é hiciese daño, lo debe pagar doblado; y si éste fuese muerte de algun hombre, deberá dar 50 maravedís para sus herederos y cámara del Rey por mitad. (2)

Si el reo de este cuasi delito ó del antecedente fuere hijo de familias que vive en casa separada de la de su padre, se intentará la accion contra el mismo hijo de familias; y siendo condenado será reconvenido el padre por el valor de lo juzgado y sentenciado hasta donde alcance el peculio del hijo, si lo tiene.

En el cuarto cuasi delito, que es el de los marineros, taberneros y caballerizeros, se deben distinguir tres casos, para que no se confundan cosas muy diversas. El primero, cuando los mismos marineros, venteros &c. hurtaron ó hicieron algun daño en las cosas de los caminantes; y entonces son reconvenidos por un verdadero delito: v. g., con la accion de hurto, ó la que corresponda. El segundo, cuando el daño no ha provenido de los mismos mesoneros &c., sino de los estraños: v. g., de los compañeros ó viajantes que van en el mismo navío, ó posan en el mismo meson; y entonces la accion que hay contra los maestros de navío ó mesoneros, es de cuasi contrato. La razon es, porque cuando recibieron las cosas ajenas en su nave, ó en su meson ó venta, se presume que tácitamente prometieron la custodia de ellas; y por tanto tiene accion el agraviado para que le restituyan todo lo que introdujo, y le resarzan los daños y perjuicios. Finalmente: el tercer caso es, cuando el daño ha provenido de los individuos de la familia del maestré, ventero ó caballerizero; y entonces la accion que se dá contra él es de cuasi delito: su culpa consiste en que se acompaña ó se sirve de hombres malos, por lo cual es

(1) L. 26. tit. 15. Part. 7.

(2) Dicha ley 26. al fin tit. y Part.

justo que sea responsable á los daños que provinieren de su mala conducta. (1) De lo dicho se vé claramente, que solo este caso pertenece á este título, por ser unas de las especies de cuasi delito. En virtud de él, se dá accion al que sufrió el daño contra el maestre del navío, ventero ó tabernero que recibió las cosas, para que restituya el doble de lo perdido ó deteriorado; (2) mas no contra sus herederos, por ser penal en todo lo que escede de la estimacion de la cosa. De donde se infiere la diferencia que hay entre esta accion, y la otra que nace de cuasi contrato. Esta como que es de cuasi delito, es penal, como dijimos; la otra por ser de cuasi contrato, es persecutoria de la cosa solamente: aquella no se dá contra los herederos, y esta sí: con aquella se pide el doble, y con ésta solamente la verdadera estimacion de la cosa; una y otra es perpétua, lo cual es particular en la accion de este cuasi delito, por durar casi todas las acciones penales solo un año. Con todo, es mejor y mas seguro intentar la accion de cuasi contrato, que no la de cuasi delito: ya porque en el dia no están en uso las acciones en que se piden los dos ó tres tantos mas, ya porque en ella es mas fácil la prueba, ~~que~~ cuando se intenta la de cuasi contrato; pues en ésta se prueba solamente, que mis cosas fuéron recibidas en la nave, meson ó taberna; y en la otra debo probar, que alguno de los de la familia del maestre ó ventero las hurtó ó causó el daño.

La misericordia intempestiva, y la condescendencia ó connivencia, son los otros dos cuasi delitos de que hicimos mencion arriba. La misericordia en sí, es un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicio, así sucede en ésta que por ser intempestiva y no conforme á las reglas de la recta razon, es un cuasi delito. De esto se pueden figurar muchos casos: v. g., si uno viendo á un siervo ageno preso, movido de lástima lo pone en libertad, y éste huye: si un carcelero por el mismo motivo deja escapar á un reo de la cárcel: si un juez consiente

(1) L. 7. tit. 14. Part. 7.

(2) Dicha ley 7. en el medio.

que huya un malhechor á quien debia condenar, y otros semejantes. La razon porque todos éstos son cuasi delitos, es porque en estos casos no debe tener lugar la misericordia, sino solamente la severidad y administracion de justicia. La connivencia es una tolerancia por la cual permite uno, que se haga un delito que podia y debia impedir: v. g., si uno que está al cuidado y gobierno de otro admite un desafio, y el pedagogo lo sabe, pero lo disimula, no hay duda que esta condescendencia es digna de castigo; y así, en ámbos casos se dará la accion correspondiente. Se han traído por ejemplo estos dos cuasi delitos, para que no se crea que no hay mas que los cuatro de que se hace mencion en las instituciones de Justiniano.

## TITULO VI.

### DE LAS ACCIONES.

**H**emos concluido ya la esplicacion de las dos primeras partes de las instituciones. Estas, segun se ha dicho en otro lugar, se dividen por los tres objetos del derecho: *personas, cosas y acciones*. De las personas se ha tratado en todo el Libro I.º; de los derechos de las cosas en los Libros II.º y III.º, y hasta este título del IV.º. Resta tratar del tercer objeto, conviene á saber: las *acciones*.

La accion se puede considerar de dos maneras: ó como una cosa incorporal que está en nuestro patrimonio; y entonces pertenece al segundo objeto del derecho; ó se toma como un medio legítimo de perseguir en juicio el derecho que nos compete; y entonces corresponde al tercero, de que vamos á tratar. En este sentido, pues, se define la accion: *un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen á cada uno, tanto en la cosa, como á la cosa*. Tiénese por cierto que toman su origen del derecho de gentes, pues formadas ya las sociedades civiles, y establecidas las supremas potestades, no fué mas lícito á los privados exigir por fuerza que se atiendan sus

derechos como lo era en el estado natural, sino que deben ocurrir á los magistrados, para que en virtud de la autoridad que les compete por su oficio, compelan al que resulte reo á estar á derecho con el que se queja; y á esto llamamos *accion*.

De éstas hay varias divisiones ó diversas clases, atendida la diversidad de los derechos que se desean ver cumplidos, y lo que se consigue cuando se intentan del modo que ha establecido el derecho. Hay, pues, una clase de acciones que se llaman *reales*, otra de *personales*. Unas acciones hay que son *persecutorias de la casa sola*, y otras *de solo la pena* que está impuesta para aquel caso; y otras con las que se consigue la cosa y la pena, que tambien se llaman *mistas*. Hay unas que se dan para conseguir el un tanto, otras el dos, otras el tres y aun el cuatro. Hay otras acciones que se llaman de buena fé, otras de rigoroso derecho, y otras arbitrarias. Finalmente: con unas acciones se consigue el todo de lo que se debe, y con otras ménos, en ciertos casos. De cada clase de las referidas trataremos separadamente.

### §. I.

#### DE LAS ACCIONES REALES, PERSONALES

#### Y MISTAS.

La primera division de las acciones, es en reales y personales: aquellas nacen del derecho en la cosa, y éstas del derecho á la cosa. Mas por esto no se niega que hay algunas que son mistas; pues aunque éstas siempre se acercan mas, ó á las reales ó á las personales, esto no impide que se puedan llamar mistas. Como las acciones reales traen su origen del derecho en la cosa, siendo éste de cuatro maneras, resultan otras tantas fuentes de acciones reales. Nacen, pues, unas del dominio: otras del derecho hereditario: otras de las servidumbres; y otras del derecho de prenda.

La naturaleza de las acciones reales consiste en dos

cosas. La 1.<sup>a</sup> es, que todas nacen de alguna especie de derecho en la cosa, es decir, que solo hay accion real cuando no es la persona, sino la cosa misma la que nos está obligada. Esto se verifica solamente en el dominio, herencia, servidumbre y prenda. La 2.<sup>a</sup> que todas estas acciones se dan contra cualquier poseedor, aunque éste no haya tratado con nosotros. Al contrario sucede en las acciones personales, las cuales solo se dan contra aquel con quien tratamos, y no contra un tercero poseedor. [\*] Diremos pues, que accion real: *es aquella con la cual pedimos una cosa en que tenemos derecho, aun á aquel que por ningun contrato nos está obligado.* (1)

La primera especie de acciones reales comprende las que nacen del dominio. Estas son tres, llamadas *revindicatoria*, *publiciana* y *rescisoria*. La revindicatoria es: *una accion real por la cual el que es dueño de una cosa la repite de cualquier poseedor, con sus accesiones y frutos, segun la calidad de la posesion.* (2) [\*\*] Si el reo, pues, poseyere de buena fé, restituirá de los frutos industriales los existentes so-

[\*] El poseedor no puede tener accion real, porque sería estúpido pedir al juez lo mismo que ya se tiene: luego cuando éste intenta alguna accion, será personal, solicitando se le ampare en su posesion, y se mande á otro que no le moleste en élla. No obstante, se encuentra un caso, que sirve de escepcion á esta regla. Tal es la accion negatoria que es real, y la intenta el que está en cuasi posesion de la libertad de su fundo. Tambien es regla general, que el dueño de una cosa no la puede pedir con accion personal, sino con real, que se llama *vindicacion*. Mas tambien tiene su escepcion en la cosa hurtada, pues para recobrarla se concede al dueño, accion real y personal, consultando á facilitar el cobro en odio de los ladrones.

(1) Arg. de las leyes 2. tit. 3. y 1. tit. 23. Part. 3.

(2) L. 40. tit. 28. Part. 3.

[\*\*] Es consiguiente á las disposiciones de derecho, que solo el título para adquirir, sin preceder entrega de la cosa, no produce el derecho de vindicar, sino una accion personal: que el comprador antes de verificarse la tradicion, no pueda usar de tal accion; y que concurrendo dos, no vindique el primer comprador no siendo entregado en la cosa vendida, ni tampoco aquel con cuyo dinero se com-



lamente, y todos los naturales aun los consumidos; (1) pero si con mala fé, ningunos frutos hace suyos, y solo podrá retener las espensas útiles. (2)

Cuando esta accion se intenta en virtud de un dominio pleno, se llama *útil*. Mas aunque esta accion sea en sí muy natural, es bastante difícil de intentarse, por razon de que en ella debe el actor probar el dominio que tiene en la cosa, la cual prueba no es tan fácil como á primera vista parece. Si no ha cumplido el tiempo necesario para la prescripcion, debe probar que no solo él adquirió con buena fé y justo título, sino tambien que aquel de quien hubo la cosa era verdadero dueño: de otra suerte el dominio que él no tenía tampoco pudo transferir á nosotros. Para evadir esta dificultad, y que los que hubieron las cosas con buena fé y justo título, de los que no eran sus legítimos dueños pudiesen vindicarlas, se inventó la accion llamada *publiciana*. Por ella, el que con buena fé y justo título adquiere las cosas, aunque no las haya prescrito, las vindica de cualquier poseedor, no en virtud de la ficcion de estar prescrita, que inventaron los romanos; sino porque es conforme al derecho natural, que el que poseía con mejor título sea preferido al que lo tiene inferior, y reputado respecto de él como dueño. (3) De donde se infiere, que esta accion no tiene lugar contra el verdadero señor que posee con un título mas fuerte, cual es el verdadero dominio, sino solo contra aquel que ó posee sin título, ó con uno mas débil que el putativo dueño: que con ella el que adquirió mediante tradicion alguna cosa del que no era su legítimo dueño, con buena fé y justo título, perdiendo la posesion de ella, puede vindicarla de cualquier poseedor que se apoye en título ménos firme, con todos sus frutos

para la alhaja á excepcion de si es pupilo, menor ó soldado, y de la muger á quien el marido, con dinero de ella, que no proceda de los bienes dotales, compre algo, pues á todos éstos se concede accion útil vindicatoria.

(1) L. 39. tit. 28. Part. 3.

(2) Ll. 39. y 42. del mismo tit.

(3) Ll. 13. tit. 11. Part. 3. y 50. del tit. 5. Part. 4.

y accesiones y del modo que con la verdadera reivindicacion. (1)

Del mismo modo que la accion publiciana, se funda tambien en la equidad la llamada *rescisoria*, por la cual rescindiendo la prescripcion se pide al poseedor la cosa que prescribió, como si nunca hubiera sido prescrita. No produce entre nosotros este efecto la ficcion inventada por los romanos, sino el beneficio de la restitucion que se concede por el juez con justas causas: tales son la menor edad, miedo grave, ausencia por causa de la república ó de estudios, y otras semejantes. (2) Es, pues, la accion rescisoria: *un beneficio de restitucion in integrum que se concede por justa causa, á efecto de rescindir la prescripcion ya completa, y que el que prescribió restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones.* De aquí se infiere, que esta accion debe durar cuatro años continuos. (3)

La segunda especie de acciones reales, nace del derecho hereditario. Estas son dos: la petition de la herencia, y la querrela de inoficioso testamento; pero como ambas son mistas, se tratará de ellas despues de las reales y personales.

La tercera especie de acciones reales comprende aquellas que se dan con motivo de las servidumbres. Estas son dos: *confesoria y negatoria*. La accion confesoria es, una especie de vindicacion, y su fundamento es aquel derecho que afirmamos nos compete en la cosa agena. De consiguiente, si el otro niega corresponder este derecho, y procura impedir su uso, habrá accion contra él ó contra cualesquiera poseedores del predio, para que cesen de perturbar al actor en el uso de su derecho. Es, pues, la accion confesoria: *una accion real, que se dá al que tiene derecho de servidumbre contra cualquier poseedor del fundo sirviente, para que se declare por el juez corresponderle la tal servidumbre, condenando al reo en los intereses que haya per-*

(1) Dhas. leyes.

(2) L. 28. tit. 29. Part. 3.

(3) Dha. ley 28.

*dido desde la perturbacion, y á que dé caucion de no perturbarle en adelante.* (1) Por el contrario: el fundamento de la accion negatoria, es la libertad natural que se presume en los predios: por esto compete á sus dueños, contra aquel que intenta tener algun derecho en ellos, para que se declaren libres, se mande al reo no perturbar mas al poseedor, dando caucion al efecto, y que resarza los daños y perjuicios que haya causado. Es, pues, la negatoria: *una accion real que se dá al dueño de un fundo libre, contra cualquiera que intente tener servidumbre en él para que se declare no deberia, y se condene al reo á la satisfaccion de los perjuicios causados, y á que dé caucion de no perturbar al señor en adelante.* Esta accion tiene varias cosas singulares. 1.<sup>a</sup> Que siendo real se dá al poseedor, lo cual en solo este caso se verifica; y 2.<sup>a</sup> que debiendo siempre el actor probar su accion, aquí se le libera de la prueba, y se manda al reo que lo haga; porque la libertad natural en la cual el actor pone el fundamento de su accion se presume, y la presuncion transfiere el cargo de probar en el contrario. Se exceptúa el caso de que el reo esté en cuasi posesion de su servidumbre, pues entonces el actor debe probar su libertad.

La cuarta especie de acciones reales es de aquellas que traen su origen del derecho de prenda: no en cuanto es contrato, porque entonces no produce mas que accion personal, sino como derecho en la cosa. De él deducian los romanos dos acciones: una llamada *serviana*, y otra *cuasi serviana* ó *hipotecaria*; pero por nuestro derecho solo ésta es bastante. [\*]

Se concede á toda especie de acreedores que hayan re-

(1) L. 21. tit. 22. Part. 3.

[\*]. La accion serviana tenía lugar en un solo caso: este era cuando alguno daba en arrendamiento un predio rústico, tomando del arrendatario algunas alhajas en prendas para la seguridad de la pensión: si el arrendante perdía la posesion de alguna de estas cosas, tenía accion contra cualquiera poseedor de ellas para que se la restituyese. Ahora por nuestro derecho, este efecto y todos los demás, están refundidos en la cuasi serviana ó hipotecaria.

cibido prenda ó constituido hipoteca, para que habiendo perdido la posesion ó enagenándose los bienes hipotecados, los vindiquen de cualquier poseedor con sus frutos y dependencias. Dirémos, pues, que la accion llamada cuasi serviana ó hipotecaria, es por derecho de España: *una accion real que compete á todo acreedor que haya recibido prenda, ó tenga hipoteca tácita ó espresa en los bienes de su deudor, para que perdiendo la posesion de la prenda ó enagenándose los bienes hipotecados, pueda repetirlos de cualquier poseedor para retenerlos hasta la satisfaccion de su deuda.* (1)

A las acciones reales se agregan las *prejudiciales*, que son aquellas por las cuales se controvierte sobre el estado de alguno. Llámense así, ó porque siempre son previas á otro juicio que se ha de intentar, ó porque la decision que se solicita por su medio, perjudica aun á otras personas entre las cuales nazca despues semejante cuestion, siendo regla general, que los pleitos solo perjudican á los que litigaron. (2) Son reales, porque con ellas el actor intenta vindicar una cosa como suya: v. g., un señor á su siervo. Tantas son las acciones prejudiciales, cuántos son los estados de los hombres. Estos son tres: *de libertad, de ciudad, y de familia.* Si uno sea libre ó siervo, es cuestion que pertenece al estado de libertad: si sea ciudadano ó extranjero, al estado de ciudad; y finalmente, si sea uno padre y otro su hijo, al estado de familia. Todas las acciones que se intentan para estas declaratorias, son las que se llaman prejudiciales. Por ejemplo: un mozo se presenta al juez pidiendo la herencia de Ticio, como hijo suyo: los poseedores de ella niegan que sea hijo, ó que lo sea legítimo: ésta, pues, será accion prejudicial. Tres son las principales que se conocen de esta especie. La 1.<sup>a</sup> es, la causa de libertad: en ella se encuentra una accion por la cual, ó el señor intenta hacer volver á la servidumbre á su siervo que se tiene por libre, ó éste siendo en la realidad libre y viviendo en injusta servidumbre la intenta con-

(1) L. 14. tit. 13. P. 5. y 9. tit. 17. lib. 3. del Fuero Real.

(2) L. 20. tit. 22. Part. 3.

era el que se reputa su señor, para que se le declare libre. La 2.<sup>a</sup> tiene lugar, cuando alguno pretende se declare que es ingenuo y no libertino: esto es, que siempre ha sido libre, y que no ha recibido la libertad de aquel que se reputa como su patrono. La 3.<sup>a</sup> es; la que se llama *agnoscendo alendo que partu*; y es una acción que se dá, ó bien contra el padre que niega al hijo la filiacion para que le reconozca, ó bien contra el hijo para que haga lo mismo con su padre. (1) Tambien tiene lugar esta acción en el caso de la herencia figurado arriba.

Las acciones personales son aquellas que nacen del derecho á la cosa: es decir, de la obligación. Toda obligación, segun hemos dicho yá, (2) trae su origen, ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó nace de estas mismas fuentes; pero mediante algun hecho obligatorio, el cual, ó es lícito ó ilícito. En esta materia despues de considerar la naturaleza de las acciones personales, trataremos en primer lugar, de las que nacen de la equidad inmediatamente: en segundo, de las que nacen de la ley: en tercero, de las que dimanen de hecho obligatorio lícito; y en último, de las que provienen de hecho obligatorio ilícito.

La naturaleza de las acciones personales consiste en que todas traen su origen de la obligación, ó como hemos dicho, del derecho á la cosa. A mas de esto, nunca se dan contra un tercer poseedor, sino solamente contra aquel con quien se trató, en lo que principalmente se diferencian de las reales. [\*] Veamos ahora sus diversas especies.

La primera, es de aquellas que nacen inmediatamente de la equidad; tal es en primer lugar, la acción llamada *á exhibir ó mostrar*. Exhibir es, dar á que se registre y vea públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta acción

(1) L. 20. tit. 22. Part. 3.

(2) Lib. 3. tit. 14.

[\*] Por derecho de los romanos había otra diferencia entre las acciones reales y personales: esta era que todas las reales se llamaban *vindicaciones*, y las personales *condiciones*, lo que provenia de la costumbre observada de citar al reo á dia señalado para comparecer en juicio, á lo que llamaban *condicere*.

siempre que intentamos vindicar una cosa mueble, pero ignoramos si será la nuestra ó nó: v. g., me han hurtado á mí un libro, y oigo que Ticio ha comprado uno del mismo nombre, y que segun las señales que se me dan de él puedo hacer juicio de que es el mio: mas como no lo sé ciertamente, y Ticio no me lo quiere mostrar voluntariamente, puedo entablar contra él la acción llamada *á exhibir*. Esta, pues: es una acción destinada á *compeler al poseedor de cualquier cosa mueble á manifestarla ó exhibirla en juicio cuando en él se introduce, ó quiere introducirse la petición de ella; y caso de resistirse á la exhibicion, se le condene en cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion*. (1) De aquí resulta que puede corresponder esta acción al que quiera demandar la cosa por acción real, y al que la solicite por personal, como se interese en la exhibicion. (2) Pero sería inútil y no debe intentarse de las cosas inmuebles, si no precisamente de las muebles, (3) pues las otras están patentes á los ojos de todos. Se exceptúan los materiales que componen edificio, los cuales no se pueden exhibir ni vindicar por prohibirlo el derecho. Puede compelerse á la exhibicion á quien de ella no se sigue perjuicio, pues esta obligación nace de aquella regla de equidad natural que hemos establecido en otra parte: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*, ya se posea la cosa civil ó naturalmente, y tambien al que con dolo dejó de poseer, pero regularmente á espensas del que la solicite; (4) y probando su derecho el actor, no solo se le ha de exhibir sino tambien restituir, debiendo estarse al juramento *in litem* del actor, cuando con dolo dejó de poseer la cosa, y segun él condenar al reo á la satisfaccion de cuanto jure; pero cuando sin dolo ni culpa del poseedor se deja de exhibir, puede obligarse por el juez á que dé caucion de hacerlo si vuelve á su po-

(1) Ll. 16. y 23. tit. 2. Part. 3.

(2) L. 16. en el princ. tit. 2. Part. 3.

(3) Dicha ley 16. y en ella Gregorio López al número 7.

(4) L. 21. tit. 2. Part. 3.

der. (1) También tiene lugar esta acción para obligar á los poseedores de instrumentos ó títulos á que los muestren á los que los necesitan, ó creen tener interés en ellos; y así, debe mostrarse el testamento de un difunto á aquel que se tiene por instituido de heredero ó con algún legado ó manda, en él, y todos aquellos documentos que favorecen la intención de alguno; (2) lo que se funda en la misma regla de equidad que hemos notado.

Otra acción de las que dimanar inmediatamente de la equidad, es la interrogatoria, y corresponde á aquellos que para entablar otra acción necesitan de hacer preguntas al reo sobre puntos que les interesan. Un caso práctico de esta acción se nos presenta en el que quiere entablar ejecución por alguna cantidad que se le debe: v. g., por préstamo, sin tener documento alguno, y si lo tiene no la trae aparejada. Este, pues, según práctica del dña., deberá presentarse al juez diciendo, que tanto tiempo, há dió en calidad de préstamo tal cantidad á fulano, y que habiéndole reconvenido varias veces, se escusa ó rehúsa el pago, por lo que le suplica se sirva mandar que el citado deudor bajo de juramento declare si es cierto haber recibido la espresada cantidad; y verificada la respuesta tiene ya la confesión del reo, siendo clara, fuerza ejecutiva. La misma acción tiene lugar cuando por el actor se pide que reconozca el reo su firma, que se halla en algún vale simple, el cual reconocimiento trae así mismo aparejada ejecución. De lo dicho se infiere, que la interrogatoria es: *una acción personal por la cual el actor compele al reo á responder sobre algunas preguntas que le hace, y que son necesarias para comenzar ó para continuar el pleito.* (3)

Son también acciones personales nacidas de la equidad los interdictos, pues no hay cosa más justa que el que uno sea defendido ó amparado en su posesión, mientras que otro no pruebe tener mejor derecho á ella. Pero de

(1) Véanse las leyes 16, 18, 19, 20, 21, y 22, tít. 2, Part. 3.

(2) L. 17, tít. 2, Part. 3, y 192, del Estilo.

(3) L. 1, tít. 10, Part. 3.

esta clase de acciones se tratará en título separado. (1) Lo son así mismo las restituciones *in integrum*, por medio de las cuales se rescinden aquellos negocios que parece debían valer, atendido el rigor de derecho. Pero como estas rescisiones se deben hacer con causas graves, éstas son la fuerza ó miedo grave, el dolo ó engaño, la menor edad, y la ausencia por utilidad de la república, ó por otra justa causa, como estudios &c.; y de aquí nacen otras tantas acciones. La primera es, la de miedo ó fuerza, (2) mediante la cual se declara nulo ó se rescinde el negocio ó contrato hecho por fuerza, ó por medio grave que cae en varón constante, (3) y se compele al reo á restituir la cosa ó su estimación, (4). La segunda es, la acción de dolo que produce los mismos efectos, de anular ó rescindir los contratos de buena fé en que interviene, y aun si no se declaran nulos los de rigoroso derecho, como quieren algunos, se dirige la acción á que se enmiende la lesión, si fuere ésta en más de la mitad del justo precio, ó á que el reo devuelva la cosa. (5) La tercera acción, que es la de menor edad, no tiene nombre señalado; pero se dá á aquellos que durante el tiempo de su menoría han sido dañados en algún negocio, contra aquellos de quienes recibieron el daño, á efecto de que se rescinda el negocio y el menor sea restituido en sus antiguos derechos. (6) Esta misma acción compete á las iglesias, fisco, consejos, y ciudades ó universidades, por estar éstas en perpetua curatela, y la podrán intentar cuando hayan recibido daño, por engaño ó negligencia, dentro de cuatro años contados desde el día en que recibieron el engaño ó menoscabo, y dentro de treinta si el daño fuere tan grande que esceda.

(1) Tít. 15. de este libro.

(2) Llámase esta acción en latin, *quod metus causa*.

(3) L. 7, tít. 33, Part. 7.

(4) Véase para esta acción la ley 56; tít. 5, Part. 5; y la 28, tít. 11, Part. 5, de donde se puede deducir.

(5) Ll. 57, tít. 5, Part. 5, y 2, tít. 11, lib. 5, Rec. de Cast., y 1, 3, 4, y 6, tít. 16, Part. 7.

(6) Ll. 1, y 2, tít. 19, Part. 6.

de la mitad del precio de la cosa: (1) La acción rescisoria es otra especie de restitucion, según dijimos; pero esta no es personal, sino real.

La acción llamada *condiccion sin causa* es tambien personal proveniente de la equidad, y se puede tomar, ó como el género supremo de todas las acciones, ó como una acción especial que se dá en el caso que falten otras, y no permite la equidad que uno lucre con detrimento de otro, que es como se toma aquí. En tales términos, siempre que alguno dió una cosa, no por causa futura ni torpe, ni tampoco pagó indebidamente; pero sin embargo otro la posee sin causa legítima, puede repetirla el primero, intentando esta *condiccion*, la cual podemos decir que es: *una acción personal que corresponde á aquel cuyos bienes posea otro sin justo motivo, para compeler á este detentador á que los restituya*. Por ejemplo: se debe dar esta acción al sastre que habiendo perdido los vestidos que hacía, pagó el precio á su dueño, si llega el caso de hallarlos ó recuperarlos éste: al deudor que satisfizo el crédito, y solicita la devolucion del vale que aun retiene su acreedor: la muger para recuperar la dote si el matrimonio se declara nulo; y otros semejantes. Finalmente: la acción pauliana nace tambien de la equidad; pero de ella trataremos entre las mistas.

En la otra clase de acciones personales se deben poner las que nacen inmediatamente de la ley, y se deberían llamar *acción ó condiccion por ley*. Tenían lugar cuando los pactos no producían acción comunmente, sino solo algunos señalados, y principalmente aquellos en que alguna ley lo concedía. Era, pues, esta *condiccion*, una acción personal subsidiaria, que solo tenía lugar cuando la ley no la establecía señalada contra aquel ó sus herederos, que estaba obligado á dar ó cumplir lo que la misma ley disponía. Mas en el supuesto de que por nuestro derecho y práctica, todo pacto justo produce acción, (2) y que nace tam-

(1) L. 10. del mismo tít. y Part.

(2) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

bien de cualquier ley para su cumplimiento, aunque no se espese en ella, es inútil en nuestro foro dicha *condiccion*.

La tercera clase comprende aquellas acciones personales que dimanen de un hecho lícito. Hecho obligatorio lícito llamamos á la *convencion*. Esta es, ó pacto, ó contrato; y el contrato, ó es verdadero, ó quasi contrato: el verdadero, ó es nominado, ó innominado. De cualquier pacto por desnudo que sea, como se conozca ó pueda probar la intencion de obligarse, nace acción según nuestro derecho, aunque no tiene nombre señalado; por lo cual es ocioso explicar la acción de *constituta pecunia*, que no era mas que un pacto pretorio, lo mismo que la llamada *in factum de jurejurando*. (1)

Por lo que hace á las acciones nacidas de los contratos verdaderos, tenemos poco que decir, por haber tratado ya de cada una en el título de su correspondiente contrato; y así, aquí las enumeraremos solamente. Los contratos verdaderos, según hemos dicho, ó son nominados ó innominados. Los nominados son, ó reales ó verbales, ó literales ó consensuales. Los reales son cuatro: mútuo, comodato, depósito y prenda. Del primero nace la acción llamada *de mútuo*: del segundo la acción *de comodato*, directa y contraria: del tercero la acción *de depósito*, directa y contraria; y del cuarto la acción *de prenda*, así mismo directa y contraria.

Como en el dia no se encuentra contrato alguno á que llamemos verbal, tampoco hay acción que le corresponda. El literal es uno solo, y se verifica en el caso de haber confesado alguno por escrito, que debe cierta cantidad y dejado que pasen dos años, en virtud de lo cual nace acción para obligar al que escribió á que pague la cantidad que confiesa. Los contratos consensuales son cinco: compra venta, locacion conduccion, enfiteúsis, sociedad y man-

(1) Esta acción se concedía á aquel que juraba, qué y cuánto se le debía, habiéndose comprometido su deudor á pasar por su juramento, produciendo el efecto de compeler al deudor á pagar todo lo que el actor había jurado que se le debía.

dato. De todos ellos nacen acciones de su mismo nombre, ámbas directas, á escepcion del mandato; en el que la una es directa y la otra contraria.

De los contratos innominados nacen tambien las correspondientes acciones que se dan al que dió ó hizo por su parte, para obligar al que prometió dar ó hacer, á cumplir el contrato, las cuales como ellos no tienen nombre. (1)

Síguense los cuasi contratos, y basta solamente referir sus acciones, pues están esplicadas en otras partes. Estos cuasi contratos son en primer lugar: el manejo ó administracion de negocios ajenos, del cual nace una accion llamada del mismo nombre, directa y contraria. El 2.º es, la tutela, de la que nace otra accion, asimismo directa y contraria. El 3.º es, la herencia comun, de donde sale la accion llamada *familiae erciscundae* mista de real y personal; y así, trataremos de ella despues. El 4.º es, la accion de la herencia que produce una accion personal que compete á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo del testamento, para obligar al heredero que aceptó, á pagar los legados, fideicomisos y demás cosas dejadas en el testamento, con sus frutos y accesiones desde el dia de la muerte del testador. El 5.º es, la paga indebida, de la cual nacen la condicion ó accion personal para repetir lo pagado, en los casos que se explicaron en su lugar. El 6.º es, recibir los maestros, taberneros y mesoneros algunas cosas en su nave, taberna ó meson; y de la accion que se dá contra ellos cuando los compañeros ú otros de los viajeros hurtan algunas cosas, ó hacen algun otro daño, se trató ya en donde corresponde. (2) El último es, el gasto ó espensas hechas en el entierro

(1) Estas acciones se llamaban entre los romanos *in factum*, y tambien *praescriptis verbis*, porque debían concebirse en las demandas con ciertas y señaladas palabras, arreglándose á las que resultaban de las convenciones particulares, y deduciendo en juicio segun ellas la accion *in factum*; pero el dia de hoy no hay palabras algunas señaladas para introducir las acciones.

(2) Tít. 5. de este libro.

de algun difunto. Se verifica en el caso de que uno movido de piedad haya hecho dichos gastos de su cuenta; por no estar todavía aceptada la herencia; y no haber heredero que pueda hacerlos. Se dice que este es un cuasi contrato, porque propiamente no es mandato, supuesto que ninguno mandó, ni administracion de negocios ajenos, porque aun no hay heredero de quien se administren, y al difunto no le pertenece ya esta administracion. Mas en este caso se concede al que hizo los gastos, la accion llamada *funeraria*, que es: *una accion personal que compete contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenecía hacer los gastos del funeral del difunto, para que restituya todo lo gastado por dicho motivo.* Esta accion es tan privilegiada, que el actor será preferido en la paga á todos los otros acreedores del difunto.

Resta explicar la cuarta clase de acciones personales, que son aquellas que nacen de un hecho ilícito á que llamamos delito. Este es, ó verdadero ó cuasi delito. Verdaderos son en primer lugar, aquellos cuatro delitos privados de que hemos tratado en los títulos anteriores. Del hurto, pues, que es el primero, nace la condicion furtiva, que es, una accion persecutoria de la cosa, y la accion de hurto que persigue la pena. (1) De la rapiña que es el 2.º nace la accion de este nombre, ó la de hurto, ámbas personales. Del daño hecho contra justicia nace otra accion de su mismo nombre; y de la injuria, la accion de injurias esplicadas ámbas ya. Se agrega á estas el delito de recibir algo por causa torpe ó injusta, y la accion que se concede para repetir lo dado, se llama condicion por causa torpe, y es: *una accion personal en virtud de la cual aquel que honestamente y con buen fin dió alguna cosa, puede repetirla del que la recibió por causa torpe ó injusta y de sus herederos, con sus frutos ó su estimacion en caso de haber perecido.*

Mas esta accion no tiene lugar si interviene torpeza de parte del que dá y no del que recibe: v. g., lo que se

(1) De esta se trató en el tít. 1.º

dá á una meretriz despues de haber pecado con ella. Tampoco se concede si hay torpeza de parte de uno y otro: v. g., lo que se diese á un juez ú otro oficial público á efecto de sobornarlo. Infírese, pues, que solo tiene lugar en el caso de que uno dá por causa honesta, y otro recibe por torpe ó injusta: v. g., por evitar el que se cometa un homicidio ú otro delito.

Otra accion procedente de delito es la llamada *de distrahendis rationibus*, y compete al huérfano para repetir contra su tutor cuando con dolo ó fraude ha usurpado parte de sus bienes, y ha dado cuenta fraudulentamente; y produce el efecto de compelerlo á que las liquide ó aclare, y pague lo que hubiere sustraído, con el doble.

Por lo que hace á los cuasi delitos, de cada uno de ellos nace su respectiva accion; pero no tiene nombre determinado, sino que se espresa con el del cuasi delito á que pertenece.

Explicadas ya las acciones reales y personales; síguese ahora tratar de las mistas, que son aquellas que participan de la naturaleza de unas y otras, aunque por lo regular se pueden reducir á alguna de las dos especies.

Las principales acciones de esta naturaleza, son las que se conceden para deslindar los términos comunes, para pedir la herencia ó dividirla, y para dividir qualquiera otra cosa comun, á las que agregamos la accion pauliana, porque siendo en realidad personal, tiene tambien algo de real. La accion para deslindar los términos comunes á que dicen en latin *finium regundorum*, es de aquellas que se llaman dobles, porque en el juicio que se intenta, ámbos colitigantes pueden instruirla como actores. Tiene lugar en cualesquiera términos, mojones, ó limites oscurecidos ó confusos, para que, averiguándose su antigua situacion, se restablezcan ó se termine el pleito por adjudicacion de partes señaladas. (1) Es mista de personal y real porque se instruye contra el que dió ocasion al litigio, y para vindicar una cosa en que se tiene dominio; y así, compete

(1) L. 10. v. Otrosí decimos. En el mismo tit. 15. Part. 6.

como directa á solos los dueños de los predios y como útil á los que en ellos tienen derechos útiles: v. g., los usufrutuarios. Tambien compete ó se dá no solo para arreglar los limites, sino para la recuperacion de quanto interes de los frutos percibidos y daño causado.

La segunda accion mista y tambien doble es, la que se dá para dividir una cosa comun, y trae su origen de que ninguno puede ser obligado á permanecer en comunidad con otros por los inconvenientes que de ello resultarían. Supuesto este principio, se introdujo la accion *communis dividundo*, porque como la del contrato de compañía pertenece mas á las prestaciones personales, que á la division de las cosas comunes, fué preciso inventar una que solo tuviese este objeto, bien naciese la comunidad de compañía, ó bien de otra qualquiera causa, escepto herencia y confusion de términos. De lo dicho se infiere, que esta es: una accion que compete directamente por razon del dominio á cualquiera de los que poseen como dueños pro indiviso alguna cosa, para que se divida y se presten los frutos percibidos. (1)

La accion de division de herencia, dicha *familiae erciscundae*, se concede para dividir los bienes de ella judicialmente, cuando no se han convenido los coherederos á ejecutarlo por sí. Es tambien mista de real y personal, porque se dá para conseguir las cosas hereditarias: de lo que se deduce, que por ella se exigen los frutos percibidos de la herencia comun, y por el contrario se satisfacen las expensas hechas en ella. (2)

La accion de peticion de herencia se cuenta entre las mistas por nacer, no solo de derecho en la cosa, sino tambien de derecho á la cosa, pues dimana del derecho hereditario, y del cuasi contrato que hay en el caso de que uno administra una herencia comun. Es, pues: una accion por la cual el heredero pide la herencia que le compete, con todos los frutos y acciones que les corresponden desde

(1) L. 2. tit. 15. Part. 6.

(2) Véase el título 15. Part. 6. y principalmente, la ley 10.

el día de la muerte del testador. Se dá esta acción al heredero, ya sea por testamento ó ab intestato, contra aquel que se reputa como heredero, ó que posee de otra suerte ó sin causa alguna, para obligarlo á que restituya la herencia con sus frutos, segun hemos dicho, y resarza los daños, si los hubiere causado.

La querrela de inoficioso testamento no es otra cosa; que: *una especie de feticion de herencia, ó una acción que compete á los desheredados, contra los herederos instituidos en el testamento para pedir que se rescinda el testamento, y ellos sean admitidos á la herencia como herederos ab intestato.* No nos estendemos mas en esta acción por estar explicada ya en otra parte. (1)

Finalmente: hemos agregado á las acciones mistas la pauliana, por tener tanto de las reales y personales, que por unos autores es tenida por solo real, y por otros por solo personal. (2) En efecto: si no es mista, es de una naturaleza especial; y corresponde cuando el deudor enagenando sus bienes intenta defraudar á sus acreedores; y con efecto se verifica así. Por esto no debe introducirse hasta que hecha escusion en sus bienes se acredite la insolvencia. (3) Debe intentarse siempre que el deudor por cualquier hecho que disminuya su patrimonio se hace insolvente; pero no cuando por alguno deja de adquirir. Se dá contra los que adquieren bienes del deudor fraudulento por título oneroso y con noticia del fraude; y contra todos los que los obtienen por título lucrativo, aunque lo ignoren. (4) Se puede intentar esta acción dentro de un año computado desde el día que supieron la enagenacion. (5) Es, pues, la acción llamada pauliana: *una acción que se concede á los acreedores para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas*

(1) Lib. 2. tit. 18. de estas instituciones.

(2) Por solo real la tiene el teatro de la legislación fundándose en Justiniano: por solo personal la tiene Heinnecio en este tit.

(3) Arg. de la ley 7. ibi. *por que non puedan fallar de lo suyo tit.* 15. Part. 5.

(4) Dha. ley 7. en el medio tit. 15. Part. 5.

(5) Dha. ley 7.

*por sus dsudores en fraude suyo, obligando á los poseedores á que restituyan lo recibido con sus frutos. [\*]*

[\*] Para la exácta inteligencia de esta acción, que es importante en la práctica, anotaremos lo que dicen algunas leyes sobre ella. Una, declara por enagenacion fraudulenta la que hace el deudor personal de todos sus bienes, despues que es condenado al pago de sus deudas, y ántes de haberse trabado la egecucion en ellos. (1) En la misma, se concede la revocacion de la donacion hecha en vida ó legado en testamento cuando se perjudica á los acreedores: y tambien podrán revocarse segun ella las ventas, cámbios, daciones en dote ó prenda, justificando el acreedor que el que así la recibió sabía la dólora intencion de su deudor en fraude de los acreedores, concediendo á los menores de 25 años el privilegio de que no puedan ser despojados de los bienes adquiridos por los títulos ya expresados, aunque supiesen el engaño, sin que se les abone el precio que por ellos dieron. (2) Otra ley declara fraudulenta la enagenacion egecutada contra los acreedores cuando éstos por sí ó por otros se opusieron á que se efectuase. (3) Pero no se tiene por tal cuando el deudor dá en pago de una deuda legitima á su acreedor bienes que deducidos de su patrimonio lo hacen insolvente para con otros; de cuya regla se exceptúa el caso de que hubiese ya hecho cesion de ellos de su voluntad ó por mandato del juez. (4) Tambien está prevenido en ellas obtenga para sí los bienes del deudor sin comunicarlos á los demás acreedores, aquel que sabiendo que huye por no pagar se los toma de su autoridad por hallarlo en despoblado, ó con la del juez, si estaba el deudor en lugar donde le había; con tal que los bienes aprehendidos valgan tanto como la deuda del que los tomó, pues en lo que excedan deben comunicarse. (5) Igualmente declara otra, que la restitucion de la cosa enagenada con engaño debe hacerse con los frutos, y en el estado que estaba al tiempo de la enagenacion, y los que produjese desde el día en que se demandase en juicio hasta la sentencia, deduciendo las expensas hechas en la recaudacion de éstos, ó mejoras en la cosa. Pero los frutos que ésta produzca en el medio tiempo desde la enagenacion á la demanda, son del comprador. (6)

(1) L. 7. tit. 15. Part. 7.

(2) Dha. ley 7.

(3) L. 8. del mismo tit.

(4) L. 9. tit. 15. Part. 5.

(5) L. 10. del mismo tit.

(6) L. 11.



Pero es de advertir que no tiene lugar esta accion contra el acreedor que fué vigilante en cobrar, aunque por esto no queden bienes para la satisfaccion de los otros, ni contra el comprador que los adquiere con ciencia y tolerancia de aquellos.

## §. II.

### DE LAS ACCIONES PERSECUTORIAS DE LA COSA. PENALES Y MISTAS.

**H**emos concluido la primera division de las acciones: síguese la segunda, por la cual unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas. Persecutorias de la cosa son aquellas por las cuales solo pedimos lo que se nos debe ó ha salido de nuestro patrimonio. De esta calidad son: 1.º Todas las acciones reales. 2.º Todas las que nacen de la equidad natural, pactos y contratos; escepto la accion del depósito miserable que en el caso de que el depositario lo niegue dolosamente se dá en el doble; y así, es mista de persecutoria y penal. 3.º De los delitos, solamente hay dos acciones puramente persecutorias de la cosa, y son la condicion furtiva, y la accion de sustraccion de cosas; y es aquella que compete á los casados cuando alguno de ellos durante el matrimonio, pero principiada la causa de divorcio, quitase, ocultase, vendiese ó consumiese alguna cosa por sí ó por medio de otros, para que la restituya con sus dependencias ó frutos, ve-

Por último: precaviendo todo fraude en la materia, se declara insubsistente la remision de la deuda hecha por alguno á su deudor en perjuicio de los acreedores del que la perdona, cuando sabe el engaño aquel á cuyo favor se hizo. Tampoco se liberta de la obligacion al pago el fiador cuando se le echa fuera de la fianza, sabiendo él, que se hace en fraude de los acreedores; ántes en el caso de ignorar este hecho el deudor principal, es obligado dicho fiador al pago de toda la deuda, teniendo bienes suficientes, y solo en defecto de éstos, el deudor principal; de cuya obligacion se exime el fiador, ignorando el fraude cometido por su deudor. L. 12. del mismo tít. 15. Part. 5.

rificado el divorcio. Puramente penales se llaman aquellas por las cuales solo se persigue la pena. Estas no son muchas, y solo provienen de delitos; y son la accion de hurto, la de injurias, la de lo suspendido ó colgado en algun lugar donde pueda caer y hacer daño, y la de las cosas derramadas ó arrojadas, en el caso de causar la muerte á alguno. Mistas son por las que juntamente se persigue la cosa y la pena. Estas son: 1.º La accion de depósito miserable, por la cual se consigue el doble, en que se incluye la cosa y la pena. 2.º La accion del legado dejado á lugares sagrados ó á causas piadosas, pues en el caso de que el heredero niegue que lo debe, ó retarde maliciosamente su solucion, se le condena tambien al doble. Finalmente: son mistas de persecutorias de la cosa y penales, todas las acciones que nacen de los delitos, de que hemos tratado ya.

## §. III.

### DE LAS ACCIONES POR LAS CUALES SE PIDE EL SIM- PLO, DUPLO &c., Y DE LAS DE BUENA FÉ DE RIGOROSO DERECHO Y ARBITRARIA.

**A**unque en nuestro derecho se encuentran leyes que dan acciones para pedir mas de la cosa que se debe, como es el doble, tres tantos ó cuatro; con todo, la práctica del dia acredita que no tienen uso tales acciones en esta parte, y que con razon se dice comunmente que es feliz el que consigue, mediante la accion que intenta, su cosa solamente; por lo que omitimos gastar el tiempo en hacer una larga enumeracion de ellas.

Del mismo modo en el dia no se conoce la distincion que había antiguamente entre acciones de buena fé, de rigoroso derecho, y arbitrarias; mas para dar una completa idea de este título, diremos brevemente lo que eran, remitiendo á los que deseen mas estension en esta materia, á los autores que de ella tratan. (1)

(1) Vinu. en el §. 28. de este tít. Heinn. en el mismo tít. desde el §. 1181. hasta el 91.

Acciones de buena fé eran aquellas por las que no estaba el juez ligado á ciertas fórmulas, ántes por el contrario, con libertad podía determinar lo que segun bondad y equidad debe darse y recibirse por los colitigantes. Tales eran todas las que nacen de contratos ó negocios bilaterales, en los que es mútua la obligacion. Las de rigoroso derecho eran aquellas que compelián al juez á sentenciar segun lo convenido espresamente por las partes, de suerte que no podía adjudicar nada mas de lo que se contenía en la cantidad cierta y espresa de la convencion; y de esta naturaleza eran todas aquellas que traían su origen de negocios unilaterales, como la que nace del mútuo, de la estipulacion, del contrato literal, de la paga indebida, y del testamento. Las acciones arbitrarias se daban cuando el juez habiendo graduado primeramente conforme á equidad, cuánto debía pagar el reo, éste por malicia ó contumacia no quería obedecer, por lo que le condenaba á satisfacer del modo que á su arbitrio juzgaba conducente, ó en cuanto juraba el actor que le interesaba. Entre estas acciones se contaban todas las reales, (excepto la petition de herencia) la accion de lo obrado por miedo, y la de dolo, la accion á exhibir, la accion de lo que se prometió pagar en cierto lugar, con la cual aquel á quien se le prometió la paga en determinado lugar, repite contra el que no le pagó en el lugar prometido, para que le satisfaga todo el daño causado é intereses; la accion redhibitoria, que es la que se dá para rescindir la venta de cosa viciosa, y la que compete para deslindar los términos comunes.

En esta cuarta division de las acciones se trata regularmente, como por via de apéndice, del daño que resulta al actor pidiendo en juicio mas de lo que se le debe; acerca de lo cual diremos algo. Es principio asentado que el actor, siempre que sea posible, debe pedir una cantidad determinada; de suerte, que no basta que diga: *Ticio me debe mucho*, sino que debe espresar cuánto le debe: v. g., 600 pesos, pues de lo contrario no podrá el juez, como debe, dar una sentencia precisa y determinada.

Mas se añade: que así se debe practicar siempre que sea posible, porque en muchas acciones no lo es: v. g., en las acciones hereditarias, y en otras universales, en las cuales el heredero pide la herencia aunque ignore á cuanto ascienda su valor, lo que aparecerá despues por el inventario que se haga.

Antiguamente era tan rigoroso el derecho en este particular, que el que pedía, aunque fuese un real mas de lo que se le debía, se le condenaba á perderlo todo. (1) El pedir mas era de varios modos: se pedía mas *en cosa* cuando se pedía mayor cantidad de la que se adeudaba: v. g., 500 pesos por 400: *en tiempo* cuando se pedía mas luego ó ántes de que llegase el día: v. g., si se pedían el día de hoy 100 pesos que no se debían pagar, sino hasta despues de un año; ó por razon *del lugar*, como si se pide en lugar en que es mas incómodo para el deudor el pagar, que aquel en que prometió hacerlo: ó finalmente, por cualquiera otro motivo que haga mas gravosa ó mayor la paga, que llaman, *mas por causa*: v. g., si se pide puramente lo que se debe bajo de condicion que no se ha cumplido: si se pide precisamente al esclavo Ticio, habiéndose prometido dar á Ticio ó á Cayo alternativamente. En todos estos casos, y en otros semejantes lo perdía todo el actor por haber pedido mas. (2) Este rigor está mitigado en nuestro derecho; y así se halla establecido, que el que pide mas por razon del tiempo, es decir, el que pide ántes de tiempo, tenga la pena de que se le duplique el que debía esperar: v. g., debía uno pagar de aquí á un año, si le cobra ahora su acreedor, tendrá que aguardar dos años en pena. (3) El que pide mas por razon del lugar ó de la causa, tiene la pena de pagar el tres tanto de todos los daños y perjuicios que haya causado con su demanda. (4) Finalmente: el que pide mas en cosa, debe pagar las costas del pleito, como tambien el que pide mas.

(1) L. 43. tit. 2. Part. 3.

(2) Dicha ley 43. tit. 2. Part. 3.

(3) L. 45. tit. 2. Part. 3.

(4) Dha. ley 45.

en tiempo; pero ninguno pierde lo que en realidad se le debe. (1) Mas esta severidad de las leyes de Partida, aun mitigada algun tanto, no tiene lugar en el día; y así, al que pide mas, solo se le condena en las costas, como injusto litigante. Por otra parte, enmendando el actor el libelo ó petición que ha presentado al juez, como puede ántes de la sentencia, (2) ó evitará del todo la pena no causando perjuicio al reo, ó la disminuirá tanto, cuanto se disminuían las actuaciones que se hubieran de hacer continuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas.

#### §. IV.

### DE LAS ACCIONES POR LAS CUALES SE CONSIGUE TODO LO QUE SE DEBE, Y DE LAS CON QUE SE CONSIGUE MÉNOS.

Resta solamente tratar de la quinta division de las acciones, y la mas fácil: esta es, que hay unas acciones por las cuales se consigue el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se consigue ménos. Sentamos por regla general: que el todo se consigue ordinariamente con cualquiera accion, ya sea real ya personal. Pero hay ciertos casos en que se consigue ménos, y estos sirven de excepciones de la regla dada.

El primer caso es en la accion de peculio: ésta tiene lugar cuando el hijo de familias ó siervo que tiene peculio profecticio ha comerciado y contraído deudas: entonces los acreedores deben intentar la accion de peculio contra el padre ó el señor, para obligarlo á que pague hasta donde alcance el peculio. De consiguiente si hay ménos en el peculio que la cantidad que se adeuda los acreedores reciben ménos que el todo de la deuda. (3) Pero de es-

(1) L. 43. del tít. 2. Part. 3.

(2) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) A.g. de la ley 5. tít. 17. Part. 4.

ta acción trataremos de propósito en el siguiente título.

El segundo caso se verifica en la compensacion: ésta, segun hemos dicho en otra parte, es: *un contrapeso ó equilibrio de la deuda ó obligacion del deudor y del acreedor*. De aquí es que produce efectos de paga y disminuye la obligacion por ministerio del derecho (*ipso jure*) á lo ménos hasta la suma concurrente: v. g., finjamos que Ticio se presenta contra Cayo diciendo que le debe mil pesos: mas Cayo por su parte prueba que Ticio le debe seis-cientos: entonces ésta suma se compensará con aquella; y así, á Ticio solo se le adjudicarán cuatrocientos, es decir, ménos del todo. (1)

El tercer caso es, cuando se goza del *beneficio llamado de competencia*, el cual no es otra cosa: *que un privilegio personal que hace que quien lo goza no pueda ser condenado á pagar mas de lo que pueda cómodamente*: es decir, que á quien tiene beneficio de competencia, no se le quita cuanto tiene hasta obligarlo á mendigar, sino que se le deja lo necesario para que subsista. De este privilegio gozan unos por razon del parentesco, como los ascendientes y descendientes; y otros por justas consideraciones, como el marido y la muger, el patrono y el liberto, los sócios y los que son reconvenidos por donacion. (2) A los parientes se agregan con mucha razon los hermanos; porque aunque no les conceden espresamente este beneficio nuestras leyes, pero se hace argumento de mayoria de razon con los sócios, que lo gozan por reputarse como hermanos. (3) Por conmisericacion se concede este beneficio al deudor que de buena fé hizo cesion de todos sus bienes, para que si despues viniere á mejor fortuna, no sea obligado á pagar mas de lo que pueda, quedándole siempre lo necesario para su cógrua sustentacion. (4)

(1) L. 20. y sig. tít. 14. Part. 5.

(2) Ll. 1. tít. 15, Part. 5. y 15. tít. 10. de la misma Part.

(3) Arg. de la ley 1. y 10 tít. 10. Part. 5.

(4) L. 3. tít. 15. Part. 5.

## TITULO VII.

## DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS QUE ESTAN EN AGENA POTESTAD.

Después de haber explicado en el precedente título las cinco primeras divisiones de las acciones; síguese explicar en éste la sesta, á saber: que unas acciones nacen de *hecho nuestro*, y otras de *ageno*, esto es: de un hijo de familias, de un siervo ó de algun cuadrúpedo nuestro. Trátase pues, aquí, de las acciones que se dan contra el padre ó el señor, por los contratos de los hijos de familia ó siervos: en el siguiente título, de las que corresponden contra el señor por los delitos de los siervos; y finalmente en el nono, de las que se dan contra el poseedor, por los daños causados por sus béstias.

Todas las acciones que se tratan en este título, tienen la particularidad de ser un cierto género supremo, (1) bajo del cual se comprenden varias especies de acciones, y tantas cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo: la accion de peculio es género: si el hijo de Ticio debe por razon de mútuo, se puede intentar contra el padre la accion de *mútuo, de peculio*: si debe por compra, la accion de *venta de peculio*; y así, de las demás. De suerte, que el ser de peculio es, una *calidad añadida* á las acciones que nacen de los contratos celebrados por semejantes personas; y lo mismo se debe decir de las demás de que se trata en este título.

Si se pregunta ¿por qué el padre ó el señor quedan obligados por los contratos hechos por sus hijos ó siervos? Podemos responder á esta cuestion, dando dos causas de esta disposicion, una remota y otra próxima. La remota es, porque el vínculo de la potestad, ya sea paterna, ya dominica, induce unidad de persona; y así, el padre y el hijo, el señor y el siervo se repútan en derecho como una

(1) En latin se llaman estas acciones *adjectivae qualitatis*.

misma persona; de donde podemos inferir, que lo que el hijo y el siervo trataron, lo trató el padre, ó el señor. Pero en realidad esta razon es remota y fundada en una especie de ficcion, y tan trascendental, que de élla se podría inferir que aun por los delitos del hijo podía ser reconvenido el padre; y así, es necesario recurrir á otra razon mas inmediata. Esta comprende cuatro casos. 1.º Si el padre ó señor mandó al hijo, ó siervo contraer. 2.º Si el padre ó señor puso al hijo ó siervo de negociante. 3.º Si el padre ó señor dió al hijo ó siervo peculio para que negociase con él. 4.º Si lo adquirido por el hijo ó siervo en sus contratos se convirtió en utilidad del padre ó señor. De aquí se coligen las acciones de que se ha de tratar en este título: á saber. 1.º De la accion de mandato del padre ó dueño. 2.º De la accion exercitoria é institoria. 3.º De la tributoria. 4.º De la accion de peculio. 5.º De la accion de lo convertido en utilidad propia.

La primera accion es la de mandato del padre ó dueño. Este mandato ó precepto (que esto quiere decir la palabra *jussum*) se diferencia del mandato de que hemos tratado en el libro antecedente. Aquel es un verdadero contrato que requiere el consentimiento de ámbos contratantes, lo que no se puede verificar en el padre y el hijo, ni entre el señor y el siervo, que no se reputan por dos sino por una persona: luego éste de que tratamos no se puede llamar en rigor mandato, sino un precepto que los padres ó dueños imponen á sus hijos ó siervos. De consiguiente, si el padre manda á su hijo contraer ó negociar, ó á su siervo el señor, es lo mismo que si el padre ó señor hubieran contraído ó negociado, y quedan obligados por esta accion, la que podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel que contrajo con un hijo de familia ó siervo, que tenía orden de su padre ó señor para contraer, á efecto de obligar á éstos, ó á sus herederos á que cumplan el contrato celebrado, en todas sus partes.* (1)

(1) Arg. de la ley 2. tit. 16. lib. 4. Rec. de Cast. en la que se previene, que de cualquier modo que conste que uno quisó obligarse, queda obligado.

Síguense las acciones exercitoria é institoria, para cuya inteligencia es necesario explicar algunos vocablos. *Exercitor* en lengua latina se llama aquel que trata de cargar una nave, suya, ó alquilada, para echarla al mar, de suerte que á él, como á dueño, pertenecen los emolumentos ó réditos de élla. Este por lo comun pone á otro en su lugar para que entienda en las negociaciones, presida y gobierne la nave, el cual se llama *maestre de nave*, *capitan* y aun *patron*, siendo indiferente el que sea padre ó hijo de familia, libre ó siervo, mayor ó menor. Al que ponen los mercaderes en sus tiendas públicas para que en su nombre gire y gobierne la negociacion en éllas, llaman en latin *institor*, y entre nosotros se conoce con el nombre de *factor ó cajero mayor*. Tampoco importa el que éste sea padre ó hijo de familias, siervo, ó libre, mayor ó menor. Finalmente: las condiciones que se prescriben por el dueño al maestre de nave ó factor para que las guarde precisamente en el comercio, se llaman *instrucciones*. Ahora, pues, si un mercader inglés envía á España una nave con su correspondiente maestre, y los mercaderes españoles contraen con él, parece que en rigor no deben éstos tener accion contra el mercader inglés supuesto que no contrajeron con él, sino con el maestre: mas nuestro derecho siguiendo la equidad concede á éstos la accion llamada *exercitoria*: es, pues, esta: *una accion personal que compete á los que contrajeron con el maestre del navío conforme á la instruccion recibida contra el exercitor ó dueño para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el maestre.* (1)

De la misma naturaleza es la institoria, la que tambien es: *una accion personal que corresponde á aquel que conforme á instruccion contrajo con algun factor, contra el mercader que lo puso en la tienda para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el factor.* (2)

Mas acerca de estas acciones se debe observar: 1.º Que queda siempre en arbitrio de los actores intentar la ac-

(1) L. 7. al fin. tit. 21. Part. 4.

(2) Dha. ley 7.

cion que tienen contra el maestre ó factor, ó la que igualmente les corresponde contra él exercitor ó mercader, pues esta accion concedida por equidad, no debe quitar la directa que tiene cualquiera contra la persona con quien contrajo: 2.º que no tienen lugar estas acciones por delito del maestre ó factor, como ni tampoco por otros contratos, que no pertenezcan al oficio en que están puestos. (1) Y la razon es, porque los que los pusieron en aquel cargo solo están obligados en fuerza del consentimiento que dieron para los contratos que celebrasen, y deben constar de las leyes de la instruccion que les hayan dado.

Síguese la accion tributoria, [\*] que en el día no tiene uso alguno ni se hace mencion de élla sino en el derecho de romanos, por lo que no parece regular tratar de ella en unas instituciones que solo tienen por objeto el derecho de España.

La quinta accion es, la de peculio. Peculio se llama un pequeño patrimonio que el hijo de familias ó siervo po-

(1) Arg. de la ley 7. ya citada, deducido de aquellas palabras: *con quien quier que los haga por razon de aquel menester ó mercadería en que lo pone.* al número 3.º

[\*] Porque no se ignore qué cosa era esta accion, la trataremos brevemente por via de nota. Entre los romanos, si un hijo de familias que había comerciado con el peculio profecticio quebraba por haber contraído muchas deudas, y sus acreedores lo urgían para que pagase; en este caso no necesitaba de recurrir al juez, sino solamente á su padre que tenía la calidad de juez doméstico. Este, pues, estaba obligado á distribuir prorata entre los acreedores las mercaderías procedentes del peculio, y á esto llamaban *distribuir*, en latin *tribuere*. Pero sucedía muchas veces que el padre fuese injusto y no guardase la igualdad debida en esta distribucion, prefiriendo un acreedor á otro de mejor derecho; y para que este daño se remediasse, se daba á los acreedores la accion *tributoria*, que competía á aquellos á quienes se habían distribuido mal las mercaderías del peculio del hijo ó siervo, contra el padre ó señor, para obligarlo á que ejecutase una distribucion arreglada. De lo dicho se infiere claramente, el motivo de estar abolida esta accion, pues en su caso aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ni al señor la graduacion de los créditos ni el pago, sino al juez.

sea con separacion del caudal de su padre ó señor. Mas como éste, por razon del hijo, sea de muchas maneras, y se divida en militar y pagano, y de éstos el primero en castrense y cuasi castrense, y el segundo en adventicio y profecticio; aquí solamente se habla del profecticio que es, aquel que dimana de los bienes del padre. Ahora, pues, si el padre á su hijo ó el señor á su siervo dió peculio para que negociase con él, y este hijo ó siervo contrajo deudas ó quedó responsable en algunos contratos que celebró; en este caso los acreedores á quienes se debe algo, tienen la accion de peculio contra el padre ó señor y sus herederos, hasta donde alcance el peculio. Están, pues, obligados el padre y señor en todo el valor del peculio, y si hay poco ó nada en él, poco ó nada pagan: por esta razon referimos en el título antecedente, esta accion entre aquellas por las cuales no siempre se consigue el todo. Concluiremos con su definicion en terminos para mayor claridad. Es, pues: *una accion personal de calidad adherente á todos los contratos, que se dá contra el padre ó señor por el contrato celebrado por el hijo ó esclavo que tiene peculio, para obligarlo á pagar hasta donde alcance el valor de éste.*

La última accion perteneciente á éste título es, la que se llama *de lo convertido en utilidad propia*, en latin *in rem verso*. Se introdujo esta accion en favor de los que contrataban con los hijos de familia ó esclavos, para repetir por medio de ella contra sus padres ó señores, estinguido el peculio, todo cuanto se hubiese convertido en su utilidad ó entrado en su patrimonio. El caso de ella se puede figurar de esta suerte: un padre ó señor no mandó á su hijo que contragese: mas con todo el hijo ó siervo contrajo de modo que resultó utilidad ó aumento en su patrimonio, ya sea porque recibiese algo del contrato, como si compró algunos cajones de libros y los remitió á su padre; ó ya sea que éste dejase de hacer algunos gastos necesarios con su dinero y los hiciese con el que el hijo había tomado á mútuo: como si reparó su casa que amenazaba ruina, y pagó á sus acreedores. (1) Se funda,

(1) L. 7. tit. 1. Part. 5.

pues, esta accion en aquel principio de equidad: que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, y por lo mismo, aunque se introdujo directa por los contratos de hijos de familia y siervos, se dá tambien útil contra cualquiera, por lo que otros hagan á su nombre, verificándose haberse convertido en su provecho. (1) De lo dicho se infiere, que la que hemos explicado es: *una accion personal que se dá contra el padre ó señor por la responsabilidad que les resulte de los contratos celebrados por su hijo ó siervo que administraron peculio, en cuanto se haya convertido en su utilidad.*

## TITULO VIII.

### DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS DE LOS SIERVOS, LLAMADOS NOXALES.

Las acciones explicadas en el título antecedente dimanar de contratos: sigúense ahora las que nacen de delitos de los siervos. Se llaman noxales de esta palabra *noxia*, por la que se entiende en derecho, cualquier daño causado por algún delito de un siervo. *Noxa* se llama al mismo siervo que causó el daño, ó cometió el delito; pero aunque ésta es la rigorosa significacion de estas palabras, se suelen confundir y usurpar promiscuamente. Es, pues, accion noxal: *la que intentan aquellos á quienes ha dañado algún siervo, contra cualquiera que lo posee, á efecto de obligarla, ó á que resarcia el daño causado, ó á que entregue el siervo á la noxa*: es decir, que lo entregue al dañado en manera de satisfaccion. (2)

La naturaleza de estas acciones consiste en dos cosas: 1.<sup>a</sup> Que todas, como las del título antecedente, son de calidad adyecticia, ó adherente, que comprenden bajo de sí tantas especies, cuantos son los delitos privados, y cuasi

(1) Ll. 5. y 6. tit. 1. Part. 5.

(2) Ll. 4. tit. 13. y 5. al fin tit. 15. Part. 7.

delitos que pueden cometer los siervos; y así, si un siervo cometió hurto, se dá la acción noxal de hurto: si injuria, acción noxal de injuria: si dañó arrojando ó derramando, acción noxal de lo arrojado ó derramado. 2.ª Que esta acción es equivalente á real, por que se dá contra cualquier poseedor; y así, el que tiene en su poder al siervo al tiempo de la contestación del pleito, es el reconvenido noxalmente. Mas si el siervo fuese manumitido, entonces él mismo sería reconvenido, no con acción real sino con la directa, procedente del delito cometido.

De la definición dada se deduce claramente, contra quién se dan estas acciones; á saber: contra el señor, pues parece justo que ya que éste lo adquiere todo por el siervo, también sufra el daño cuando lo cause. Mas como podía acontecer que la pena importase mas que el valor del siervo, se tuvo por conveniente conceder al señor arbitrio para que escogiese una de dos, ó resarcir el daño, ó desamparar el siervo. (1)

Lo dicho tiene lugar atendidas las leyes de Partida: mas por el derecho de Indias se puede intentar la acción correspondiente al delito, directamente contra el mismo siervo oyendo á su dueño, si no es que lo desampare ántes de contestar la demanda, ó sea interesado en la acusación, y siempre con citación y audiencia del procurador síndico de la ciudad en calidad de protector de esclavos. (2)

Debemos, pues, distinguir dos casos conforme á este derecho: el primero, cuando el señor no desampara al siervo; y el segundo, cuando lo desampara; pero en ámbos casos hay notable diferencia entre este derecho y el de Partidas. En el primero, no queriendo el señor desamparar al esclavo, y siendo éste condenado á la satisfacción de los daños causados por su delito, en favor del agraviado, deberá pagarlos el señor, y el esclavo sufrirá la pena cor-

(4) L. 5. al fin tít. 15. Part. 7.

(3) Real céd. de 31 de mayo de 1789. cap. 9.

Téngase presente siempre que se cite esta real cédula, estar en suspenso su cumplimiento, segun hemos dicho en otra parte.

respondiente al delito que cometió. (1) En el segundo caso en que el esclavo es desamparado por el dueño, si tiene peculio propio suyo, como puede tenerlo conforme á derecho, (2) debe pagar los daños y perjuicios ocasionados por su delito, y si no tuviere con qué, sufrirá la pena corporal correspondiente, y en uno y otro caso se debe proceder con arreglo á lo que disponen las leyes sobre las causas de los delincuentes de estado libre. (3)

Por lo que hace á los hijos de familia, segun el derecho de España, nunca ha tenido lugar la acción noxal en los delitos que cometen, sino que ellos deben ser reconvénidos, y condenados á la pena correspondiente, la que si fuere pecuniaria y él no tuviere peculio, ni su padre la quisiere pagar, se convertirá en corporal. (4)

## TITULO IX.

### DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS CUADRÚPEDOS Ó BESTIAS.

Acerca de este título, para proceder con claridad, debemos distinguir tres casos. El 1.º cuando una bestia mansa contra su natural instinto ó costumbre y sin instigarla hizo daño: v. g., cuando un caballo dá coces. El 2.º cuando dañó en las cosas ajenas por hechos naturales: v. g., un buey pastando en prados ó mieses de otros; y el 3.º cuando el daño proviene de una bestia de las que se llaman fieras, como leon, oso, tigre &c.

(1) Véase sobre este caso la ley 10. tít. 1. Part. 7. que dice: que no queriendo el señor pagar la pena pecuniaria que merece el siervo, que se le den corporal, pero no de muerte.

(2) Dha. real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 3.

(3) Arg. del cap. 3. ya cit. y del 9, de donde se deduce lo explicado.

(4) L. 5. al fin tít. 15. Part. 7.

Para todos estos casos, aunque por nuestro derecho no tienen nombre distinto las acciones que resultan, se debe proceder en ellos con distincion, por no ser una misma la pena que se impone en todos. (1)

La accion que resulta en cualesquiera de ellos, se llama de daño causado por las bestias, llamada en latin *pauperies*, aunque esta palabra se usurpaba para significar el daño ocasionado por un cuadrúpedo contra su naturaleza, conforme esplicamos en el primer caso. Sea, pues, por hecho contrario á su natural mansedumbre, sea por un hecho natural, corresponde por nuestro derecho: *una accion contra cualquier poseedor del animal que dañó sin ser irritado ni instigado, para que, ó resarza el daño causado, ó entregue la bestia.* (2) Se dice que esta accion se intenta contra cualquier poseedor; porque no es puramente personal, sino que tiene esta calidad de real. (3) Se dice que ha de haber dañado sin ser irritado ni instigado; porque si alguno la espantó ó la irritó, no se dá esta accion, sino la de daño causado sin derecho, y no contra el señor de la bestia, sino contra el que la irritó. (4) Finalmente se añade: que debe el dueño resarcir el daño ó entregar el animal; porque esta accion es *noxal* que tiene por su naturaleza esta alternativa, y milita para ella la misma razon que dimos en el título antecedente.

Tiene tambien por efecto esta accion cuando es intentada por daños hechos en huertas, mieses ú otras cosas de alguno, causados por los animales á sabiendas del dueño, ó por malicia saya ó del pastor que los guarda, de obligar á la satisfacion del doblo de todos los daños conforme los valuaren hombres inteligentes. (5) Pero aun cuando se encontrase á las bestias ó ganados haciendo el daño, no se

(1) Por derecho de romanos la primera accion se llamaba de *pauperies*; la segunda de *pastu pecorum*; y la tercera se llamaba *Edictia*; pero nosotros á cualquier daño de estos tres podemos llamar *pauperies*.

(2) Ll. 22. y 24. tít. 15. Part. 7.

(3) Arg. de la ley 22. ya citada.

(4) Dha. ley 22. al fin tít. 15 Part. 7.

(5) L. 24. tít. 15. Part. 7.

rá lícito matarlos, herirlos, ni hacerles mal alguno, solo si cogellos para llevarlos ante el juez. (1)

En la América consultando al bien de los indios, y considerando que las haciendas de ganados vacunos, yeguas, y de otros mayores y menores, pueden hacer gran daño en los maizales de los indios cuando están muy cerca de sus pueblos, está mandado: que no se concedan haciendas ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños: que las que haya de haber se sitúen léjos de los pueblos de los indios y sus sementeras: que las justicias hagan que los dueños del ganado pongan tantos pastores y guardas que basten á evitar el daño; y que en caso que suceda alguno, lo hagan satisfacer. (2)

No bastando estas disposiciones por su generalidad, se estableció posteriormente: [\*] que las haciendas de ganado mayor no se puedan situar dentro de legua y media de las reducciones antiguas, y las de ganado menor media legua; y que en las reducciones que de nuevo se hagan haya de ser el término dos veces tanto, pena de perder la hacienda y mitad del ganado que en ella hubiere. Finalmente: que todos los dueños de hacienda tengan el ganado con buena guarda pena de pagar el daño que hicieren; y se concede á los indios que puedan matar el ganado que entrare en sus tierras sin pena alguna. (3)

Ultimamente: por lo que hace al tercer caso que se agrega á este título, aunque en rigor no pertenece á él, se concede accion al que recibió un daño estimable de una bestia fiera mal guardada, contra el dueño que no tuvo el cuidado debido con su seguridad, para obligarlo á que pague el dos tanto del daño causado. (4) Mas si el daño fuese inestimable, como si la fiera mordiese ó lastimase á un

(1) Dha. ley 24. al fin.

(2) L. 12. tít. 12. lib. 4. Rec. de Cast.

[\*] Digo posteriormente, porque la ley citada es del año de 1550, y ésta de que se trata es del de 1618.

(3) L. 20. tít. 3. lib. 6. Rec. de Indias.

(4) L. 23. tít. 15. Part. 7.



hombre libre, por la misma acción será obligado el señor de la bestia á pagar las espensas de la cura, y todos los daños y menoscabos que se le sigan, ya por la cesacion de obras, ya de otra manera; como si quedase impedido para siempre. Y si muriere, deberá pagar doscientos maravedis de oro, la mitad para los herederos del muerto, y la otra mitad para la cámara del Rey. (1)

## TITULO X.

### DE LOS PROCURADORES.

Con motivo de que las acciones de que hemos tratado hasta aquí se intentan en juicio, ó por sí, ó por medio de procurador, se trata en este título de los procuradores.

*Procurador* en el sentido que aquí se toma, es: *aquel que por mandato del dueño recibe en sí la administracion de algun pleito ó negocio judicial.* (2) Se dice que aquí se toma en este sentido, porque tambien hay procuradores estrajudiciales, que son los que propiamente se llaman mandatarios. Se dice tambien, que el procurador administra un pleito ageno por mandado de su dueño, porque si lo hace sin esta calidad, es decir, sin un mandato ó verdadero, ó presunto, no será procurador sino *defensor*, el que solo se admite en favor del reo y no por el actor; y esto no de otra suerte que dando caucion de rato, y de pagar lo juzgado y sentenciado. (3)

De la definicion dada se infiere, quién puede constituir ó nombrar procurador; conviene á saber: el dueño del negocio que tiene la libre administracion de sus cosas. La razon que tenían los romanos para esto y que tambien se deduce de nuestro derecho (4) es, porque en el procurador

(1) L. 23. al fin del mismo tít.

(2) L. 1. tít. 5. Part. 3.

(3) L. 10. tít. 5. Part. 6.

(4) Arg. de la ley 2. y 3. tít. 5. Part. 3.

se transfere el dominio del pleito; y así, es una especie de enagenacion, la que no puede hacer el que no tiene la libre administracion de sus cosas. De donde se deduce claramente, por qué los hijos de familia, los menores sin autoridad de su curador y los siervos, no pueden constituir procurador sino en ciertos casos, (1) en los que son reputados como dueños.

De la misma definicion venimos en conocimiento de quién puede ser procurador; esto es, cualquiera que sea capaz de encomendarse de la administracion de los negocios judiciales, ó pleitos agenos. (2) Por falta de esta calidad no pueden ser procuradores de otro en cosa alguna, el loco, desmemoriado, mudo y sordo del todo; ni el acusado de delito grave mientras dura la acusacion: la muger si no es por sus ascendientes y descendientes no habiendo quien los defienda, y estando ellos imposibilitados, y tambien por librar á sus parientes de servidumbre ó de sentencia de muerte: los religiosos, si no es en pleito de su órden; los clérigos de órden sagrada, si no es en los de sus iglesias, Rey ó prelado; los siervos, si no es en pleito del Rey: los caballeros ó soldados estando en actual servicio; y los menores de 25 años. (3)

Se acaba el oficio de procurador por muerte del que le dió el poder si acaece ésta ántes de la contestacion de la demanda; pues si acaciere despues, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, aunque los herederos no ratifiquen espresamente el poder, como no nombren otro procurador. (4) Del mismo modo, si el procurador fallece ántes de començar el pleito espira su oficio, pero si ya lo hubiere començado pueden y deben sus herederos continuar en él, siendo idóneos, lo que no se practica. [\*]

(1) Véanse las leyes 2. 3. y 4. tít. 5. Part. 3.

(2) L. 5. del mismo tít.

(3) Ll. 5. 6. 7. y 8. tít. 5. Part. 3.

(4) L. 23. tít. 5. Part. 5.

[\*] Estas disposiciones se fundan en aquel principio de derecho de romanos adoptado por las leyes de Partida, de que el procura-

También se acaba el oficio de procurador por la sentencia definitiva siendo favorable; pero si fuere adversa puede apelar de ella, aunque esta facultad no esté expresa en el poder, pero no puede continuar la apelación sin nuevo consentimiento ó mandato del dueño, ó mandante. (1) Así mismo se acaba por renuncia voluntaria que haga de su oficio el procurador, la que despues de contestado el pleito debe ser con justa causa, (2) como tambien la revocacion hecha por el mandante. Pero como la manifestacion de las causas que pueden motivar la revocacion tiene inconvenientes, se ha tenido por mas equitativo en la práctica, no seguir lo dispuesto en derecho, y que en cualquier tiempo que lo juzgue oportuno á sus intereses el mandante, haga la revocacion del poder, no solo no alegando causas ni prometiendo probarlas, sino espresando: *que deja al procurador, ó apoderado en su buena opinion y fama, y que le revoca el poder sin ánimo de injuriarle.* (3) Pero antes de la contestacion del pleito, lo puede quitar sin causa alguna.

Aunque las leyes permiten generalmente á todos los que no están prohibidos el que puedan comparecer en juicio por sí mismos; con todo, el orden y arreglo que se debe observar en los tribunales superiores ha hecho, que en todas las Audiencias y Chancillerías haya cierto número de procuradores examinados, (4) para que los negocios se

por la contestacion de la demanda se haga señor del pleito con verdadero dominio en él; por lo qual, como las cosas en que se tiene dominio pasan á los herederos, era consiguiente que la facultad de continuar pasase. Por esta razon solo se extinguía el poder de los modos con que se extinguía el dominio: mas si esta regla ó principio tuviera lugar en el dia, no se podría revocar el poder en cualquier estado del pleito, como se hace en la práctica, pues el dominio una vez adquirido no se pierde por revocacion.

(1) L. 23. v. Aun decimos en el medio. tit. 5. Part. 5.

(2) L. 23. y 24. del mismo tit.

(3) L. 24. del mismo tit. y Febr. Librer. de Escrib. cap. 11. §. 1. núm. 22., en donde asegura que así se observa judicial y es judicialmente.

(4) L. 1. tit. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

manejen por personas inteligentes y fieles, sin que ninguna persona pueda presentar peticion si no fuere por medio de uno de los procuradores del número. (1)

Estos para poder egercer el tal oficio, han de ser ántes examinados y aprobados por el presidente y oidores de la Audiencia, quienes si hallaren que son hábiles, les deben conferir facultad por ante escribano para egercer el oficio, haciendo préviamente juramento de usarlo bien y fielmente. (2) No pueden presentar peticion en la Audiencia sin traer poder de las partes y presentarle firmado por bastante por algun abogado. (3)

Les está prohibido hacer los escritos por sí mismos, debiendo para el efecto valerse de abogado examinado en la misma Audiencia; y solo se les permite presentar peticiones pequeñas para acusar rebeldías ó pedir prorogaciones de términos y otras semejantes. (4)

Deben ser multados cuando digeren en la Audiencia cosas falsas, y cuando hablaren sin licencia; y privados de sus oficios si recibieren dádivas ó presentes de las partes porque dilaten las causas en que procuran. (5)

Otras muchas disposiciones acerca de los procuradores pueden verse en los títulos 24. lib. 2. de la Recopilacion de Castilla, y autos acordados; y 28. lib. 2. de la de Indias que omitimos consultando á la brevedad.

## TITULO XI.

### DE LAS CAUCIONES JUDICIALES.

Como el actor ó su procurador y el reo, están obligados en muchos casos á prestarse alguna seguridad, así por lo que hace á su persona como á las resultas del pleito.

(1) L. 1. tit. 21. lib. 2. de la Rec. de Cast. y 2. tit. 28. lib. 2. de la de Indias.

(2) L. 1. ya citada y 4. tit. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

(3) L. 2. del dho. tit. y 13. tit. 28. lib. Rec. de Indias.

(4) L. 8. tit. 24. lib. 2. Rec. de Cast. y 10. y 11. tit. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

(5) L. 3. 6. y 8. tit. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

to; parece regular que despues de haber tratado en el título antecedente de los procuradores, se trate en éste de las cauciones ó seguridades, que deben dar en juicio, tanto el actor como el reo.

*Caucion* en este sentido, no es otra cosa: *que un acto por el cual el reo asegura al actor, ó éste al reo.* De aquí mismo se deduce la razon por qué se exige esta seguridad. Importa á la república que los juicios no sean ilusorios, y que los ciudadanos no se vejan mutuamente con pleitos injustos. Debe, pues, el actor estar seguro de que el reo no hará fuga, ó de que pagará lo juzgado y sentenciado, y éste de que el actor continuará el pleito, y lo indemnizará de los perjuicios que le haya causado cuando lo intenta sin tener de su parte la justicia.

Todas las cauciones de que se puede usar conforme á derecho se reducen á cuatro especies. La 1.<sup>a</sup> es, la fideiussoria, que consiste en dar fiadores idóneos y abonados; es decir, que tengan con qué pagar, y puedan ser fácilmente reconvenidos. La 2.<sup>a</sup> es, la pignoratícia que se presta dando prendas de un valor que exceda ó iguale al de las deudas. La 3.<sup>a</sup> es, la juratoria, por la cual interpuesta la religion del juramento se asegura el cumplimiento de lo pactado. La 4.<sup>a</sup> es, la mere promisoría, y consiste en una simple promesa de cumplir su palabra.

Hemos dicho que así el reo como el actor están obligados muchas veces á dar caucion. Veremos, pues, separadamente, cuáles dá el reo y cuáles el actor. La primera que se puede exigir del reo es, la fianza *de la haz*, y se le dá este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro, en virtud de orden del juez. Puede tener lugar tanto en las causas civiles como en las criminales. En las civiles lo tiene, cuando se manda á algun deudor poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso. Esta caucion sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado. En las criminales se dá, cuando no se puede imponer al reo otra pena que pecuniaria por ser leve el delito. Puede otorgarse

de dos maneras, y son: *de presentarse en juicio, y de pagar lo juzgado y sentenciado.* Por la primera se obliga el fiador solamente á que el reo asistirá al juicio y no hará fuga; y así, solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia. Durante ella debe traer el reo á juicio siempre que se le mande, ó comparecer él en su nombre y defenderle. Por la segunda se obliga á las resultas del juicio, esto es, á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. No son, pues, otra cosa estas dos especies de fianza, que asegurar el fiador que el reo se presentará en juicio, estará á derecho en la causa y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará él enteramente. (1) Pero si el demandado en juicio no halla quien le fie, bastará que preste juramento de estar á derecho hasta la conclusion del negocio. Esta promesa, que es la que se llama *caucion juratoria*, y esplicamos arriba, obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se dá por falta de fiador, cuando el reo por ser pobre no lo encuentra ni tiene prendas para la seguridad de la deuda, ó cuando la cosa por qué se dá la caucion es de corta entidad. (2)

Otra fianza de las que dá el reo es, la que se llama *carcelera ó de cárcel segura.* Esta se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, y se le admite cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecuniaria por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision. (3) Este fiador se llama *carcelero comentiariense*, porque toma á su cargo la custodia del reo, por cuyo encargo, y promesa que hace de volverlo á la cárcel, se le pone en libertad, obligándose á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que prefiere el juez ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal *carcelero* se le imponga ú otra á que se obligue.

(1) Ll. 17. y 18. tit. 12. Part. 5.

(1) L. 41. tit. 2. Part. 3.

(2) Ll. 24. tit. 18. Part. 3. y 16: tit. 1. Part. 7.

Mas aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado y no lo cumpla, no por eso incurre al punto en la pena; ántes bien debe el juez concederle seis meses de término, si el primero fué igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año: si dentro de él no lo presenta incurre en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio. (1) Esta pena ha de ser meramente pecuniaria, porque ninguno puede obligarse á pena corporal por delito que no cometió; (2) por cuya razon á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella. (3) Si el reo fallece ántes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; pero si sucediere su muerte despues de cumplido, incurre en ella y se le puede exigir. Si se obliga solamente á presentarlo á dia cierto sin imponerse pena, puede el juez condenarle si no cumple en alguna arbitraria; y si procediese la no presentacion de dolo ó malicia suya, imponérsela mayor. (4) Mas en ninguno de los casos espresados debe ser reconvenido el fiador por la pena, pasado el año siguiente al día en que el plazo se cumplió, si dentro de él no se le demandó. (5)

La fianza de saneamiento es, la que dá el reo egecutado no exento, aunque tenga bienes competentes al pago de la deuda, para evitar que se le ponga preso. (6) Se llama así, porque el fiador está obligado á sanear los bienes secuestrados al deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza ha de constar de tres particulares. El primero, que asegure el fiador que los bienes embargados son del egecutado. El segundo, que serán equivalentes al tiempo del remate, no solo para

(1) Ll. 17. y 18. tit. 12. Part. 5.

(2) L. 10. tit. 29. Part. 7.

(3) Dha. ley 10.

(4) L. 19. tit. 12. Part. 5.

(5) L. 10. tit. 16. lib. 5. Rec.

(6) L. 19. tit. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

la solucion de la deuda, sino de las costas que se causen en su cobro. Y el tercero, que se obligue á satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, ó el resto, deducido el importe que produzcan los que haya; para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, si es el egecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirá de serlo, á ménos que pertenezca al Rey, pues entonces aunque sea hidalgo y afianze de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Real Hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito. (1)

Entre las cauciones que se pueden exigir del actor, la primera es, la de rato. Esta debe dar todo aquel que comparece en juicio en nombre de otro sin poder, ó sin el bastante, ó como conjunto: v. g., el marido por su muger, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los sócios que tienen compañía. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena, de que aquel por quien acciona habrá por firme lo que se practicare é hiciere en el pleito; y que sino quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al coligante la pena prometida, y la que se les imponga. Pero el reo debe pedir la fianza ántes de la contestacion, porque despues no están obligados á darla aunque se les pida. (2)

La fianza llamada de la ley de Toledo, que es la 2. tit. 21. lib. 4. de la Recopilacion de Castilla, tiene lugar en el juicio egecutivo. Se dá por el actor en el caso de que el reo ofrezca probar con testigos la paga ó legitima escepcion, fuera del término perentorio de diez días que le concede el derecho, sin cuyo requisito no percibirá el importe de la condenacion. Tambien se dá en el caso de que el reo egecutado apele al tribunal superior, con cuya fianza se admite la apelacion en cuanto al efecto devolutivo, pero no en cuanto al suspensivo; y el reo queda asegura-

(1) Ll. 4. y 14. tit. 2. lib. 6. Rec. de Cast.

(2) L. 10. tit. 5. Part. 3.

de de que siempre que por el superior se revoque la sentencia de remate, volverá y restituirá el egecutante la cantidad que hubiere percibido por dicha sentencia. (1)

La de la ley de Madrid, que es la 4. tit. 21. lib. 4. de la Recopilacion de Castilla, se dá tambien en la via egecutiva que se entabla en virtud de sentencia arbitraria proferida en compromisos y transacciones. En este caso la parte que pide la egecucion de la sentencia debe dar fianza llana y abonada ante el juez á quien se pidiere la egecucion de la sentencia, de volver y restituir lo que hubiere de recibir por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun fuere condenado el reo, en el caso de que se revoque. Esto mismo tiene lugar en las transacciones hechas entre partes por ante escribano público. (2)

Ultimamente: la fianza llamada *depositoria* ó *de acreedor de mejor derecho*, es la que un acreedor á un concurso ú otro juicio universal dá, cuando ántes ó despues de la sentencia de graduacion ha de cobrar su crédito, de que si pareciere otro de mejor derecho devolverá lo que haya recibido, ó la parte que de ello se mandase, despues de ser vencido en juicio. (3)

## TITULO XII.

### DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES Y

#### DE LAS QUE PASAN Á LOS HEREDEROS

#### Y CONTRA ELLOS.

Restan finalmente la octava y nona division de las acciones: conviene á saber, que unas son perpetuas y otras temporales: unas se conceden á los herederos y contra los herederos; y otras ni se dan á los herederos ni contra ellos.

(1) Ll. 3. y 19. tit. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tit. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) L. 12. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

Aunque antiguamente se llamaron perpetuas las acciones que nunca se acababan, despues consultando á que los pleitos no fuesen interminables, se dicen acciones perpetuas aquellas que duran un tiempo muy largo, como veinte ó treinta años; y temporales las que se acaban dentro de un breve espacio, v. g., un año; dos, tres ó cuatro. El que tengan término las acciones no solo es útil, sino tambien conforme á los principios de derecho. Segun éstos, las acciones se enumeran entre las cosas incorporeales, las que se cuentan en nuestros bienes y aumentan nuestro patrimonio. Mas como todo lo que es de esta naturaleza está sujeto á perderse por prescripcion, por militar en unas y otras cosas las razones en que se funda este derecho: de ahí nace que las acciones, como cualquiera otra cosa, se pierden por tiempo; y todas si se hubiera de hablar con rigor, se deberian llamar temporales.

Para proceder con la posible claridad en esta materia, que es práctica y de importancia, estableceremos varias reglas para conocer cuanto duran las acciones.

Regla 1.<sup>a</sup> *Las acciones puramente reales duran tanto, cuanto permanece el derecho en la cosa de donde dimanar.* Es decir; que si se ha de intentar una accion real para vindicar una cosa mueble, debe hacerse dentro de tres años: si raíz, dentro de diez entre presentes, y veinte entre ausentes. Si se dejaron cumplir estos términos, la cosa se prescribió, y se estinguió la accion para repetirla. (1) Esto se estiende poseyendo con buena fé, pues si con mala, durará la accion treinta años, y aunque pasados éstos se estingue, sin embargo no adquiere el dominio el poseedor. (2)

Regla 2.<sup>a</sup> *Las acciones puramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion personal, ya con egecutoria dada en virtud de ella.* (3) Es decir; que toda ac-

(1) Ll. 9. 17. y 18. tit. 29. Part. 3.

(2) L. 21. tit. 29. Part. 3.

(3) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

cion personal ordinaria [\*] dura veinte años contados desde el día en que se consiguió egecutoriar. [\*\*] Mas como de la sentencia egecutoriada, ó pasada en autoridad de cosa juzgada [\*\*\*] nace otra accion personal para pedir egecutivamente, que es lo que llamamos *derecho de egecutur*, el cual segun la regla que daremos despues, dura diez años; se sigue que el acreedor que obtuvo egecutoria, dentro de los diez primeros años puede pedir egecutivamente, y dentro de los diez restantes solo ordinariamente por haber perdido el derecho egecutivo que ántes tenía; de suerte, que si dentro de los veinte años no usa de su derecho en la forma espresada, no puede intentar despues accion alguna contra su deudor por haber espirado ámbas

[\*] Llamamos accion personal ordinaria la que se debe intentar en juicio ordinario, por no estar fundada en alguno de aquellos documentos que traen aparejada ojecucion.

[\*\*] Egecutoriar no es otra cosa, que conseguir que en el juicio ordinario seguido por todos sus trámites, y aun despues de segunda instancia, se declare corresponder el derecho que se ha litigado, sacando para cumplimiento de la sentencia el despacho ó carta llamada *egecutoria*, la que es un instrumento legal en que consta lo determinado en juicio por dos ó tres sentencias conformes, segun el estilo y práctica de los tribunales reales ó eclesiásticos.

[\*\*\*] No es lo mismo egecutoriar, que declarar una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. Lo primero ya hemos esplicado que es: lo segundo se verifica cuando dada sentencia definitiva no se apela de ella por ninguna de las partes; en cuyo caso pasados los cinco dias de término que concede el derecho para interponer apelacion de cualquiera sentencia, (1) la parte en cuyo favor fuere pronunciada presenta pedimento para que se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo relacion del día en que se pronunció, y del de sus notificaciones; á cuya continuacion se dá traslado al reo, y con lo que diga ó nó, se provee auto por el juez, en que declara la sentencia por consentida, no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando que se lleve á debido efecto, por lo qual se dice que tiene aparejada egecutacion.

(1) L. 1. tit. 18. lib. 4. Rec. de Cast. que deroga á la ley 24. tit. 23. Part. 3. que concedia diez dias.

con el curso del tiempo y presumiése pagada ó remitida la deuda. [\*]

[\*] No hay duda que esta prescripcion ó pérdida de las acciones por el curso del tiempo se funda principalmente en presuncion de paga, no siendo regular que de otra suerte el acreedor se estuviese tanto tiempo sin usar de su derecho, y si se le oyese, sucedería muy fácilmente, que muchos deudores que ya habían pagado se varían en precision de volver á pagar, por no poder acreditar la paga hecha. Así lo dice la ley 3. tit. 13. lib. 3. del ordenamiento real, que aunque algunos la tienen por derogada, por la ley 63. de Toro que es la 6. tit. 15. lib. 4. de la Recopilacion, y otros la concilian valiéndose de la 4. del mismo título, con todo, dá luz en esta materia, y prueba lo que hemos dicho. Por cuyo motivo insertaremos aquí literalmente las dos, porque no son muy comunes los egeemplares de este código de nuestro derecho antiguo. Dice, pues, así la ley 3. "Suele scacer que seyendo las deudas pagadas á quien eran debidas, que ellos ó sus herederos las demandan despues de luengo tiempo á los deudores ó á sus herederos, y por que no pueden probar la paga por muerte de los testigos ó por ser perdida la carta de pago, han de pagar lo que no deben. Por ende ordenamos que aquel que alguna accion ó demanda tiene contra otro, con carta ó sin carta y desde el plazo llegare no le demandare en juicio ó no ficie emplazar la parte sobre ello, ó no fuere fecha entrega y egecucion por ello fasta diez años, que dende en adelante pierda la demanda y no sea oydo sobre ello." — Y la ley 4. desde el rubro se esplica en estos términos. — "Que la ley ante de esta se entienda que no se pueda hacer entrega por tal deuda si el deudor no fuere demandado." — "Mandamos que prescripto el contrato por transcurso de tiempo de diez años, segun que en la ley ante de esta se contiene, ninguna entrega ni egecucion se pueda hacer del tal deudo, fasta que el deudor sea emplazado y oydo." El tenor de estas leyes demuestra que se fundan en presuncion; y como esta debe siempre ceder á la verdad: se sigue que usando el acreedor del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ó obligacion, sino que también declare si debe su importe de este modo hace que reviva la accion muerta por el discurso del tiempo.

El Dr. Diego Perez glossador de estas leyes, dice así en estas palabras. *Prescripto el contrato. Intellige quod ad executionem quan-*

Regla 3.<sup>a</sup> Las acciones mixtas de reales y personales, v. g., cuando en la obligación hay hipoteca, de suerte que no solo está obligada la persona sino también sus bienes, dura treinta años. (1)

Esta regla es clara atendidas las doctrinas dadas en la antecedente.

Regla 4.<sup>a</sup> La acción de pedir ejecutivamente la deuda por obligación personal, que es lo que se llama derecho de ejecutar, dura solamente diez años. (2)

Acerca del punto en que comienzan á correr estos diez años, aunque opinan los autores con diversidad, parece lo mas probable que se entienda de este modo. Si se pide en virtud de escritura con cláusula guarentigía, no hay duda que comienzan á correr los diez años desde el día en que se cumplió el plazo, y si no lo contiene ó es obligación pura ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples, desde su reconocimiento hecho en la forma que pide la ley (3) para que traigan aparejada ejecución. [\*] Y siendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó ejecutoriada, ántes que se cumplan los diez años siguientes al día en que se ejecutorió; y pasados se perdió el derecho de ejecutar, y solo queda al acreedor

num veró ad actionem personalem prescribendam, sunt necessarij alij decem anni et sic actio personalis jure regio vicennia, jus autem exequendi decennio prescribitur; et est optimus intellectus no dicamus uno momento hanc corrigere superiores.

(1) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec.

(2) Dha. ley 6.

(3) L. 5. tit. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

[\*] Véase al señor Vela en la Disertacion 26. quien prueba hántamente esta opinión, despues de proponer los fundamentos de los que quieren se cuenten desde el día del otorgamiento, y la confirmación con la práctica de la Audiencia de Sevilla, de donde fué oidor, de la que dice que muchas veces se confirmaron ejecutorias de jueces inferiores que contenían sentencias dadas contra deudores reconocidos por papelos simples, judicialmente reconocidos despues de diez años.

la acción ordinaria, la cual segun hemos dicho ántes, le dura otros diez años. [\*]

Sirven de escepcion á estas reglas, varias acciones personales que solo duran tres años, y pasados se presume pagada la deuda, no habiéndose interrumpido la prescripción por cobro ó contestacion de pleito. Tales son: 1.<sup>a</sup> La que tienen los abogados y procuradores para pedir sus honorarios. (1) 2.<sup>a</sup> La que compete á los boticarios, joyeros, y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas, de cosas de comer, para cobrar lo que hubieren dado de sus tiendas, ó las hechuras de los muebles ó cosas que hubieren hecho. (2) 3.<sup>a</sup> La que tienen los criados para cobrar sus servicios ó salario; debiéndose contar los tres años en éstos, desde el día en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el día en que se contrajo la deuda. (3)

Se acaban también en breve tiempo las acciones que rescinden algun acto, como son las restituciones *in integrum* que duran cuatro años: (4) escepto la que se concede á las iglesias, fisco y ciudades cuando la lesion es enorme que dura treinta años. (5) Ménos duran las acciones redhibitoria y cuanto minoris; pues la primera se dá para rescindir la venta dentro de seis meses, y la segunda para minorar el precio dentro de un año, contado uno y otro término desde el día de la venta. (6)

[\*] Sobre esta materia puede también verse á Gomez en la ley 63. de Toro, y á Fobrero no solo en la Librería de Escribanos cap. 4. §. 4. á los números 72. 73. 74. y 75., sino también en el lib. 3. de los 5. juicios cap. 2., en donde trata difusamente, de qué modo se interrumpe la prescripción cuando el deudor ha hecho algun pago dentro de los diez años.

(1) L. 32. tit. 16. lib. 2. Rec. de Cast.

(2) L. 9. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) Dha. ley 9. del mismo tit.

(4) L. 2. 3. y 5. tit. 19. Part. 5.

(5) L. 10. del dicho tit.

(6) L. 65. tit. 5. Part. 5.

Las reglas, dadas tienen lugar en las acciones personales que nacen de contratos: mas en las que nacen de delitos se señalan distintos tiempos para intentarlas.

Regla 1.<sup>a</sup> *Las acusaciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo para acusar en los delitos públicos, dura veinte años, (1)* De esta regla se exceptúan varios casos. 1.<sup>o</sup> Cuando el crimen se continúa; y así, mal podría un ladrón público oponer la prescripcion de veinte años, habiéndolos pasado todos ellos en hurtar. 2.<sup>o</sup> Los delitos contra la castidad, cuya acción para acusarlos solo dura cinco años, y aun en algunos casos ménos. (2) Excepto el adulterio, que siendo cometido por fuerza, dura su acusacion treinta años. (3) 3.<sup>o</sup> Los delitos gravísimos, como la heregía, simonía, de lesa-majestad y otros semejantes, en los que se puede siempre acusar: de consiguiente esta acción en rigor será perpetua. (4)

Regla 2.<sup>a</sup> *La accion de cualquier delito privada se prescribe en el espacio de veinte años, si no es que se encuentre más ó ménos tiempo señalado en las leyes. (5)* Así la acción de dolo dura dos años solamente; mas la de daños y perjuicios que resultan de él, dura treinta. (6) La acción de injurias un año solamente; (7) y así, de otras, cuyos tiempos pueden verse en las mismas leyes.

Pasemos ahora á la segunda parte del título, en la que se trata de las acciones que pasan á los herederos y contra ellos; y para su conocimiento damos tambien tres reglas.

Primera. *Toda accion persecutoria de la cosa ó penal, puede ser intentada por los herederos del difunto; si no es*

(1) L. 5. tit. 7. Part. 7. y Paz 5.<sup>a</sup> parte tomo 1. cap. 1. núm. 8. que así lo asienta, y se funda en esta ley.

(2) L. 3. y 4. tit. 17. Part. 7.

(3) Dba. ley 4. tit. 17. Part. 7.

(4) Véase á Gregorio Lopez en la glosa 4. de la ley 4. tit. 17. Part. 7. que así lo asienta citando á otros.

(5) Paz 5.<sup>a</sup> parte tom. 1. cap. 3. núm. 83. y 84.

(6) L. 6. tit. 16. Part. 7.

(7) L. 22. tit. 9. Part. 7.

*que sea destinada solamente para la venganza. La razon es, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto; de suerte, que lo que á él le correspondia ó se le debía, ya por derecho en la cosa ó á la cosa, pertenece y se le debe tambien al heredero. Se exceptúan las acciones que solo miran á la venganza, como la accion de injurias, la de inoficioso testamento, la que se dá para revocar la donacion por ingratitud y otras semejantes, porque en ellas en realidad no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal. (1)*

Segunda. *Toda accion persecutoria de la cosa, aunque nazca de delito, se dá contra los herederos. La razon es, porque segun dijimos en la regla antecedente, los herederos suceden en todo los derechos del difunto, el cual cuando se obligó, no solo lo hizo por sí, sino tambien por sus sucesores. (2)*

Tercera. *Las acciones penales ya nazcan de delito, ya de contrato, (v. g. la de depósito miserable) pueden ser intentadas por los herederos; pero no contra ellos, si no es que el pleito haya sido contestado por el difunto. (3)* La razon es, porque las penas como los delitos son puramente personales; y así, solo tienen lugar en los autores del delito, no en los herederos que suponemos inocentes. La razon de la excepcion es, porque la contestacion del pleito induce un cuasi contrato, el cual ya estaba entre el difunto y el agraciado; y así, la obligacion de él pasa al heredero. (4)

(1) L. 23. tit. 9. Part. 7.

(2) L. 20. tit. 14. Part. 7.

(3) Dba. ley 20. tit. y Part.

(4) L. 23. tit. 9. y 20. tit. 14. Part. 7.



## TITULO XIII.

## DE LAS ESCEPCIONES.

Así como al actor corresponde entablar su acción de la misma manera es á cargo del reo elidirla y defenderse. Esta defensa puede hacerse por el reo, ó negado absolutamente la petición del actor, ó confesando la causa que tiene para pedir, pero rechazándola por algun motivo justo, que es á lo que llamamos *excepcion*.

Dirémos, pues, que la escepcion es: *una defensa ó exclusion de la acción intentada por el actor, que hace el reo, ó elidiéndola del todo ó suspendiendo su efecto.* (1) Segun este modo de explicar las escepciones, que es conforme á nuestro derecho, [\*] se dividen en perpetuas ó perentorias.

(1) Ll. 7. y 8. tit. 3. Part. 3. y 1. y siguientes tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

[\*] Segun el derecho de los romanos, la escepcion era una exclusion fundada en la equidad, de la acción que competía atendido el rigor de derecho; es decir, que solo decían escepcionarse el reo, cuando la acción que tenia el actor atendido el rigor de derecho era válida, y debía producir su efecto; pero la equidad prohibía que lo produjese. Por ejemplo: era principio constante que la voluntad aunque fuese coacta ó careciese de espontaneidad, era voluntad por el rigor de derecho; pero la equidad dicta se rescindan los contratos hechos por miedo: de aquí, pues, nacia la escepcion *Quod metus causa*. Del mismo modo, por rigor de derecho el hijo de familias debe quedar obligado por el mútuo, y por cualquier contrato que celebre; pero la equidad, y favor de los padres quitan la fuerza á esta acción, mediante la escepcion del senado consulto Macedoniano. Tampoco se llamaban escepciones, hablando con propiedad, aquellas que alegadas hacen ver que no hay acción, á lo que llaman, quitar la acción *ipso jure*: v. g., la paga, la compensacion: á estas llamaban escepciones *facti*, y á aquellas en que era necesario alegar la escepcion para elidir la acción decían escepciones *juris*. Mas ahora por nuestro derecho llamamos escepcion á todas aquellas defensas que propone el reo, y que justamente impiden que produzca su efecto la acción intentada contra él.

rias, y en temporales ó dilatorias. Las primeras son aquellas que alegadas acaban con la acción que parecía tener el actor: v. g., la escepcion de cosa juzgada, de dolo ó de miedo grave. (1) Las segundas son las que solamente suspenden el efecto de la acción ó la difieren hasta otro tiempo: tales son las que se dirigen; ó á la persona del juez, diciendo que es sospechoso ó incompetente; ó á la persona que demanda por no ser legítima para comparecer en juicio, ó al mismo negocio, como si pide el actor antes de haber llegado el plazo. (2)

Tambien se dividen las escepciones en reales y personales. Reales son, las que aprovechan á los herederos y sucesores, y de esta naturaleza son casi todas; pero hay otras que solo competen á una persona por fundarse en algun privilegio personal, y por eso se llaman personales, y espiran con la persona: v. g., la escepcion de beneficio de competencia.

Por lo que hace al tiempo en que se han de proponer las escepciones y término que se concede para probarlas, hay diferencia entre las dilatorias y perentorias. Las dilatorias se deben oponer antes de la contestacion del pleito, ó por mejor decir, oponiéndolas no se contesta el pleito. Para oponerlas y justificarlas concede el derecho al reo el término de nueve dias continuos, contados desde el de la citacion, y pasados no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitution del privilegiado á quien compete, si no es que de su inadmission se le irrogue grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces precediendo el conocimiento de ella pueden ser admitidas. (3)

Mas para alegar y oponer las perentorias, le concede la ley otros veinte dias, contados desde que se concluyan los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las di-

(1) Dha. ley 7. tit. 3. Part. 3.

(2) L. 9 tit. 3. Part. 3.

(3) L. 1. tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast. y Gregorio Lopez en la ley 9. tit. 3. Part. 3. glosando las palabras *no debe ser oído*, glos. 5.

latorias y contestar el pleito; y despues de ellos; segun algunos autores, no debe admitirlas el juez, escepto que no se opongan de malicia, jurándolo el reo así, y que hasta entonces no habían llegado á su noticia. (1) Pero otros atendiendo á que nuestras leyes quieren que en la decision de las causas solo se deba atender á la verdad; (2) defienden que se han de admitir las escepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para haberlas ignorado hasta entonces, y que en este caso debe ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion. (3)

En el caso de haberse ya opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del competente término, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, porque sería necesario que el pleito se recibiese nuevamente á prueba sobre ella; si no es que el que la opone pueda justificarla por escritura pública, ó confesion de la parte contraria. (4)

No milita lo dicho para con los que gozan del beneficio de restitucion *in integrum*, porque estos la pueden intentar para oponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez solamente, pidiéndola ántes de la conclusion para definitiva; y en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas. (5)

#### TITULO XIV.

##### DE LAS REPLICACIONES.

Así como el reo intenta eludir la demanda del actor mediante alguna escepcion; de la misma suerte el actor

- (1) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast.
- (2) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec. de Cast.
- (3) Véase dha. ley 1. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast.
- (4) L. 5. al fin tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast.
- (5) Ll. 5. y 6. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

procura destruir la escepcion alegada por el reo, á lo que llaman *replicacion*, y este responde tambien á ella con la duplicacion. Mas alegatos, no permite nuestro derecho, sino que habiendo llegado á la duplicacion, que es decir, estando la causa en cuarto escrito, se dá el pleito por concluido en esta parte, y se manda recibir á prueba. (1)

Para la replicacion se conceden al actor seis dias, y otros tantos al reo para impugnarla. (2)

#### TITULO XV.

##### DE LOS INTERDICTOS.

Aunque en los títulos precedentes se han explicado todas las acciones, así reales como personales, se omitieron los interdictos, porque esta clase de acciones propiamente no nacen, ni del derecho á la cosa ni en la cosa, sino de la posesion. Ahora, pues, se tratará de ellos en el lugar que los pone Justiniano.

Los interdictos son unas acciones extraordinarias, con las cuales se entabla un juicio breve y sumario, para discutir algun punto perteneciente á posesion.

Hemos dicho, que por medio de los interdictos se litiga sobre posesion; mas no de la posesion llamada *natural*, por la que se tiene solamente la nuda detencion de la cosa, como la que se verifica en el conductor ó depositario; sino de la *civil*, que es una detencion de la cosa con ánimo ó intencion de adquirirla, como la que tiene aquel que ha adquirido la cosa con justo título; v. g., compra, donacion ó legado, ó por otros títulos hábiles para transferir el dominio. Esta es la que se debe llamar verdadera posesion, y la que es digna de poseerse. Es verdad que ella por sí sola no dá un derecho real y perpetuo.

- (1) Ll. 2. tít. 5. y 9. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast.
- (2) Dicha ley 2.

tuo, sino solamente momentáneo, y que dura hasta tanto que por sentencia sea despojado el poseedor; mas con todo, es proloquio recibido en derecho: *bienaventurado el que posee*. Y en realidad no carece de razon, porque son grandes las ventajas de un poseedor. En primer lugar, siéndolo de buena fé, hace suyos los frutos industriales consumidos: retiene la cosa hasta que por sentencia del juez se le mande volver, lo cual es de increíble utilidad, por ser los pleitos regularmente inmortales: los poseedores se defienden de propia autoridad contra el que los quiere espedir por fuerza de su posesion, siendo regla general, que la venganza privada está prohibida, y que ninguno puede hacerse justicia por su mano. Finalmente: en caso igual es mejor la condicion del que posee, y habiendo duda se debe pronunciar sentencia á favor de él.

Tantos son los emolumentos de la posesion: en esta virtud, pues, se estableció que para evitar dilaciones y decidir estas causas con brevedad, el que pretendia tener derecho sobre posesion, aunque momentánea, propusiera desde luego su accion ante el juez. Se han llamado extraordinarias, porque mediante ellas se decide la disputa con brevedad, sin observar todos los trámites de los juicios ordinarios, y sin admitir apelacion, ó si se debe admitir, es solo en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo. Es verdad que algunas causas de posesion se siguen al modo de juicio ordinario; mas estas se llaman plenarias, y sumarias á las que se dirigen á adquirir de pronto, retener, ó recobrar la posesion; y estas acciones son las que con nombre de interdictos tratamos en este título. [\*]

[\*] Las leyes romanas llamaban interdictos á unas fórmulas, ó concepciones de palabras de que usaban los pretores cuando mandaban ó prohibían algo en las causas de posesion. Como estas eran privilegiadas, y no se permitía que fuesen interminables, presentándose alguno á pelear sobre posesion, no hacia el pretor mas, que llamar al contrario, oír á ámbos litigantes, y sin forma de juicio decidir la causa mandando ó prohibiendo, y con una breve fórmula, v. g., *uli possidetis ita possedentis*; decidía de pronto quién debía po-

Se dividen los interdictos primeramente, en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Los primeros, segun nuestro derecho, son aquellos por los cuales pretendemos se prohiba á otro hacer alguna cosa que perjudica ó daña la posesion del público ó la nuestra, ó que se guarde la prohibicion ya establecida. Tal es el interdicto que se llama *denuncia de nueva obra*: v. g., si uno quisiese edificar obra nueva en la plaza, calle ó egido comun; en cuyo caso tiene accion para denunciarla cualquiera del pueblo, á escepcion de los menores de 14 años y mugeres, que solo pueden hacer la denuncia cuando la obra cede en perjuicio de ellos mismos. (1) Tiene tambien esta accion todo aquel que recibe daño de alguna obra nueva, y la pueden intentar sus hijos, sus siervos y sus personeros ó mayordomos, y los curadores á nombre de los huérfanos. (2)

Los interdictos restitutorios son, aquellos por los cuales se manda que alguno sea restituído á la posesion de que fué despojado. Tal es la accion que se concede á aquel que por fuerza ha sido echado de la cosa raíz que poseía, el cual debe ser prontamente restituído por el juez á su posesion, y el forzador condenado, no solo á volver los frutos que llevó, sino tambien á perder la cosa raíz, aun cuando tuviese derecho á ella. (3) Finalmente: los exhibitorios se verifican cuando el juez manda á alguno mostrar alguna cosa en juicio, como en los ejemplos que pusimos en la accion *ad exhibendum*.

Otra division de los interdictos es, que unos son sencillos y otros dobles. Sencillos se dicen, cuando uno solo de los litigantes puede ser actor, y el otro reo solamente: v. g., en el interdicto de la espulsion por fuerza, siempre el arrojado es actor, y el forzador es reo.

seer la cosa litigiosa mientras tanto que no se probaba el derecho de la parte contraria.

(1) L. 3. tit. 32. Part. 3.

(2) L. 1. tit. 23. Part. 3.

(3) LL. 9. y 10. tit. 10. Part. 7.

Dobles son, cuando uno y otro de los litigantes pueden ser actor y reo. Tales son aquellos en que es dudosa la posesion, pues entonces uno y otro puede presentarse en juicio, y será tenido por actor el que haya provocado primeramente; y si ámbos provocaron á un tiempo, el que eligiere la suerte.

La principal division de los interdictos es, que unos son para *conseguir* la posesion: es decir, que por medio de estas acciones pedimos una posesion que aun no hemos tenido: otros son para *retener* ó conservar la que gozamos actualmente; y otros para *recobrarla* en el caso de haberla perdido. Del primero, aunque puede haber varios casos, el mas famoso es, el que se concede á favor de los hijos, ú otros parientes que tengan derecho á heredar al difunto por testamento ó ab intestato, los que deben ser puestos en posesion pacifica de los bienes hereditarios, condenando á los que se hayan atrevido á entrar ó tomar la posesion de dichos bienes á titulo de que se haya vacante; á la pena de perder por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenían, si alguno alegaren tener; y si ninguno tuvieren, á que restituyan los bienes que tomaron con otros tales y tan buenos ó la estimacion de ellos; procediéndose en todo sumariamente y sin figura de juicio; pero sí con plena prueba. (1)

La segunda clase de interdictos es, la *de retener* la posesion, y de estos hay dos: el uno para las cosas raíces, y el otro para las muebles. (2) Uno y otro se concede á aquel, que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, pero no con posesion precaria, ni violenta ú ocultamente, contra el que lo perturba ó molesta, á efecto de que cese de perturbarlo, dé caucion de no hacerlo en lo sucesivo, y pague al perjudicado los daños é intereses.

(1) F. 3. tit. 13. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) Al primero llamaban los romanos *uti possidetis*, y al segundo *utrubi*.

Compete, pues, esta especie de interdictos, no solo al que tiene posesion civil y natural, sino al que tiene solamente la civil, que es el que propiamente se llama poseedor, pues el que goza de sola la natural, se dice que está en posesion, mas no que es suya; aunque no hay duda que tambien basta para tener este interdicto, no siendo viciosa.

Se usa de alguno de los dos interdictos esplicados, cuando dos han de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee, porque la discusion de este punto debe preceder al juicio petitorio ó sobre propiedad, el cual no puede instruirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe reconvenir el actor. Y como la posesion es tan preciosa, que segun digimos vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion; de ahí es, que es necesario se decida ántes de todo la posesion interina. (1)

El interdicto de recuperar la posesion, es uno solo. Este ya lo insinuamos al explicar los restitutorios. Se concede al que es echado por fuerza de la cosa raíz que posee, con la pena de perder el forzador cualquier derecho que en ella tuviese, debiendo restituirla al forzado con todos los frutos que de ella sacó. Y si despues de hecha la fuerza se perdió ó empeoró, todo el peligro y daño es del forzador, quien deberá pagar la estimacion. Si el forzador fuese padre ó patrono del forzado, ó menor de catorce años, no caerá en la pena; pero deberá restituir la cosa. (2) Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea juez: de suerte que si algun alcalde ú otro juez despojare á alguno de la posesion de sus bienes, sin haber sido llamado, oido y vencido, le deben ser restituidos dentro de tres dias. (3) Lo dicho se estiende al caso de que se presente cédula del Rey, en que mande dar

(1) Véase otro ejemplo de este interdicto en la ley 2. tit. 14. P. 6.

(2) L. 10. tit. 10. Part. 7.

(3) L. 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Cast.

á otro la posesion que uno tiene, pues habiéndose despa-  
chado sin audiencia del reo, debe ser obedecida y no cum-  
plida. (1)

Mas desde que el derecho canónico estableció la ac-  
cion llamada *de despojo*, es de ménos uso el interdicto es-  
plicado. (2) Lo que tiene de mas útil la acción canónica  
es, que el interdicto es accion personal; y así, solo com-  
pete contra el forzador, y la accion de despojo es real;  
y así se dá contra cualquier poseedor. De suerte, que  
segun el derecho canónico, la posesion es una especie de  
derecho en la cosa. En el interdicto podría tal vez admi-  
tirse alguna escepcion, mas con la accion de despojo ce-  
sa toda escepcion sea la que fuere. De aquí nace aquella  
regla de derecho canónico *Spoliatus ante omnia restituendus*.

## TITULO XVI.

### DE LA PENA DE LOS TEMERARIOS LITIGANTES.

**P**or pena no se entiende en este título, un castigo  
que se impone por algun delito, sino unos medios que ha  
adoptado el derecho para reprimir la temeridad, así del  
actor como del reo, que suelen suscitar ó defender pleitos  
injustos.

En este sentido, pues, la primera pena establecida con-  
tra los temerarios litigantes, ó el primer modo de reprimir  
su temeridad, es, el juramento llamado de calumnia, ó de-  
credulidad. Este no es otra cosa, que un juramento que  
deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues,  
en todas las causas así civiles como criminales. En las  
primeras, afirmando el actor que mueve el pleito porque  
cree que tiene justicia, y que así lo proseguirá de buena  
fé sin procurar dilatarlo, cometer fraude, molestar ni ca-  
lumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa

(1) L. 2. del mismo tít. 13.

(2) C. 18. de *restitutione spoliatorum*.

por ódio, ni le intenta acriminar falsamente. El reo debe  
asegurar, que las excepciones y defensas de que usa son  
justas en los mismos términos.

Este juramento se manda hacer por el juez á ámbos  
litigantes despues de contestado el pleito, en caso que  
lo pidan el uno al otro. (1) Mas si no lo piden, por su  
defecto no se anula el proceso, por lo que rara vez se ha-  
ce con la especialidad referida, y se estima hecho con  
aquellas palabras que comunmente se ponen al fin de los  
escritos de demanda: *juro. lo necesario &c.* Segun esto,  
podemos decir, que el juramento de calumnia es de dos  
maneras: especial y general. Especial es, el que se pide  
espresamente por alguno de los litigantes al otro, acerca  
de los puntos que hemos dicho ántes, y que se reducen á  
cinco. 1.º Que cree tener justicia. 2.º Que cuantas veces  
sea preguntado dirá ingénuamente la verdad sobre el par-  
ticular. 3.º Que no usará de falsas pruebas, ni escepcio-  
nes fraudulentas. 4.º Que no pedirá dilaciones maliciosas  
en perjuicio de la otra parte. 5.º Que á ninguno ha da-  
do ni prometido, dará ni prometerá cosa alguna por lo-  
grar el bien éxito del pleito, sino lo que las leyes per-  
miten dar. (2) General, se llama esa espresion de jura-  
mento que se añade en todos los pedimentos, y que tácita-  
mente contiene los puntos dichos, por lo que tambien se  
confunde con el llamado de malicia. [\*]

(4) Ll. 8. tít. 10. y 23. tít. 11. Part. 3.

(2) Dha. ley 23.

[\*] Para que mejor se entienda lo dicho es menester notar, que  
hay tres clases de juramentos judiciales, á saber: el de calumnia, el  
de malicia, y el de decir verdad. El primero ya lo hemos explicado.  
El de malicia es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre  
algunos artículos ó excepciones, ántes ó despues de contestada la de-  
manda, y siempre que se presume que el colitigante propone malicio-  
samente la excepcion, ó pide la dilacion. Este juramento, que se  
acostumbra poner en todas las demandas, está deducido de la ley 23.  
tít. 10. P. 3. v. *La quinta*, y es una parte del de calumnia; pero segun  
los autores se diferencia de él; lo primero, en que éste se puede pe-  
26.

Deben hacer éste, las principales personas del pleito; como son el actor y reo, y sus abogados, entendiéndose, siempre que el contrario lo pida, mas no los procuradores. (1) Fuera de este caso están obligados los abogados al comenzar á ejercer su oficio, cada año, y siempre que al juez parezca, á jurar que usarán del que toman bien y fielmente, que no defenderán causas en que conozcan que sus partes no tienen justicia, y que si hubieren comenzado á abogar en algunos pleitos injustos, en cualquier estado de ellos que lo conozcan; los abandonarán: que lo harán saber así á los interesados, aconsejándoles que se dejen de semejantes pleitos, y que verán y se impondrán en los autos originales, ántes de firmar las relaciones de ellos. (2) Mas en el día solo está en práctica el hacer este juramento al ingreso de su oficio, y en el caso de pedirlo las partes.

Si el actor se resistiere á hacer el juramento de calumnia, debe ser absuelto el reo, y si éste lo reusare, debe ser condenado como si hubiera sido convencido; porque de esta resistencia se infiere, que se mueven á

dir ántes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo, en que el de malicia se puede pedir tantas cuantas veces se presume que el coligante propone maliciosamente alguna excepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir y hacer por una persona, en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero, en que el de calumnia se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte; y aquel, sobre excepciones, ó artículos particulares y dilaciones. Febrero Librer. de escribanos lib. 3. del juicio ordinario cap. 1. §. 2. núm. 109.

El juramento de decir verdad es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posiciones, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él: los testigos, sobre lo que saben y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de calumnia, que es el contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta.

(1) L. 23. tit. 10. Part. 3.

(2) Ll. 2. y 3. tit. 16. lib. 2. Rec. de Cast.

intentar el pleito ó á escepcionarse con mala fé. (1)

El segundo medio de reprimir la temeridad de los litigantes es; imponerles pena pecuniaria; [\*] la que en el día está reducida á que el temerario litigante, es decir, el que no tuvo justa causa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas éste. [\*\*] Se juzga no tenerla, cuando la demanda es inepta ó claramente injusta, ó el actor no la probó, ó el reo sus excepciones, ó puso alguna maliciosamente. (2) Pero no debe pagarlas si tuvo justa causa para litigar, ni cuando probó su intencion, á lo ménos con dos testigos, ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia. (3) Mas como esta disposicion está fundada en presuncion de que el que juró diría verdad; de ahí es, que faltando ésta, como si constase de la temeridad ó calumnia del litigante, debe ser condenado en las costas, no obstante el juramento. (4)

En las causas criminales, procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, no solo debe ser condenado en las costas, y en los daños y perjuicios causados al injuriado por su injusta acusacion, sino que tambien se le debe imponer la pena que correspondía al delito de que

(1) L. 23. tit. 10. Part. 3.

[\*] Esta pena pecuniaria antiguamente era de tres modos. Primero: creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que convenido negaba la deuda; como en los legados piosos. Segundo: llamando á juicio á alguno sin venia, siendo de aquellos que tenían obligacion de pedirla. Y el tercero, que es el que solamente está en práctica, es la condenacion de costas.

[\*\*] Es digno de notarse que la ley 8. tit. 22. Part. 3. que hace mención de daños y perjuicios que pueden ser irrogados á un litigante por la temeridad ó malicia de su contrario, no manda sea condenado en ellos, sino solo en las costas del pleito, aunque parece muy justo que siendo los perjuicios de consideración, y probándolos el agraviado ante el juez, le deberá condenar á resarcirlos.

(2) Ll. 30. tit. 2. y 8. tit. 12. Part. 3.

(3) Dho. ley 8. del mismo tit. y Part.

(4) Así Gregorio López en la glosa 2. de esta ley.

acusó al otro: (1) y si el reo se defendiere con excepciones dólidas é injustas, ó de otros modos ilegales, como si cohechase al acusador ó de otra suerte, queda infame, y será condenado en las penas que mereza su delito. (2)

La infamia, pues, es el último medio de reprimir la temeridad de los litigantes; la que no solo se irroga en el caso explicado, sino tambien cuando alguno es condenado por dolo cometido en cualquiera de los cuatro contratos famosos, de tutela, depósito, sociedad y mandato; y por todo verdadero delito, á excepcion de los casos de la ley Aquilia, por faltar regularmente el dolo en ellos. (3)

## TITULO XVII.

### DEL OFICIO DEL JUEZ.

**J**uez llamamos á una persona pública, constituida por legítima autoridad con jurisdiccion para egercer justicia, dando á cada uno de los litigantes lo que le corresponde conforme á derecho y al resultado del proceso. (4)

El juez puede ser eclesiástico ó secular. Eclesiástico es, el que egerce la jurisdiccion eclesiástica, ó para causas puramente espirituales, ó conexas ó en personas del fuero eclesiástico: y juez secular es, el que egerce la jurisdiccion real, y en causas profanas, del que aquí se trata. La jurisdiccion, que es propiamente la que constituye al juez, no es otra cosa: que una *potestad de conocer y sentenciar en causas civiles y criminales, concedida por pública autoridad*. Se dice que compete por pública autoridad, porque toda jurisdiccion ó es, ó dimana del monarca por título legítimo, sin que pueda tener origen de particulares. (5)

(1) Ll. 5. y 27. tít. 1. Part. 7.

(2) L. 5. tít. 6. Part. 7.

(3) Dha. ley 5. tít. y Part.

(4) L. 1. tít. 4. Part. 3.

(5) Ll. 1. y 2. tít. 1. lib. 4. y 1. tít. 3. lib. 3. Rec. de Cast.

La jurisdiccion en general, se divide en suprema, á que llaman sumo imperio y en jurisdiccion absolutamente dicha. El sumo imperio ó suprema jurisdiccion es, la que únicamente reside en el Emperador, Rey ó Príncipe soberano que no reconoce superior en lo temporal: v. g., el Rey de España en todos los dominios de la Península y en la América; (1) y jurisdiccion solamente, aquella que es concedida por el dueño de la suprema para el conocimiento y decision de cualesquiera especie de causas civiles y criminales.

A toda jurisdiccion verdadera está anexa la potestad de hacer cumplir las sentencias que se pronuncian, y á esto se llama *imperio ó potestad armada*. Este imperio es, ó *mero*, ó *misto*: imperio mero es, la facultad y poder para hacer justicia castigando á los delincuentes con muerte, azotes, destierro &c., (2) á lo que tambien llaman jurisdiccion criminal. Misto imperio es, la potestad de conocer y terminar los pleitos civiles haciendo ejecutar la sentencia; y ésta tienen todos aquellos á quienes compete la jurisdiccion civil, la que sin este imperio sería ilusoria, no pudiendo hacer efectiva la sentencia dada, por medio de egecucion, multa, exaccion de prenda, cárcel ú otros semejantes.

La jurisdiccion se divide de varios modos: una hay que se dice voluntaria, y otra contenciosa. La 1.<sup>a</sup> es, la que se egerce en algunos casos en que no hay parte contraria á quien citar: v. g., en la manumision de un siervo. La contenciosa por el contrario, es aquella que no se puede egercer sin citar y oír á la otra parte: v. g., cuando se intenta una accion en juicio contra otro.

Se divide tambien la jurisdiccion en ordinaria, delegada y prorogada. Ordinaria es, la que se egerce en virtud del oficio á que le está concedida por derecho. Tal es la que egercen los jueces superiores del Real Consejo, Chan-

(1) Dicha ley 1. tít. 1. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 18. tít. 4. Part. 3.

cillerías y Audiencias Reales, y sus inferiores como los corregidores, alcaldes mayores y ordinarios. (1) Delegada es aquella, que se concede por juez mayor ordinario, á menor ó á persona particular, para que administre justicia en algun negocio especial en que no tenía poder el delegado; (2) y prorogada es, aquella que se concede por las partes á un juez extraño é incompetente, que por tanto no tiene mando en el que se la dá, ni en sus cosas, por cuya acción se hace su súbdito, siendo prorogable la jurisdicción. Por falta de esta condicion no puede un clérigo someterse á un juez real, ni un secular al eclesiástico. (3) La prorogacion puede ser espresa ó tácita: espresa es, cuando las partes se convienen espresamente en que un juez que para las dos ó para alguna de ellas no era competente conozca de su pleito y lo sentencie; y tácita es, la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar; como si el reo contestare el pleito ante un juez incompetente sin objetar la incompetencia. (4) Puede prorogarse la jurisdicción, de persona á persona, ó de causa á causa; pero parece mas probable que no se podrá de lugar á lugar, ni de tiempo á tiempo, porque el juez fuera de su lugar ó de su tiempo ya no es mas que un particular, á quien por no tener jurisdicción alguna no se le puede prorogar.

Finalmente: toda jurisdicción, como indicamos desde el principio, se divide en eclesiástica y secular. Eclesiástica es, la que dimana del Sumo Pontífice; y secular la que procede del Emperador, Rey ó Príncipe, que no reconoce superior en lo temporal. Ambas jurisdicciones tienen su diferente fuero para conocer privativamente de las causas que le pertenecen, y cuando son de ambas se llaman de misto fuero. Al del eclesiástico, segun ya digimos, tocan las espirituales y anexas á ellas, aunque sea

- (1) L. 1. tit. 4. Part. 3.
- (2) Dha. ley al fin.
- (3) L. 13. tit. 1. lib. 4. Rec. de Cast.
- (4) Ll. 32. tit. 2. Part. 3. y 30. tit. 4. Part. 3.

entre seculares; y las de clérigos seculares y regulares como á sus súbditos. Al fuero secular pertenece el conocimiento de las causas temporales y profanas, aunque sea entre eclesiásticos; y de misto fuero son aquellas en que pueden conocer por prevencion el juez eclesiástico y secular, siendo regla general, que el actor debe seguir el fuero del reo.

Por lo que hace al oficio, ú obligaciones anexas al oficio del juez, la primera es, juzgar y decidir los pleitos con arreglo á las leyes y costumbres del reino, provincia ó lugar en donde egerce jurisdicción. (1) La 2.<sup>a</sup> observar el orden de proceder en los juicios que se halla establecido por derecho, y sentenciar conforme á lo alegado y probado por las partes. (2) 3.<sup>a</sup> Se les prohíbe rigorosamente recibir por sí ni por otros, cualquiera especie de dones y regalos de las personas que ante ellos tuvieren pleito, ó hubieren de venir á ser juzgados; lo cual, entre otras cosas, deben jurar en su ingreso al oficio. (3) Mas esto no impide que lleven los derechos que les corresponden, y que las mismas leyes les asignan. (4) 4.<sup>a</sup> No pueden contraer matrimonio en el lugar de su residencia, ni amistades estrechas con los vecinos, ni tampoco negociar ó ser comerciantes. (5) 5.<sup>a</sup> Siendo legos deben juzgar con parecer de asesores; y no serán responsables á las resultas de las sentencias que dieren con su acuerdo y parecer. (6) 6.<sup>a</sup> Dada la sentencia y declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada debe hacerla egercutar; pero con esta distinción, que si condena al reo á pagar alguna cantidad en dinero le debe dar diez días de término para que la entregue, y siendo otra cosa dentro de tres días, ya sea mueble ó raíz. (7)

- (1) Ll. 7. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real y 1. 2. y 4. tit. 1. lib. 2. R. de I.
- (2) L. 10. tit. 17. lib. 4. Rec. de Cast.
- (3) Ll. 5. tit. 9. lib. 3. Rec. de Cast. y 6. tit. 4. Part. 3.
- (4) Ley única tit. 10. lib. 3. Rec. de Cast.
- (5) Ll. 47. y sig. tit. 18. lib. 2. y 74. tit. 3. lib. 3. Rec. de Ind.
- (6) Real cédula de 22 de setiembre de 1793.
- (7) Ll. 3. y 6. tit. 17. lib. 4. de la Rec. de Cast. y la 5. tit. 27. P. 3.



Otras muchas son las obligaciones de los jueces, que sería difícil referir aquí. Véanse en las leyes del título 4.º Part. 3.º tít. 9.º lib. 3.º de la Rec. de Cast. y tít. 3.º lib. 3.º de la de Indias. [\*]

## TITULO XVIII.

### DE LOS DELITOS PÚBLICOS.

**D**igimos en el principio de este libro, que todos los delitos ó eran privados ó públicos; siendo los primeros, aquellos en que inmediatamente eran ofendidos los particulares; y los segundos, los que directamente perturbaban la seguridad y tranquilidad de la república. Entre los juicios de unos y otros hay varias diferencias. 1.ª En los delitos privados el que intenta la acción se llama actor, y en los públicos acusador. 2.ª En los primeros, intenta la acción aquel á quien interesa para satisfacción de su daño particular; y en los segundos, para escarmiento y satisfacción del público. De estos delitos unos hay que se llaman capitales, y otros no capitales, atendiendo á la pena que merecen. Capitales son, aquellos por los cuales se priva al delincuente de la vida natural ó civil: v. g., á muerte de horca, ó á destierro perpetuo. No capitales se llaman, los que tienen impuestas penas menores que la muerte natural ó civil, como azotes, infamia &c.

El primer delito público es, el llamado en general, delito de *lesa-magestad* y traición, y de este modo comprende cualesquiera atentados contra la persona ó dignidad del monarca, ó contra la república, y se puede dividir en crimen de perduelion y de *lesa-magestad* en especie. El primero, se comete intentando matar ó herir al Rey, ó alzarse con el reino, ó entregarlo á sus enemigos. El segun-

[\*] También distinguen el oficio del juez en noble y mercenario. Por el primero, puede decretar aun lo que no le es pedido por las partes; y por el segundo, solo lo que le suplican conforme á derecho.

do, no indica precisamente un ánimo enemigo del Rey ó de la república, pero si comprende cualesquiera hechos ó dichos en detrimento de los derechos del príncipe, ó de su estimacion y dignidad. (1)

Las penas impuestas al delito de perduelion, llamado tambien traición, son: dar al delincuente la muerte mas cruel é ignominiosa que se encuentre, y confiscarle todos los bienes para la cámara del Rey, sacando la dote de su muger y las deudas anteriores al delito: debe ser derribada y asolada su casa, y sus heredades, para escarmiento de tan atroz delito: todos sus hijos varones deben ser infames para siempre, de modo que no pueden tener oficio honroso ni de dignidad, ni heredar ó adquirir legado de pariente ó de otro extraño; pero á las hijas se concede el que puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres. (2) La acusacion de este delito puede comenzarse despues de la muerte del reo, y si su heredero no lo puede defender queda así mismo infamada la memoria del reo, y confiscados sus bienes. (3)

Casi las mismas penas están impuestas á los delitos de *lesa-magestad*, con la diferencia que en éstos la pena es de muerte ordinaria: no se comienza la acusacion despues de la muerte del reo, ni se arruina su casa, y algunos opinan que no quedarán infamados los hijos del delincuente. (4) Alcanzan las penas no solo á los que cometen el delito, sino tambien á los que cooperan, y aun á los que lo saben y no lo descubren. (5) Pueden ser acusadores cualesquiera hombres ó mugeres, de buena ó mala fama, aun aquellos que no lo pueden ser en otras causas

(1) Véase la ley 1.º tít. 2.º Part. 7.º que pone catorce ejemplos de delitos de esta clase: de los cuales los cuatro primeros son propiamente *perduelion*; y los demas, delitos de *lesa-magestad* ley 1.º tít. 18.º lib. 8.º Rec. de Cast.

(2) Ll. 2.º tít. 2.º Part. 7.º y 6.º tít. 13.º Part. 2.º

(3) Ll. 2.º tít. 18.º lib. 8.º de la Rec. y 3.º tít. 2.º Part. 7.º

(4) Dha. ley 3.º tít. 2.º P. 7.º Azavedo en la 2.º tít. 18.º lib. 8.º de la R.

(5) L. 6.º tít. 13.º Part. 2.º

por lo mucho que importa á la república se facilite el modo de descubrir, y castigar estos delitos. (1)

Los delitos contra la castidad tienen lugar entre los públicos, y el primero de ellos es el adulterio, ó el comercio carnal con muger casada, [\*] sabiendo que lo es. (2) La pena establecida por derecho de España y de Indias es, que ámbos adúlteros sean entregados por el juez al marido para que los mate, ó perdone á ámbos, no pudiendo castigar, ni perdonar á uno sin otro, á mas de ganar todos los bienes de ámbos. (3) Mas no ganará la dote de la muger, ni bienes de ámbos; el marido que de propia autoridad matare al adúltero y á la adúltera, aunque los tome en fragante delito y sea justamente hecha la muerte, pues esta concesión solo es para el caso de que los mate con autoridad de la justicia. (4) La ley de Partida impone al hombre que comete adulterio con muger casada, la pena de muerte, y á la muger que lo cometió, la de azotes y ser encerrada en un monasterio, con perdimiento de dote y arras á favor del marido, y siendo el adulterio con huida de su casa, pierde tambien los gananciales. (5)

Solo tiene facultad para acusar este delito el marido, el que, ó ha de acusar á ámbos adúlteros, ó á ninguno. (6) Se puede hacer esta acusacion delante del juez secular, dentro de cinco años, contados desde el día en

(1) L. 3. tit. 2. Part. 7.

[\*] Para que se cometa adulterio, segun el derecho canónico, basta que cualquiera de los delinquentes sea casado; mas para que tengan lugar las penas que estableco el civil, es necesario que la muger sea casada con otro. La razon de esta diferencia es clara, y se insinúa en la ley 1. tit. 17. Part. 7.

(2) L. 1. dicho tit. y Part.

(3) Ll. 1. 2. y 3. tit. 20. lib. 8. de la Rec. de Cast. y la 4. tit. 8. lib. 7. de Indias.

(4) L. 5. tit. 20. lib. 8. Rec. de Cast.

(5) L. 15. tit. 17. Part. 7.

(6) L. 2. tit. 10. lib. 8. de la Rec. que deroga á la 2. tit. 17. Part. 7., que permitía la acusacion tambien al padre, hermano, y tío paterno ó materno. L. 2. tit. 20. lib. 8. Rec. de Cast.

que se cometió el adulterio; pero si hubiere sucedido por fuerza, dentro de treinta.

El incesto es otro delito contra la castidad, el cual segun nuestro derecho, se comete teniendo un acceso carnal con parienta suya, sea de consanguinidad ó afinidad, hasta el cuarto grado de la computacion canónica, ó con comadre, ó con religiosa profesa. (1) Las penas impuestas á este delito son, la de muerte y confiscacion de la mitad de los bienes. [\*] Puede acusar en él cualquiera del pueblo, dentro de los mismos cinco años que hay para acusar de adulterio. Y puede ser acusado todo hombre que lo haya cometido, si no es que sea menor de catorce años, y la muger de doce, quien debe tener la misma pena que el hombre. (2)

El estupro se comete cuando uno corrompe á muger virgen, ó viuda honesta, aunque no sea con fuerza. (3) La pena impuesta por la ley de Partida á este delito, era la confiscacion de la mitad de los bienes, siendo el reo honrado, y siendo vil, la de ser azotado públicamente y desterrado por cinco años. (4) Mas por ser estas penas tan graves, no están en práctica; y así, lo que regularmente se hace es obligar al desflorador á que pague ó dote á la muger, ó se case con ella, añadiéndole alguna otra pena arbitraria.

Por una real cédula, está mandado que los reos de estupros no sean molestados con prisiones ni arrestos, dando fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, y aun si no tuviere como afianzar, siquiera estar á derecho; todavia se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar

(1) Ll. 1. tit. 18. Part. 7. y 7. tit. 20. lib. 8. de la Rec. de Cast.

[\*] La pena que impone la ley de Partida al incestuoso es la del adulterio; y como de las impuestas á este delito solo la de muerte le puede convenir, por eso decimos absolutamente que esa le corresponde, añadiendo la de confiscacion de la mitad de los bienes, que señala la ley de Rec. que es la 7. tit. 20. lib. 8.

(2) L. 3. tit. 18. Part. 7.

(3) L. 1. tit. 19. Part. 7.

(4) L. 2. del mismo tit.

o pueblo por cárcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le sea mandado. (1)

El pecado nefando ó de sodomía, se castiga con pena de muerte de fuego: debe imponerse así al agente como al paciente, á mas de confiscarse todos sus bienes para la cámara. (2)

A los alcahuetes puede tambien acusar cualquiera del pueblo: las especies que hay de ellos, y las penas que se les imponen, se pueden ver en las leyes del título 24. Part. 7. y en las del título 11. libro 8. de la Rec., especialmente la 4. y 5.

El tercer delito público es el homicidio, el que no es otra cosa, que dar la muerte á un hombre, sea libre ó siervo. (3) Esto se puede verificar de tres maneras, ó con dolo, es decir, con intencion directa de matar, ó en propia defensa, ó finalmente por acaso. De aqui, pues, nace la division del homicidio en doloso ó determinado, en justo y casual. (4) Solo el de la primera especie es delito, y el que lo comete tiene la pena de muerte de horca, (5) sin que escuse el que la muerte haya sido dada en rixa ó desafio. (6) No solo es culpable de esta especie de homicidio el que determinadamente va á matar, ó mata á otro, sino tambien el que pone los medios para que muera. Así, pues, deben ser castigados como homicidas: 1.º Los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfeccion causan la muerte á alguno. (7) 2.º Las madres que procuran el aborto. (8) 3.º El boticario ó botánico que

(1) Real cédula de 30 de octubre de 1796, remitida á la América con fecha de 31 de mayo de 1801, y publicada en 11 de mayo de 1802.

(2) L. 1. y 2. tit. 21. lib. 8. Rec. y 1. y 2. tit. 21. Part. 7.

(3) L. 1. tit. 8. Part. 7.

(4) Dicha ley 1. tit. y Part.

(5) L. 4. y 10. tit. 23. lib. 8. de la Rec. de Cast.

(6) L. 3. tit. 23. lib. 8. Rec.

(7) L. 6. tit. 8. Part. 7.

(8) Dicha ley 3. del citado tit.

vende bebidas, ó yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte á alguno. (1) 4.º El juez que maliciosamente dá sentencia de muerte contra el reo que no la merece. 5.º El que presta armas ó auxilio para matar. Y 6.º El que castra á otro. (2)

Este homicidio determinado comprende otras dos especies, y son el que se llama de muerte segura, y de traicion ó alevosía. El que mata á muerte segura, es decir, de un modo en que no es posible evitar la muerte, v. g., con arcabúz ó pistola, además de la pena de muerte, se le confisca la mitad de sus bienes: (3) y el que matare á traicion, es decir, con engaños ó semejanza de amistad, tiene la pena de ser arrastrado y ahorcado, con confiscacion de todos sus bienes, la mitad para el Rey, y la otra mitad para los herederos del muerto. (4)

El que mata por ocasion, ó sin dolo ó intencion de matar, ó por exigirlo su propia defensa, aunque por lo regular no carecerá de culpa, no se le impondrá la pena ordinaria del homicidio, sino otra mas moderada, atendidas las circunstancias. (5)

Siguese el delito del parricidio; y aunque este significa en rigor la muerte del padre, con todo, aqui se toma mas latamente por todo homicidio cometido entre parientes cercanos: v. g., cuando el padre mata á su hijo, ó el hijo á su padre, ó el abuelo al nieto, ó el nieto á su abuelo, ó á su bisabuelo, ó alguno de ellos á él, ó el hermano al hermano, ó el tio á su sobrino, ó el sobrino al tio, ó el marido á su muger, ó la muger á su marido ó suegro, y la suegra á su yerno ó nuera, ó el yerno á la nuera, ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ó éste á su padrastro ó madrastra, ó el liberto á su patrono.

(1) L. 7.

(2) L. 10. 11. y 13. del mismo tit.

(3) L. 10. tit. 23. lib. 8. Rec.

(4) Dicha ley 10. tit. y lib.

(5) Véanse las leyes 4. 5. y 6. tit. 3. Part. 7. y 11. 12. y 13. tit. 23. lib. 8. Rec. de Cast.

El que comete este delito, sea la especie de muerte que fuere, tiene la pena de ser azotado públicamente, y despues encerrado en un saco de cuero, y con él un perro, un gallo, una culebra y un mono, y despues cosiendo la boca del saco lo echen al mar ó rio mas cercano del lugar donde acaeciére. La causa de castigarle de esta manera es, por juzgarse el parricida como indigno del uso de todos los elementos, acompañándosele con unos animales que son tan atrevidos como él para con sus padres. (1) Esta pena no está en uso con toda la acervidad referida, y lo que se practica es, que el parricida sufra la muerte de horca, y ya muerto se le encierra en el cuero con los animales que hemos dicho, pintados por defuera. Incluido en el saco, se le arroja en el rio ó laguna mas cercana, é inmediatamente se permite á algunas personas piadosas que lo estraigan, y lo entierren en lugar sagrado.

El delito de falsedad comprende muchos y diversos casos; pero todos consisten en fingir ú ocultar la verdad. (2) Tales son: 1.º El escribano público que hace algun testamento, escritura ú otro instrumento falso, ó cancelase ó mudase alguno verdadero. Este tiene la pena de cortarle la mano con que la escribió, y de ser infame para siempre. (3) 2.º El testigo que diere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola. A éste se le condena á la misma pena que debía imponerse al reo si se le probase el delito que se le imputa. (4) 3.º El que falseare bulas del Papa, ó cédulas, privilegios ó sellos; el cual delito tiene pena de muerte, y confiscacion de la mitad de los bienes á favor de la cámara del Rey. (5) 4.º El que acuña moneda falsa de oro ó de plata, ó de otro metal, á quien se impone la pena

- (1) L. 12. tit. 8. Part. 7.
- (2) Principio de la ley 1. tit. 7. Part. 7.
- (3) L. 6. tit. 7. Part. 7.
- (4) L. 4. tit. 17. lib. 8. Rec. de Cast.
- (5) L. 4. y 6. tit. 7. Part. 7. y 4. tit. 17. lib. 8. Rec. de Cast.

de ser quemado, perdiendo todos sus bienes para la cámara. (1)

Estas son las principales especies de falsedades: otras muchas refieren las leyes, y les imponen sus correspondientes penas, que pueden verse en ellas mismas. (2)

A este título tambien pertenece la fuerza, que no es otra cosa que una violencia que no puede resistir el que la padece. (3) Se divide en pública ó con armas, y privada ó sin ellas. La pública es, una violencia atroz, principalmente ocasionada por las armas, con la que se turba la seguridad pública. La privada es, una fuerza ménos grave cometida sin armas contra los privados. La pena impuesta á los que hacen la primera especie de fuerza es, destierro perpetuo, y que si no tiene parientes de los ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, todos los bienes que tuvieren deben ser para la cámara del Rey, sacando las arras de su muger, y las deudas contraidas hasta el dia en que fué dada la sentencia. Si la fuerza fuere del segundo modo ó sin armas, tambien debe ser desterrado para siempre el forzador, pero solo se le confiscará la tercera parte de sus bienes, y si tuviere algun oficio honorífico lo debe perder y quedar infame. (4) La fuerza que se hace á alguna muger para pecar con ella se reduce á la pública, y tiene la pena de muerte. (5)

Otro delito público es, el de los sacrilegos ó ladrones de las cosas de la iglesia, y el de los que hurtan el dinero público ó del fisco. Estos tienen la pena de muerte, segun digimos en el título de los hurtos. (6)

El hurto de hombre vivo sea libre ó siervo, á que

- (1) L. 9. tit. 7. Part. 7., 11. y 67. tit. 21. lib. 5. y 4. tit. 6. lib. 8. Rec. de Cast.
- (2) Todo el tit. 7. Part. 7. tit. 17. lib. 8. Rec. de Cast. y leyes 1. 2. y 5. tit. 13. y 1. 5. 6. tit. 22. lib. 5. Rec.
- (3) L. 1. tit. 10. Part. 7.
- (4) L. 8. tit. 10. Part. 7.
- (5) L. 3. tit. 20. Part. 7.
- (6) L. 19. tit. 14. Part. 7.

llaman en derecho plagio, se castiga si es hijo-dalgo el ladrón con destierro perpetuo, y si fuere de inferior calidad con pena de muerte. (1)

Del delito que cometen los jueces que se dejan corromper por dinero y sus penas, hemos tratado en el título V. de este libro. (2)

El delito de los que encarecen los mantenimientos y géneros de primera necesidad, se puede también acusar por cualesquiera del pueblo (3) por resultar manifiestamente en daño de la república, y principalmente de las personas pobres. (4) Tal es el delito de los regatones, así llamados porque tienen por oficio y manera de vivir el comprar pan, carne, trigo, harina y otros frutos de necesidad para venderlos más caro. (5) Estos se castigan con diversas penas ya de perder los géneros, ya de destierro del lugar por el tiempo de seis meses, un año ó más, (6) ya con pena de azotes ó de multa pecuniaria. (7)

(1) L. 22. dho. tit. y Part.

(2) L. 3. tit. 1. Part. 7.

(3) L. 1. tit. 14. lib. 5. de la Rec.

(4) L. 19. tit. 11. lib. 5. Rec.

(5) Dha. ley 19.

(6) Dha. ley 19. y 24. del mismo tit.

(7) Ll. 1. 2. tit. 14. lib. 5. Rec. de Cast. y Autos acordados del tit. 14. lib. 5. Rec. de Cast.

## APÉNDICE.

### DE LOS JUICIOS, SU ORDEN Y RITUALIDADES.

#### §. I.

#### DE LOS JUICIOS EN GENERAL.

**J**uicio es: un modo legítimo de terminar las contiendas que ocurren entre los hombres, ó de probar los delitos para castigarlos. (1) Se divide en ordinario, extraordinario, y sumario. Juicio *ordinario* es, en el que se procede por acción ó acusación verdadera, guardándose el orden y solemnidades de derecho. *Extraordinario*, cuando se procede sin querrela ó acción intentada por parte, solo de oficio del juez. *Sumario*, se llama aquel en que se procede breve y sencillamente, sin ningún aparato ni figura de juicio.

Se subdivide el juicio en *civil*, *criminal* y *misto*: se llama *civil*, cuando se trata principalmente de utilidad privada, y solo de aplicar interés á la parte: *criminal*, cuando se dirige á la vindicta pública, para que se imponga á los delincuentes la pena que merezca su delito conforme á derecho; y *misto*, cuando participa de los dos, *civil* y *criminal*.

También se subdivide, en *definitivo* ó *interlocutorio*: *definitivo* es, cuando con él se termina la causa principal; *interlocutorio*, cuando solo se decide un artículo particular.

Finalmente: el juicio es, ó *petitorio*, en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad ó dominio de alguna cosa; ó *posesorio*, al que comunmente se llama *de tenuta*, y es el que intentan para conseguir, ó retener la posesión que se les disputa, ó recuperar la que han perdido.

(1) Arg. de la ley 2. tit. 22. Part. 3.

Todo juicio requiere actor, reo y juez. (1) A mas de esto, se necesita tambien de escribano público en lo secular, y de notario en lo eclesiástico. *Actor* es, el que pretende, ó alega algun derecho, y el que regularmente intenta la demanda. *Reo* es, aquel á quien se pide alguna cosa, y contra el que se intenta la accion y demanda, á la cual contesta y responde, procurando defenderse. *Juez* es, el que por pública autoridad conoce del pleito y lo decide. (2)

## §. II.

### ORDEN DEL JUICIO ORDINARIO.

**E**n el juicio civil ordinario, luego que el actor pone su demanda, el juez manda dar traslado de élla al reo, el cual dentro de nueve dias debe contestar, confesándola ó negándola. (3) Si ha de oponer excepciones perentorias, tiene otros 20 dias mas para alegarlas. (4) No hallándose el reo presente, pero sí dentro de la provincia, debe responder y contestar la demanda en el término que se le señale en el despacho de emplazamiento. Si no se sabe donde está, ó se halla ultramar ó fuera del reino ó provincia, ó de donde no se espera que vendrá tan de próximo y hay bienes suyos, con informacion de ello, y á pedimento de la parte, el juez nombra curador y defensor de los bienes, con el cual se sigue la causa, como si se siguiera con el reo presente. Pero si el reo está para ausentarse del lugar, ó se teme que haga fuga, se dá mandamiento de arraigo, para que dé fianza de juzgado y sentenciado, y de estar á derecho con el actor por lo tocante á su demanda. De otra suerte debe ser preso hasta

(1) Ll. 26. tit. 23. y fin tit. 26. Part. 3.

(2) L. 10. tit. 4. Part. 3.

(3) L. 1. tit. 4. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) L. 1. tit. 5. lib. 4. Rec.

que la dé, y esto es lo que se llama *arraigarse*. (1)

No respondiendo el reo á la demanda dentro de los nueve dias ó del término del emplazamiento, que corre desde el dia de la notificacion, le acusa el actor la rebeldía, y pide que se le señalen los estrados por bastantes, para que con ellos se hagan los autos, y le pare al reo el mismo perjuicio que si se hiciesen con él, y que se le cobren los autos con apremio. El juez dá *por acusada la rebeldía*, y manda que *un ministro los cobre con apremio*, para proveer, porque sin los autos no lo puede hacer. Si el reo no los ha llevado, solo provee:—*Autos*: y habiéndolos visto provee auto en que señala los estrados por bastantes, en estos términos:—*Por acusada la rebeldía: recíbese esta causa á prueba por el término de nueve ó de tantos dias comunes á las partes; y mediante ha no haber comparecido la de N. demandada, en su ausencia y rebeldía se declaran los estrados de este juzgado por bastantes, á quienes se harán saber los autos y diligencias que ocurran.* Despues de este auto, todo lo que se proveyere parará al reo el mismo perjuicio que si se hiciera con él; y en adelante se siguen los autos con los estrados de la audiencia del juez, haciendo á ellos las notificaciones que se habían de hacer al reo, hasta pronunciar la sentencia definitiva. Si el reo quiere purgar ó reparar la mora, puede hacerlo respondiendo á la demanda aunque se haya pasado el término de nueve dias ó el del emplazamiento, mientras que el juez no ha determinado cosa alguna en su rebeldía.

Habiendo respondido el reo á la demanda, se dá traslado de su respuesta al actor, el cual debe contestar dentro de seis dias; si no es que el reo le ponga alguna reconvention, porque entonces tiene nueve dias para responder. (2) De este escrito, que se llama réplica, se dá traslado al reo, el cual debe satisfacer dentro de otros seis dias

(1) Ll. 2. tit. 18. lib. 3. Fuero Real, 41. tit. 2. Part. 3., 17. tit. 12. Part. 5., 7. tit. 20. lib. 2. y 3. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 2. tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

presentando otro escrito, que debe ser el último, porque no se deben admitir mas de dos á cada parte. (1)

En este estado se dice estar los autos conclusos, porque los litigantes han dicho y alegado ya, cuanto tienen que decir y alegar. Pero como por lo regular, no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el juez un auto en que manda se traigan los autos para ver si se necesita de pruebas ó nó. El que se acostumbra poner en estos casos es:—*Autos con citacion*. Citadas las partes, los vé, y siendo necesario (porque suele no serlo apareciendo la justicia en el proceso por instrumentos, ó por otros medios, conforme á derecho) (2) provee auto de prueba, diciendo:—*Vistos: recíbese esta causa á prueba por el término de nueve dias comunes á las partes*. El dicho auto se notifica á ámbas, y les corre el término probatorio desde el día de la notificacion, sin contar los dias feriados, si consumen la mayor parte de él. Si necesitan de mas término de prueba, piden las prorogaciones que han menester, ántes que se les concluya el dado, y el juez va concediendo segun vé que es necesario, atendida la naturaleza de la causa, la distancia de los lugares, y la calidad de las personas, hasta ochenta dias, que es el término de la ley. (3) Pero si las pruebas que se han de dar fueren de testigos que están ultramar ó fuera del reino, se puede conceder el término llamado *ultramariano*, ó extraordinario, que es de seis meses. (4) El decreto con que los jueces prorogan el término de prueba es, poner al escrito de la parte que pide otros nueve ó quince dias mas:—*Concédensele, estando dentro del término*.

Recibida la causa á prueba, han de tomar las partes los autos por su órden, para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion de la contra-

(1) Ll. 2. 5. y 9. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) Ll. 7. tít. 14. Part. 3. y 4. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) Ll. 1. y 2. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) Ll. 1. y 2. ya citadas.

ria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citacion. Y si les conviene probar algunos particulares nuevos, concernientes á la accion intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.

Dentro del mismo término pueden las partes hacerse entre sí las preguntas de los hechos á que puedan y deban satisfacer, poniendo las tales preguntas asertivamente, que es lo que llaman *posicion*. Esta no es otra cosa, que la afirmacion de algun dicho ó hecho para que á él se responda.

Finalmente: los interrogatorios que se presentan para el exámen de testigos y las deposiciones de éstos, no se han de manifestar á la parte contraria, hasta que en la publicacion y su término corra el traslado de las probanzas.

Pasado el término probatorio y habiéndose hecho probanzas, una de las partes pide, que se haga publicacion de ellas. De este escrito manda el juez dar traslado á la otra parte para que esponga si efectivamente está pasado ó no el término, ó tiene algun motivo que la impida por entonces. Si nada dice á los tres dias de notificado el traslado, debe el juez deferir á la publicacion, y hacerla saber á ámbos litigantes, dándoles traslado de todas las pruebas producidas. (1) El decreto que suele ponerse en este caso es:—*Hágase publicacion de probanzas, y entréguese los autos á las partes por su órden*.

Hecha la publicacion y notificada á las partes, se les han de entregar todos los autos, con los documentos y pruebas que han producido. Esta entrega se debe hacer por su órden: esto es, primero al actor y despues al reo, á fin de que uno y otro aleguen de bien probado, haciendo ver cada uno por su parte cómo probó su intencion, y el otro no probó la suya, abonar sus testigos, tachar los del contrario &c., lo que deben egecutar dentro

(1) L. 37. tít. 16. Part. 3.

del término de seis días. Del alegato que hiciere el actor, se debe comunicar traslado al reo. En el caso de ponerse tachas considerables á los testigos, ó redarguirse de falsos algunos documentos, se dá tambien traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que digere ó nó, á los tres días, acusándosele la rebeldía, se recibe la causa á prueba en estos puntos con un término arbitrario, que no debe exceder de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Pasado éste, sin que se pueda conceder restitucion *in integrum* á los menores y privilegiados, se alega de bien probado, y una de las partes pide que se haya la causa por conclusa para definitiva. [\*] El juez dá traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que digere ó nó, á los tres días, acusándose la rebeldía, sino responde, ha de haber el pleito por concluso, pasa á examinar la causa, y manda citar á las partes para pronunciar sentencia.

Esta no es otra cosa: que la *decision que hace el juez de la causa que se ha controvertido ante él*. (1) Se divide en interlocutoria y definitiva. Se llama interlocutoria, la que el juez profiere en el discurso del pleito entre su principio y fin, sobre algun incidente; y definitiva, que propriamente se dice sentencia, es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes hace el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ó condenacion á la controversia que ante él suscitaron. (2)

[\*] Concluir en los pleitos, quiere decir, que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada mas tienen que justificar en ellos. La conclusion es de sustancia del juicio, ya se pida ó nó por las partes, segun las leyes final tít. 6. y 1.º tít. 7. lib. 4. Rec. de Cast, por lo que, siendo dos solas las que litigan y concluyendo la una, se há el pleito por concluso legitimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste que ya está concluso.

(1) L. 1. tít. 22. Part. 3.

(2) Ll. 1. y 2 tít. 22. Part. 3.

Debe el juez proferir la sentencia definitiva dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion del pleito, estando presentes las partes ó citadas al efecto, como se ha dicho. Ha de ser conforme al libelo ó demanda en la cosa pedida, en la causa por qué se pide, y en la accion con que se pide. Ha de recaer sobre cosa cierta, arreglada á derecho, y no exceder de lo pedido. (1) Es verdad que el juez puede remitirse á los autos cuando en ellos consta lo adeudado; pero si es cantidad ilícuida debe mandar que se liquide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes antes de egecutar la sentencia.

Notificada la sentencia definitiva á las partes ó á sus procuradores, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, espresando ser pasado el término de la ley, y pidiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y que la lleve á pura y debida egecucion. De este escrito se acostumbra dar traslado á la otra parte, y con lo que digere ó nó, á la primera audiencia, siendo acusada la rebeldía, se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se condena á la parte á que cumpla con ella en estos términos:— *Vistos: mediante á no haberse apelado por parte de N. de la sentencia proferida el dia tantos, por la cual se le condenó á tal cosa, y ser pasado el término en que lo debió practicar, y mucho mas; se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se le condena á que esté y pase por su tenor sin contravenirla en manera alguna.*

### §. III.

#### DE LA APELACION:

**A**pelacion es: un recurso que se hace del juez inferior al superior, quejándose de algun agravio que se supone haber recibido en su sentencia, y pidiendo que lo en-

(1) Ll. 5. y seg. tít. 26. P. 3., y sig. tít. 17. lib. 4. Rec. de C.



miende conforme á derecho. (1) Puede interponerse de toda sentencia definitiva, y de las interlocutorias cuando tienen fuerza de definitivas, ó causan un gravamen irreparable. (2) Debe apelarse del juez inferior al superior inmediato; pero si alguno por error apelase á un juez superior, que no es el inmediato, ó á un igual al que sentenció, vale la apelacion, no para el efecto de que puedan éstos juzgar de ella, sino para embiarla á quien pertenece, diciendo: *Acuda esta parte adonde toque.*

El término señalado para interponer la apelacion es, de cinco dias, contados desde el dia en que se notificare al agraviado. (3) Pero el menor por el beneficio que gozará de restitucion, puede apelar cuatro años despues de su memoria. (4) Así mismo el fisco, las iglesias y consejos valiéndose del mismo beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podía apelarse; y habiendo lesion enorme, podrán hacerlo dentro de treinta. (5) Al ausente y ocupado en servicio del Rey, ó por razon de estudios ó dedicado al cultivo de la tierra y al desterrado ó preso, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, ó removido el impedimento, pidiendo restitucion por esta causa dentro de diez dias. (6)

De la sentencia de los árbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias, desde el en que se notificó; y en el mismo término se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiástico. (7)

Admitida la apelacion, manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa, y le señala pla-

(1) Ll. 2. y 14. tit. 23. P. 3., y 1. tit. 18. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) Ll. 13. tit. 23 Part. 3., y 3. tit. 19. lib. 4. Rec. de Cast. Conc. Trid. ses. 24. de reform. cap. 20.

(3) L. 1. tit. 18. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) Ll. 1. 2. y 3. tit. 23. Part. 3. y 0. 0. y 10. tit. 19. Part. 6.

(5) L. 10. tit. 19. Part. 6.

(6) Ll. 10. y 11 tit. 23. Part. 3.

(7) Ll. 23. y 35. tit. 4. Part. 3.

zo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada; y no señalándole, gozará del término que la ley prefine segun las distancias de los lugares. (1)

Traídos los autos y presentados al juez que ha de conocer de la apelacion, debe éste citar á las partes. El apelante presenta entonces un escrito espresando sus agravios contra la sentencia, y pidiendo la revocacion del atentado, si se hubiere cometido. De este escrito se dá traslado á la parte contraria, se replica y duplica; y con dos escritos de cada parte se concluye y recibe la causa á prueba, si se presentan escepciones nuevas, ó se reproducen las que el juez inferior despreció en primera instancia. (2)

Pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas y se concluye para definitiva: se mandan traer los autos para su determinacion citadas las partes, y estándolo se pronuncia la sentencia, y se notifica como en la primera instancia.

#### §. IV.

#### DE LA SÚPLICA.

Aunque no hay apelacion de los tribunales supremos, por representar éstos la persona misma del Rey; se concede no obstante, un recurso ante los mismos que se llama *súplica*. En estos casos la primera sentencia dada por las reales Audiencias, se llama *vista*, y la segunda, *revista*. (3)

No se admite suplicacion de la sentencia en vista de las Audiencias que confirme dos sentencias conformes de grado en grado, dadas por jueces inferiores. La razon es, porque de tres sentencias conformes tampoco há lugar la apelacion. (4) Pero si dos sentencias de jueces inferiores

(1) Ll. 2. y 10. tit. 18. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tit. 9. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) Ll. 17. tit. 23. Part. 3. y 2. tit. 19. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) Ll. 5. tit. 17. y 2. tit. 19. lib. 4. Rec. de Cast.

se revocan en la Audiencia; há lugar la suplicación; aunque no lo tendrá de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que sobre ello se diere en revista. (1)

Tampoco se admite suplicación de la sentencia de revista dada en las mismas Audiencias en pleitos comenzados ante ellas, pues la misma sentencia de revista es la suplicación. Ni de los autos en que se declara si hace fuerza ó no el juez eclesiástico, ni de la sentencia confirmatoria de la de los jueces árabitos; pero sí de la revocatoria. (2)

Este recurso se debe interponer dentro de tres dias de la sentencia interlocutoria, y dentro de diez de la definitiva, contados desde la notificación de la sentencia. (3) Admitida la súplica en la Audiencia se mandan entregar los autos al suplicante, y de su espresion de agravios se dá traslado á su contrario, y con la respuesta de éste se concluye con dos escritos para prueba, si hay algo que deba probarse, y en adelante se procede como en la segunda instancia.

## §. V.

### DE LA SEGUNDA SUPPLICACION.

Así se llama una instancia que se interpone por la parte agraviada en la sentencia de revista dada por los Consejos Reales ó Chancillerias para ante la real persona, ó mas propiamente para una sala del Consejo llamada *de mil y quinientas*.

Para que este recurso deba admitirse, se requieren cuatro condiciones: 1.<sup>a</sup> Que la sentencia de que se interpone sea la de revista. 2.<sup>a</sup> Que la causa sea árdua y difícil, y tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza, en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios. 3.<sup>a</sup>

(1) L. 2. tit. 19. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 4. tit. 5. y 2. y 9. tit. 19. y 4. tit. 27. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) Ll. 1. y 4. tit. 19. lib. 4. Rec. de Cast.

Que se interponga de sentencia definitiva, y no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva. 4.<sup>a</sup> Que la causa se haya empezado en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda, y no por vía de restitucion, reclamacion, ni nulidad. (1)

Se debe interponer dentro de veinte dias de notificada la sentencia de revista, y pasado este término no se concede restitucion. El que la interponga se ha de obligar con fianzas á pagar mil y quinientas doblas si la sentencia se confirmare, las cuales se aplican por terceras partes, al fisco, á los oidores que dieron la sentencia de revista y á la parte que venciere. (2)

En la América hay diferentes disposiciones acerca de la segunda suplicacion. 1.<sup>a</sup> De pleito cuyo valor sea de seis mil pesos se puede suplicar segunda vez de la sentencia pronunciada por la Audiencia. Esta, no obstante el recurso, debe ser egecutada, dando la parte fianzas de que si fuere revocada restituirá todo lo que por ella le hubiere sido adjudicado; pero si la sentencia de revista fuere sobre posesion, no há lugar la segunda suplicacion, y se debe egecutar aunque no sea conforme á la de vista.

2.<sup>a</sup> Si despues de sentenciado el pleito en revista fuere suplicado para ante el Rey, la Audiencia debe sustanciar el artículo de grado, y oidas las partes sobre agravios, no debe pasar adelante ni determinar sobre si le hay ó nó, sino que debe remitir el proceso original con su relacion como estuviere; al Consejo de Indias, citadas las partes.

3.<sup>a</sup> El tiempo señalado para que la parte se presente á S. M. es un año para los del distrito de las Audiencias de los Reyes, Quito, Nuevo-reino de Granada, Santo Domingo y Nueva-España: año y medio los de las Audiencias de Chile y Charcas; y los de Filipinas dos años, contados estos tiempos desde el dia que salga la armada de los respectivos puertos.

4.<sup>a</sup> Siendo la parte pobre y precediendo informacion de

(1) Ll. 1. 7. y 9. tit. 26. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) Dicha ley 1. tit. y Part.

tal con citacion de fiscal, puede suceder la caucion juratoria en lugar de fianza real y verdadera.

5.<sup>a</sup> Los jueces que en el Consejo de Indias han de determinar los pleitos de segunda suplicacion no han de ser ménos de cinco; y si despues de nombrados faltare alguno por muerte ó ausencia, pueden determinar el pleito los cuatro que quedaren; pero si faltaren dos ó mas, se avise al Rey para que nombre hasta completar el número. Estos deben declarar si há lugar ó nó el recurso; y declarando haberle, conocerán de la causa principal, y de la sentencia que pronunciaren no hay suplicacion ni otro recurso.

6.<sup>a</sup> Por costumbre no se llevan en Indias las doblas que dispone la ley de Segovia; pero los que interponen segunda suplicacion deben dar fianzas de que pagarán mil ducados de pena, si se confirmare la sentencia de revista por el Consejo de Indias, los que se aplicarán en la misma forma que las mil y quinientas doblas; y declarándose no haber lugar al recurso, pagará el suplicante cuatrocientos ducados, mitad para la cámara y la otra mitad para la parte contraria. (1)

## §. VI.

### DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA.

Se llama así este recurso, porque el que usa de él se queja de haberle hecho injusticia notoria el tribunal de la real Audiencia, y pide al Consejo que la deshaga. Sobre cual sea la injusticia notoria en que se apoye el recurso de este nombre, hay una grande variedad entre los letrados, entre los jueces y entre los autores. Algunos quieren que la iniquidad ó injusticia sea tan clara, que aparezca por sola la lectura material de los autos: v. g., por no ser la decision conforme á la demanda, ó á lo deducido y probado por las partes, ó cuando tiene contra sí la noto-

(1) Ll. 1. 2. 3. 4. 5. 6. y sig. (lt. 13, lib. 5. Rec. de Ind.

ria resistencia del derecho. Pero el señor conde de la Cañada asegura haber defendido y juzgado bastantes pleitos remitidos al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno haber hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contuviere una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caducase por falta de poder, citacion, ni subversion del órden público, habiendo sido necesario en todos internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes. De donde se infiere, que para tener lugar este recurso, no es menester que la injusticia sea tan clara que ofenda la razon aun de los imperitos. No obstante, cuando hay alguna duda acerca de si están probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo ésta razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo.

El conocimiento de este recurso es privativo del Consejo en la sala primera de gobierno. No tiene lugar en aquellas causas cuya determinacion pertenece al Consejo en la sala de mil y quinientas. Tampoco en las sentencias de vista mandadas egecutar sin embargo de súplica, á no ser que la parte justifique en el Consejo haber pedido licencia para suplicar y habersele denegado; y finalmente, no se admite de autos interlocutorios que no tengan fuerza de definitivos, y causen perjuicio irreparable.

Para introducir este recurso ha de preceder depósito de quinientos ducados que se hace en la depositaria de penas de cámara, donde se dá certificacion que se presenta con el recurso, ó fianza abonada que ha de recibir de su cuenta el escribano ante quien se otorgue; en cuya cantidad se condena á la parte que interpone el recurso, si se confirma la sentencia. La distribucion se hace en tres partes, aplicadas como en el de mil y quinientas, y el pobre dá la misma caucion juratoria que en aquel.

La fórmula de este recurso es, presentar pedimento ha-

ciendo relacion de los puntos en que consiste la injusticia notoria: se concluye pidiendo que el Consejo se sirva librar provision para la remision de autos por compulsa, con citacion de las partes; y que en su vista se declare que la sentencia de revista contiene injusticia notoria. (1)

### §. VII.

#### DE LOS RECURSOS DE FUERZA.

Se llaman así, porque por medio de ellos la parte que se siente agraviada de algun juez eclesiástico, recurre á los tribunales supremos como representantes del Rey, implorando su favor y defensa, (2). De tres modos puede causarse fuerza por los jueces eclesiásticos. El 1.º es, *en el conocer y proceder*, que es cuando toma conocimiento en una causa estraña de su jurisdiccion. En este caso usan los tribunales que conocen del recurso del auto que llaman *de legos*: éste se espide á fin de que el juez eclesiástico no conozca ni proceda á la determinacion de aquella causa, mandando se le remitan los autos, que se dan por de ningun valor.

El 2.º es, *en el mando de conocer y proceder*; y tiene lugar cuando siendo la causa perteneciente á la jurisdiccion eclesiástica, no observa en la sustanciacion el orden y método prescrito en el derecho.

El 3.º es, el que se llama *de no otorgar, ó no deferir á la apelacion*. Tiene lugar cuando el juez eclesiástico no otorga la apelacion que ante él se interpone, siendo admisible segun derecho. (3).

Antes de entablar el recurso se debe preparar. Para esto la parte que se siente agraviada, si la fuerza consiste en el conocer y proceder, presenta pedimento ante el

(1) Aut. Acord. 6. 7. 10. y sig.

(2) Ll. 2. tit. 6. lib. 1. y 36. tit. 5. lib. 2. Rec. de Cast.

(3) Aut. Acord. 31. tit. 19. lib. 2. Rec. de Cast.

juez eclesiástico espiendo las razones por que no le corresponde el conocimiento de aquella causa, y pidiendo se abstenga de él y remita los autos al juez secular á quien corresponda, protestando de lo contrario el real auxilio de la fuerza. Si no lo hiciere, se pide testimonio, y con él si lo concede y sin él, pero con testimonio del pedimento si lo niega, se interpone el recurso. Si la fuerza se causare en el modo, se debe pedir primeramente revocatoria del auto con que la infiere: de lo contrario, debe interponer apelacion. Si niega el juez eclesiástico uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protestando el real auxilio de la fuerza; y si tampoco se admite, con testimonio de élla se usa del recurso. (1)

### §. VIII.

#### DEL JUICIO EGECUTIVO.

El juicio egecutivo, es, un juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores para que sin los dispendios y dilaciones de la via ordinaria consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendidas solamente la verdad y equidad.

La egecucion se hace en virtud de las cosas é instrumentos que la traen aparejada, los cuales son: primero, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: segundo, la egecutoria dada por tribunal superior competente: tercero, la confesion clara de la deuda hecha en juicio y el juramento decisorio del pleito: cuarto, los conocimientos, vales y papeles, despues que el que los hizo los reconoció con juramento ante juez competente: quinto, el instrumento público y auténtico: sexto, la liquidacion ó instrumento simple, liquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad correspondiente: séptimo, los libros y cuentas estrajudiciales re-

(1) Teatro de la legisl. art. Recurso de fuerza.

conocidas por las partes en juicio ó por instrumento público: octavo, las cédulas y provisiones de S. M. cuando no son contra derecho ni dadas en perjuicio de alguno, sin ser citado ni oído: noveno, los juros ó libranzas dadas por el Rey contra sus tesoreros y administradores: décimo, los pareceres conformes de los contadores.

En virtud de cualesquiera de los instrumentos anteriores que traen aparejada egecucion, puede pedirla no solo el acreedor, sino tambien el que tenga interés; así pues, puede pretenderla el sócio, aunque no tenga poder de los consócios: el marido por la dote que se le prometió y no entregó, y por los bienes parafernales, como conjunto y á nombre de su muger: el heredero del acreedor, justificando serlo, contra los deudores del difunto: el comprador de la herencia contra los deudores de ella; y el fiador contra el principal obligado por lo que pagó por él, constando de la deuda y su solucion.

La egecucion se despacha regularmente contra ciertos y determinados bienes que el deudor nombra, y si no lo hace, ó se halla ausente, contra los que indica el acreedor. Primero se traba en los bienes muebles, y por su falta en los raices.

Hay muchos bienes en los cuales no puede hacerse la egecucion. Tales son las cosas sagradas y destinadas al culto divino: los aparejos y animales de labranza, si no es por derechos reales ó por diezmos: los instrumentos que tienen los artífices para el uso de su oficio: las casas, armas y caballos de los caballeros é hijosdalgos, si no es por deuda real: los sueldos de los militares: los libros de los abogados y estudiantes: el vestido diario, cama y otras cosas necesarias al uso cotidiano &c. (1)

(1) Ll. 7. tit. 2. lib. 1. y 25. 26. 27. y 28. tit. 21. lib. 4. y 6. tit. 17. lib. 5. de la Rec. de Cast. y 3. tit. 27. Part. 3. y Cur. filip. 6. 16. núm. 8. y sig.

### ORDEN Y FORMA DEL JUICIO EGEUTIVO.

El acreedor que intenta egecucion contra su deudor, debe presentar primeramente un escrito al juez, diciendo: que en atencion á que no ha podido cobrar de él su crédito que consta del documento que presenta, no obstante las repetidas amigables reconvenções que le ha hecho, se sirva mandar se libre mandamiento de egecucion contra su persona y bienes, por la cantidad de la deuda y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. El juez examina el instrumento presentado, y siendo de los que traen ciertamente aparejada egecucion, manda librar el mandamiento, diciendo:—*Vistos: librese mandamiento de egecucion.* (\*) Este se entrega al acreedor y no al alguacil, pena de nulidad de élla. (1)

Pudiendo ser habido el deudor se le requiere con el mandamiento egecutivo, por medio del escribano y ministros que pasan á su casa, para que ó pague la cantidad por que se despachó, ó señale bienes en que se trabe la egecucion. Esta, segun hemos dicho, se debe hacer precisamente en bienes muebles: no habiéndolos, en raices; y á falta de todos, en las deudas, derechos y acciones del deudor. (2) Si éste no puede ser habido, ó no nombra bienes, ó los que nombra no son suficientes, los señala el acreedor por el órden referido. Verificada la egecucion se deben inventariar y depositar los bienes embargados en po-

(\*) Está es el rigor de derecho; pero en la práctica se observa que el acreedor presenta primero un escrito pidiendo se mande á su deudor lo pague dentro de tercero dia con apercibimiento de egecucion. El juez á este escrito provee.—*Pague dentro de tercero dia con apercibimiento de egecucion.* Si no paga el deudor en este término ó se aviene con su acreedor, vuelve éste á presentarse pidiendo se libre en efecto el mandamiento de egecucion.

(1) L. 17. tit. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 9. tit. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

der de persona abonada, y el deudor debe dar la fianza llamada *de saneamiento*. Por ella asegura el fiador, que los bienes egecutados son del deudor, y que si no lo fueren se obliga á satisfacer toda la deuda ó lo que falte con los suyos, hecha escusion en los del deudor. Esta fianza es sustancial en el juicio egecutivo, para que no sea ilusorio; y no dándola el egecutado, se le debe poner preso. (1). (\*)

Hecha la egecucion y notificado su estado al deudor, pide el acreedor que se pregonen los bienes egecutados á efecto de venderlos en pública subasta. El juez provee á su peticion mandando: que se den tres pregones de nueve á nueve dias cada uno, si los bienes son raíces; y si fueren muebles, de tres en tres dias, escluyendo los en que se dieren los dichos pregones. (2)

Dados éstos, ó pasado el término de ellos, si el deudor los renunció, se presenta el acreedor pidiendo que se cite al reo de remate, y el juez lo manda citar, hallándose en estado. En esta citacion se le apercebe, que si dentro de los tres dias siguientes al de la fecha no comparece á mostrar paga, quita ó razon legítima para no pagar, se procederá sin mas citacion á la subasta y venta de los bienes egecutados, para verificar el pago de la cantidad principal, costas y décima, donde haya costumbre de exigirla.

Dentro de estos tres dias debe el deudor oponerse á la egecucion, si tiene escepcion legítima que alegar. A es-

(1) L. 19. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

(\*) Hay algunos que gozan del privilegio de no poder ser presos por deudas. Tales son: 1.º Los procuradores de los pueblos, que están en la corte. 2.º Los nobles é hijosdalgos, siempre que la deuda no proceda de delito ó cuasi delito. 3.º Los doctores ó licenciados en facultades mayores. 4.º Los labradores en tiempo de cosecha, si no es por deudas reales ó procedentes de delitos. 5.º Las mugeres. L. 10. y 11. tít. 7. lib. 6. 4. tít. 2. lib. 6. 8. y 9. tít. 7. lib. 1. 25. y 26. tít. 21. lib. 4. 3. tít. 1. lib. 5. y 2. cap. 4. tít. 17. lib. 6. de la Rec. de Cast.

(2) Dha. ley 19.

te efecto presenta un escrito, diciendo: que por tal cantidad se despachó contra él egecucion, se le embargaron bienes, y se le ha citado de remate; pero que mediante á tener que alegar y escepcionar contra dicha egecucion, se opone á ella, y pide se le manden entregar los autos. El juez provee en estos términos.—*Hase á esta parte por ofues-ta á la egecucion que refiere, y se encargan á entrámbos los diez dias de la ley.*

La oposicion que haga el egecutado ó las escepciones que debe proponer, deben ser paga, promesa ó pacto de no pedir, falsedad; usura, temor ó fuerza, y otras legítimas que de derecho se deban admitir; (1) y sin embargo de cualesquiera otras escepciones debe el juez llevar adelante la egecucion. Propuesta por el reo alguna escepcion de las dichas, se le han de entregar los autos, y debe probarla dentro de diez dias, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion; de manera que si no la prueba dentro de ellos, debe sentenciarse la causa de remate sin embargo de apelacion, que no debe admitirse sino en cuanto al efecto devolutivo. (2)

No oponiéndose el deudor á la egecucion dentro de los tres dias, ó si se opone, no probando sus escepciones dentro de los diez dias, el acreedor se presenta pidiendo que se sentencie la causa de remate. El juez llama los autos con citacion, y pasados tres dias dá su sentencia, mandando continuar la egecucion y hacer trance y remate de los bienes egecutados, y de su precio, entero pago al acreedor, dando éste previamente la fianza de la ley de Toledo ó de Madrid, segun sea la deuda; y que, precedida tasacion de las costas, se espida el correspondiente mandamiento de pago.

Dada la fianza y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por peritos nombrados por las partes, y pareciendo admisibles las posturas, por llegar á las dos tercias partes del valor de los bienes, se pide por el acreedor que se dé el cuarto pregon. Este se

(1) L. 1. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 3. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

manda dar por el juez y efectuar el remate, señalando día y hora para él, con citación del deudor.

Llegado el día, y dado el cuarto pregon, adjudica el juez los bienes al postor, otorgándole venta judicial de ellos. Pero si no se halla postor, ó si se halla no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio de ellos, puede el acreedor pretender se le entreguen en pago de su deuda, y el juez debe adjudicárselos si lo consiente el deudor, ó no lo contradice dentro de tercero día de habersele comunicado esta pretensión, formalizándose á su favor la correspondiente escritura. El acreedor los debe recibir en esta forma: si su valor excede al crédito, debe restituir el exceso, y si no alcanza puede repetir contra los demás del deudor por el residuo y costas. (1)

La parte que se siente agraviada por la sentencia en este juicio, puede apelar; pero al deudor no se le debe admitir la apelación si no es pagada la parte; porque en este caso no tiene mas efecto que el devolutivo. (2) En estos términos, se sigue en juicio ordinario el grado de apelación y suplicación hasta la sentencia de revista. Puede también cualquier tercer opositor salir oponiéndose á la ejecución hasta la sentencia para ser preferido al ejecutante; y como no se le haya hecho paga, aunque se hayan rematado los bienes, tiene lugar la oposición.

Siendo varios los acreedores que salen demandando al mismo deudor, y alegando derecho á sus bienes, se llama *concurso*. Este juicio se sigue entre el deudor y los acreedores, sustanciándose en lo principal con dos escritos de cada parte por todos los términos de la vía ordinaria hasta que se pronuncia la sentencia que llamando *graduación*, ó *de preferidos*, porque en ella se señala el orden con que deben ser pagados todos los que han probado su derecho, dando cada uno la fianza llamada *depositaria*, ó *de acreedor de mejor derecho*. (3)

(1) Ll. fin. tít. 27. Part. 3. y 44. tít. 13. Part. 5.

(2) L. 3. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) L. 11. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

Esta sentencia es apelable y para poderse ejecutar, ó se ha de ejecutar, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada; y no apelando ninguno, ó consintiéndola todos, puede pretender el defensor del concurso se declare por tal.

#### §. X.

### DEL JUICIO CRIMINAL.

Este juicio, según hemos dicho ya, se dirige á que se imponga á los delincuentes la pena que conforme á derecho merezca su delito. En él se puede proceder de tres modos. 1.º Por acusación. 2.º Por denuncia; y 3.º Por inquisición ó de oficio del juez.

#### §. XI.

### JUICIO CRIMINAL POR ACUSACION.

Se dá el nombre de querrela ó acusación al primer escrito de la causa, en que el querellante después de referir el delito con sus circunstancias, espresando el nombre del delincuente, y pidiendo que se le impongan las penas debidas, solicita que se le admita una información sumaria sobre lo espuesto, y que hecha la suficiente, se mande prender al reo, y embargar sus bienes. El juez si la causa no es grave, comete la información al escribano; pero si lo es, debe recibirla por sí mismo, y resultando de ella semiplena prueba, ó indicios bastantes, libra mandamiento de prisión y secuestro de bienes contra el reo.

Recibida la sumaria, se toma confesión al reo preguntándole aquello que consta de los autos, á lo ménos por semiplena prueba; y así de ella, como de los autos se dá traslado al acusador, mandándole que dentro de tercero día ponga acusación formal al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo, se declarará por no parte. Si no lo verifica en el término señalado, acusándole la rebeldía el reo, se

le manda notificar por segundo término, y por tercero que cumpla con lo mandado; y finalmente se le declara por no parte, y se sigue la causa de oficio. Pero si el acusador formalizare la acusacion, se dá traslado de ella al reo, el cual responde, y de su respuesta se dá traslado al acusador; y al nuevo escrito de éste, contesta el reo en cuarto escrito; siguiéndose en esto y en lo demás los trámites del juicio ordinario civil. Se recibe, pues, la causa á prueba, prorogándose los términos: se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado: abona cada parte sus testigos; y tachando los de la otra, se recibe la causa á prueba de tachas. Despues se concluye para definitiva, y manda el juez traer los autos con citacion de las partes, y vistos se sentencia, y sigue el grado de apelacion y suplicacion como en la via ordinaria.

Si el acusado se presenta dentro del plazo que se le señaló para responder á la acusacion, y el acusador no comparece, le puede el juez imponer á su arbitrio una pena pecuniaria, y mandarle emplazar de nuevo, señalándole término para que acuda á seguir su acusacion; y si nó acudiere dentro de él, ni diese ninguna excusa justa, debe el juez absolver al acusado de la acusacion, haciendo que el acusador le satisfaga todas las costas, y perjuicios que se le ocasionaron por causa de ella. Pero si ningunos se le originaron, ni fué perjudicado en su honor, puede el acusador en el término de treinta dias apartarse de la acusacion con la venia del juez, quien debe concedérsela *cuando entienda que no la desampara engañosamente, mas porque dice que la hizo por yerro.* (1)

De aqui se infiere, que hay ciertos casos en que no puede el acusador abandonar su acusacion, ni aun con permiso del juez. El primero es, cuando se ha puesto preso el acusado, y por causa de su prision ha padecido en su estimacion ó en sus bienes: el segundo es, cuando sabe el juez con certeza que fué maliciosa ó falsa la acusacion;

(1) L. 10. tit. 1. Part. 7.

y el tercero, cuando se acusa una traicion contra el Rey ó república, alguna falsedad, algun hurto ó robo hecho á algun lugar sagrado, ó al Rey; ó el abandono de algun castillo ó fortaleza, cuya guarda hubiese sido encomendada á algun caballero ú oficial militar. En cualquiera de estos casos se halla precisado el acusador á seguir y probar su acusacion; y si la desamparase ha de sufrir la pena que debía imponerse al acusado, acreditándose el crimen de que le acusaba. Se exceptúan, no obstante, aquellas personas que, segun las leyes, no deben sufrir pena alguna, aunque no prueben el contenido de sus acusaciones. (1)

## §. XII.

### JUICIO CRIMINAL DE OFICIO, YA SEA POR DENUNCIA, Ó POR INQUISICION.

De este modo se procede siempre que no se presenta ningun acusador contra los delitos. Para evitar su impunidad, que sería tan dañosa á la sociedad, pueden los jueces proceder de oficio, ó por si mismos á investigarlos, y averiguar sus autores, para imponerles el correspondiente castigo.

Para que el juez proceda de oficio, es necesario que tenga noticia del delito; y esto puede ser, bien por fama ó rumor que corra en el pueblo, bien por denuncia ó delacion. Esta es un aviso del delito, que se dá estra judicialmente al juez para que ponga enmienda, ó imponga castigo. Puede hacerse por medio de alguna carta dirigida al juez, ó de palabra á éste ante escribano, quien debe poner por escrito el hecho acaecido con todas sus circunstancias, á fin de que puedan hacerse las correspondientes averiguaciones; pero lo mas comun es, que el denunciador por no enemistarse, avise secretamente á los alguaciles, escribano ó juez para que éste siga de oficio la causa, si le parece conveniente.

(1) Ll. 20. y 21. tit. 1. Part. 7.



En toda causa criminal lo primero que se ha de averiguar es, segun la expresion forense, *el cuerpo del delito*; pues nó habiendo delito justificado, no puede haber delincuente, y ántes, por ejemplo, que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido un hombre muerto. Luego, pues, que llega á noticia del juez que se ha cometido algun delito, hace un auto que se llama *cabazu de proceso*: en él refiere, que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de la mañana, tarde ó noche del dia presente, de que en tal sitio se ha cometido tal delito, por tanto, para averiguar la verdad del hecho, y castigar, como corresponde, á los delinquentes, manda formar dicho auto; á cuyo tenor y demás circunstancias que resultaren, se examinen los testigos que puedan ser sabidores del caso, para lo cual, y practicar las demás diligencias oportunas, pasará personalmente el juez. [\*]

Inmediatamente que ha proveido el auto referido, debe el juez comenzar á formalizar las justificaciones del cuerpo del delito, con estension por menor de todas sus circunstancias y particularidades, bien sea en homicidios, mutilaciones de miembros, heridas, robos, latrocinios, ó cualquiera otro crimen grave; á recibir la sumaria de las personas que puedan declarar la verdad de los hechos y sus autores, evacuando las citas que se vayan haciendo. Constando ya del delito, y resultando indicios bastantes contra alguno por la sumaria, se librárá mandamiento de prision contra él, y contra todos los que resultaren reos: se les mandarán embargar y secuestrar sus bienes, no siendo indios, y se depositarán en persona abonada.

Concluida la sumaria, y apareciendo justificados el delito y delinquentes, debe el juez proveer un auto en que declara por bastante la informacion recibida: por bien presos los

[\*] Si el delito no es muy grave, y el juez está ocupado en otros asuntos de administracion de justicia, se puede cométer la averiguacion al escribano, siendo hombre de habilidad y de buena conciencia.

reos; y sus bienes por bien secuestrados; mandando al mismo tiempo que se les tomen sus confesiones. (1)

La confesion del reo viene á ser la contestacion de la causa, y es la última diligencia de la sumaria. Esta comienza preguntándole cómo se llama, de dónde es natural y vecino, y qué edad tiene. Si de aquí resultare ser menor de veinte y cinco años ó indio, se le debe nombrar curador *ad litem*. Este, habiendo aceptado el cargo, y hecho el juramento correspondiente, entrará á ver jurar al reo. Despues saldrá del lugar ó pieza de la confesion, mientras se le recibe; y se le hacen todas las preguntas y repreguntas conducentes sobre lo que resulta de la sumaria. Concluida la confesion, debe el curador volver á entrar, para que en presencia suya se lea al reo su declaracion, y ratificándose en lo dicho, la firman ámbos, ó el que supiere. [\*]

Si háy fiscal, ó parte por la vindicta pública, se provee auto por el juez mandando que se le dé traslado de los autos para que en vista de ellos formalize su acusacion, y pida lo que corresponde segun derecho. [\*\*] De la acusacion, y de todo lo que pidan, se dá traslado al reo para que en el término que se le señale alegue lo que le con-

(1) Véase el Auto acord. de esta Real Aud. de 6 de dic. de 1784.

[\*] La confesion en realidad de verdad no se concluye, sino que se suspende, dejándola abierta para continuarla siempre que convega; lo que tambien se hace en todo lo perteneciente á recibir deposiciones de testigos; y así lo debe espresar el juez en el auto que provee despues de la confesion.

[\*\*] No habiendo parte por la vindicta pública, y siendo grave la causa, nombra el juez de oficio promotor fiscal á algun abogado ú otro sugeto capaz. A éste se le pasa la causa para que en el término que se le señala formalize la acusacion, y pida lo que convenga segun derecho. Este auto se le hace saber para que acepte y jure desempeñar bien y fielmente tal encargo. Al mismo tiempo se hace saber al reo el estado de la causa para que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue á favor de éste el correspondiente poder, con apercibimiento, de que no haciéndolo, se sus-tanciará la causa en rebeldía, y su omision le parará el mismo perjuicio que su expreso consentimiento.

venga. De este alegato ó defensa, se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, y despues al reo, quien por último satisface en cuarto escrito. Despues pide el promotor fiscal que se concluya en la causa para prueba; y de su peticion se dá traslado, con término, á lo mas de tres dias, al procurador del reo. No contradiciéndose con fundamento la conclusion; mánda el juez se traigan los autos para proveer lo que corresponda, segun estado, citando ántes á las partes.

Evacuado esto, provee el juez que se reciba la causa á prueba, por el término de nueve dias comunes á todos los interesados, para que dentro de ellos pidan y justifiquen lo que les convenga. Este término, con consideracion á la gravedad de la causa, número de los reos, y mayor ó menor dificultad de dar las pruebas, puede el juez ir prorogando hasta los ochenta de la ley, y no mas. Dentro de él se ratificarán los testigos del sumario: se examinarán de nuevo los que conviniere á la justificacion de la causa; y se recibirán las pruebas.

Concluido el término de prueba, y á peticion del promotor fiscal ó del reo, ó sino de oficio, [\*] el juez provee, que habiéndose cumplido el término de prueba, lo que ha de certificar el escribano de la causa, se hace publicacion de probanzas, las cuales unidas al proceso, se han de entregar á las partes por su órden y por tiempo determinado, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga. El promotor fiscal alega de bien probado, y pide se imponga al reo la pena que conforme á derecho le corresponde. De este alegato se dá traslado al defensor del reo, quien satisface con otro, de que se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, el cual concluye para definitiva. [\*\*] El

[\*] Cuando no hay promotor fiscal, ni parte por la vindicta pública, el juez sigue todos estos trámites de oficio.

[\*\*] Siempre que falta acusador ó parte ofendida, que quiera hacer de tal, ó persona nombrada segun la ley para la causa en particular, que acuse en satisfaccion de la vindicta pública, ó inste por el castigo y ejemplo; despues de tomada la confesion al reo provee el juez un auto, en que le hace cargo de la culpa que resulta

juez ha por conclusa la causa, y manda se traiga para proveer, citadas las partes. [\*]

Para pronunciar la sentencia ha de instruirse el juez perfectamente de cuanto resulte del proceso, tomándose todo el tiempo necesario para ello, y para formar un juicio acertado y maduro. Si bien instruido de lo que resulte de los autos advierte que está plena y claramente probado el delito contra que se procede, dá su sentencia, condenando al delincuente en la pena prescrita por las leyes: y de lo contrario le debe absolver, aunque tenga contra sí algunos indicios ó presunciones; con especialidad si el castigo habia de ser la pérdida de la vida, para la cual *por ser la persona del hombre la cosa mas noble del mundo*, exige una ley, pruebas ciertas é claras como la luz, de manera que *non pueda sobre ellas venir dubda ninguna.* (1)

En el caso de no haber contra un reo pruebas claras del delito, sino graves y fundados indicios que no ha podido desvanecer, se practica que semejante reo sea absuelto solamente de la instancia, para que pueda suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crimen, siempre que se produzcan otras pruebas contra él.

Dada la sentencia, el reo por lo regular apela, y se sigue el grado de apelacion y suplicacion, como se dijo en el juicio ordinario civil.

contra él de los autos, y se le manda dar traslado de ellos: recibe la causa á prueba con el término que le parece, con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia; y manda que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y los peritos que hubieren depuesto en comprobacion del delito, y se reciban otros. Todo esto comprende el auto que llaman *de cargo y culpa*, el cual se notifica al reo para que se descargue y pruebe su inocencia; y se le conceden las prorogaciones de término que fueren menester.

[\*] Los jueces no letrados, en este estado deben remitir el proceso cerrado, y por conducto seguro á algun abogado, con cuyo parecer ó dictámen absuelvan, ó impongan al reo la pena que merezca.

(1) L. 26. tit. 1. Part. 7.

## §. XIII.

## JUICIO CRIMINAL CON EL REO AUSENTE.

Si el reo contra quien se ha de proceder criminalmente no puede ser habido, siendo el delito de calidad que por él se deban secuestrar los bienes al reo, si se secuestran, y el acusador ó fiscal pide que sea llamado por edictos y pregones, presentando certificacion del alguacil que asegure como lo ha buscado y no puede ser habido, y del alcaide ó carcelero, de que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso: entonces manda el juez despachar el primer edicto, en el cual espresa el delito y ordena al reo que comparezca á defenderse dentro de nueve dias, que le oirá y hará justicia; con apercibimiento, que de no hacerlo, procederá en su rebeldía como hallare por derecho, y le declarará los estrados de su audiencia por bastantes, para que con ellos se hagan los autos hasta la definitiva. Se espresa ser el primer edicto, y se manda publicar en la casa del reo, si la tiene, y fijar en lugar público acostumbrado.

Si no parece al plazo, se le acusa rebeldía, y se pide que se despache segundo edicto; y el juez con certificacion del alcaide, de que no se ha presentado el reo, ni está preso, le condena en la pena llamada *del despréz*, que son sesenta maravedís; y provee que se despache segundo edicto, en que le manda comparecer dentro de otros nueve dias, y que se fije en su casa y en el lugar acostumbrado. Si no parece al plazo, se le vuelve á acusar rebeldía, pidiendo se le despache el tercer edicto, y que se le condene en la pena llamada *del homecillo*, que es de seiscientos maravedís: el juez le condena en ella, ó en otra arbitraria, que es lo que se acostumbra, certificado ántes de que no se ha presentado, ni está preso; y manda que sea llamado por tercer edicto, que se publicará y fijará como los anteriores. Si no comparece, el acusador ó fiscal le acusa rebeldía, y pide que se le dé traslado de la sumaria informacion para ponerle la acusacion en forma, y pedir lo

que corresponda en justicia; y el juez con la tercera certificacion del carcelero, manda que se dé al acusador el traslado que pide, y que formalice su acusacion.

Presenta ésta, el juez manda que el reo ausente responda dentro de tercero día, y que se le notifique así en los estrados de su audiencia, que declara por bastantes. Notificado el auto á los estrados, y pasados los tres dias, el acusador le acusa rebeldía, y pide que se reciba la causa á prueba. El juez la ha por acusada, y recibe la causa á prueba por el término que le parece; lo que se notifica al querellante y á los estrados, por el reo ausente. Se reciben las pruebas, se ratifican los testigos de la sumaria, se hace publicacion de probanzas, y en todo se sigue la causa por los trámites ordinarios de derecho hasta que se dá sentencia definitiva conforme al proceso; entendiéndose para todo con los estrados, á quienes se hacen las notificaciones.

Si el reo comparece al segundo plazo, debe pagar la pena del despréz y costas, y será oído: si pareciere al tercer plazo, á mas de esto, pagará la pena del homecillo, y tambien será oído; y lo mismo será presentándose, ó siendo preso ántes de la sentencia definitiva, ó despues de ella, dentro de un año.

Siguiéndose la causa de oficio por solo el juez, luego que se libre el mandamiento de prision en virtud de la sumaria, constando por certificacion del alguacil que no puede ser habido el reo, y por la del alcaide, que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso; se despachan los tres edictos como va dicho, al fin del plazo de cada uno, y cumplido el tercero, pronuncia auto el juez en que recibe la causa á prueba con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, mandando que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y se examinen otros, y que se notifique este auto á los estrados. Se hacen las pro rogaciones necesarias de término probatorio, y pasado se sentencia la causa definitivamente.

FIN DEL SEGUNDO TOMO.

# ÍNDICE

## DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

### LIBRO TERCERO.

	PAGINAS.
Tít. I.º AL XIII. De la sucesion ab intestato - - - - -	1.
§. I. . . . De la sucesion de los descendientes -	2.
§. II. . . . De la sucesion de los ascendientes -	5.
§. III. . . . De la sucesion de los colaterales, ó transversales - - - - -	6.
Tít. XIV. . . . De las obligaciones - - - - -	11.
Tít. XV. . . . De qué modo se contrae obligacion por tradicion de la cosa, ó de los contratos reales - - - - -	19.
APENDICE . . De la hipoteca - - - - -	28.
Tít. XVI. . . . De las promesas ú obligaciones de palabras - - - - -	32.
Tít. XVII. . . De la obligacion correal - - - - -	36.
Tít. XVIII. . . De las promesas de los siervos - - - - -	38.
Tít. XIX. . . . De la division de las estipulaciones -	38.
Tít. XX. . . . De las promesas inútiles - - - - -	39.
Tít. XXI. . . . De las fianzas y fiadores - - - - -	40.
Tít. XXII. . . De las obligaciones de letras - - - - -	47.
Tít. XXIII. . . De los contratos consensuales - - - - -	50.
Tít. XXIV. . . De la compra y venta - - - - -	51.
§. I. . . . . De las condiciones, ó pactes que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta - - - - -	65.
§. II. . . . . Del retracto, ó tantéo - - - - -	67.
§. III. . . . . Del trueque, ó cambio - - - - -	70.
Tít. XXV. . . De la locacion conduccion - - - - -	71.
APENDICE . . De los censos - - - - -	76.
§. I. . . . . Del censo enfitéutico - - - - -	77.
§. II. . . . . Del censo reservativo - - - - -	80.
§. III. . . . . Del censo consignativo - - - - -	82.

II.	
Tít. XXVI . . .	De la compañía - - - - - 89.
APENDICE . . .	De la sociedad conyugal - - - - - 94.
Tít. XXVII . . .	Del mandato - - - - - 97.
Tít. XXVIII . . .	De las obligaciones que nacen de cuasi contrato - - - - - 102.
Tít. XXIX . . .	Por medio de qué personas se adquiere la obligación - - - - - 108.
Tít. XXX . . .	De los modos de desatarse las obligaciones - - - - - 109.

LIBRO CUARTO

Tít. I . . . . .	De las obligaciones que nacen de delito - - - - - 115.
§. I . . . . .	De los delitos en general - - - - - 115.
§. II . . . . .	Del hurto - - - - - 120.
§. III . . . . .	De las acciones que competen contra los ladrones, y penas que les impone el derecho - - - - - 123.
§. IV . . . . .	A quiénes compete la acción de hurto - - - - - 126.
Tít. II . . . . .	De la rapiña - - - - - 127.
Tít. III . . . . .	De los daños hechos á otro contra derecho - - - - - 129.
Tít. IV . . . . .	De las injurias - - - - - 132.
Tít. V . . . . .	De las obligaciones que nacen de cuasi delito - - - - - 136.
Tít. VI . . . . .	De las acciones - - - - - 141.
§. I . . . . .	De las acciones reales, personales y mistas - - - - - 142.
§. II . . . . .	De las acciones persecutorias de la cosa, penales y mistas - - - - - 160.
§. III . . . . .	De las acciones por las cuales se pide el simple, duplo &c., y de las de buena fé, de rigoroso derecho y arbitraria - - - - - 161.
§. IV . . . . .	De las acciones por las cuales se consigue todo lo que se debe, y de las con que se consigue ménos - - - - - 164.

Tít. VII . . . . .	De las acciones que resultan de los contratos celebrados con los que están en ajena potestad - - - - - 166.
Tít. VIII . . . . .	De las acciones que nacen de los delitos de los siervos llamadas <i>noxales</i> - - - - - 171.
Tít. IX . . . . .	De las acciones que resultan de los daños causados por los cuadrúpedos ó bestias - - - - - 173.
Tít. X . . . . .	De los procuradores - - - - - 176.
Tít. XI . . . . .	De las cauciones judiciales - - - - - 179.
Tít. XII . . . . .	De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan á los herederos, y contra ellos - - - - - 184.
Tít. XIII . . . . .	De las excepciones - - - - - 192.
Tít. XIV . . . . .	De las replicaciones - - - - - 194.
Tít. XV . . . . .	De los interdictos - - - - - 195.
Tít. XVI . . . . .	De la pena de los temerarios litigantes - - - - - 200.
Tít. XVII . . . . .	Del oficio del juez - - - - - 204.
Tít. XVIII . . . . .	De los delitos públicos - - - - - 208.
APENDICE . . . . .	De los juicios, su orden y ritualidades - - - - - 217.
§. I . . . . .	De los juicios en general - - - - - 217.
§. II . . . . .	Orden del juicio ordinario - - - - - 218.
§. III . . . . .	De la apelacion - - - - - 223.
§. IV . . . . .	De la súplica - - - - - 225.
§. V . . . . .	De la segunda suplicacion - - - - - 226.
§. VI . . . . .	Del recurso de injusticia notoria - - - - - 228.
§. VII . . . . .	De los recursos de fuerza - - - - - 230.
§. VIII . . . . .	Del juicio ejecutivo - - - - - 231.
§. IX . . . . .	Del orden y forma del juicio ejecutivo - - - - - 233.
§. X . . . . .	Del juicio criminal - - - - - 237.
§. XI . . . . .	Del juicio criminal por acusacion - - - - - 237.
§. XII . . . . .	Del juicio criminal de oficio, ya sea por denuncia, ó por inquisicion - - - - - 239.
§. XIII . . . . .	Del juicio criminal con el reo ausente - - - - - 244.

## ERRATAS DE ESTE TOMO.



<u>Páginas.</u>	<u>Líneas.</u>	<u>Dico.</u>	<u>Léase.</u>
15.	33	puede decir.	puede pedir.
24.	4	por el deponente	para el deponente.
44.	26	Cuano	Cuando.
56.	31	el comprador	el vendedor.
59.	10	alguna	alguno.
75.	11	usase mal de la cosa	usase mal de la casa.
97.	7	la cosa	la causa.
102.	26	Título XVIII	Título XXVIII.
107.	3 <i>nota.</i>	L. 28, tit. 17. Part. 5.	L. 28, tit. 14. Part. 5.
121.	12	violentamente	violentamente.
137.	1. <sup>a</sup> <i>nota.</i>	la l. 7. tit. 7. lib. 1. Recop. de Castilla	lib. 3. Recop. de Castilla.
140.	21	que cuando.	cuando.
150.	28	por lo cual	por la cual.
154.	17	accion de la herencia	adición de la herencia.
121.	14	llamados noxales	llamadas noxales.
102.	5	6 negudo.	6 negando.
194.	14	probobanzas	probanzas.
210.	6. <sup>a</sup> <i>nota.</i>	1. 2. tit. 10. lib. 3. de la Recop	1. 2. tit. 19. &c.
230.	20	mando de conocer	modo de conocer.
236.	30	que llama	que llaman.
238.	35	asusacion	acusacion.







