R 2c 148

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA,

ORDENADA

POR DON JUAN SALA,

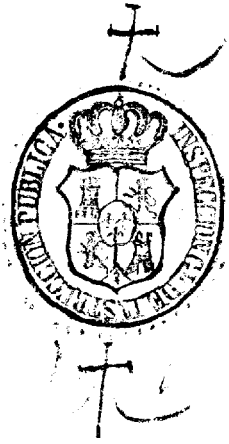
PAVORDE DE LA METROPOLITANA IGLESIA DE VALENCIA,
Y CATEDRATICO DE PRIMA DE LEYES DE LA UNIVERSIDAD
DE LA MISMA CIUDAD.

TERCERA EDICION,

CORREGIDA Y ARREGLADAS LAS CITAS DE LEYES A LA NOVISIMA RECOPILACION.

TOMO I.

BIBLIOTECA PROVINCIAL



MADRID EN LA IMPRENTA REAL.
AÑO DE 1832.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA BIBLIOTECA

PREFACION.

Los deseos de la Nacion de que se publicára una Ilustracion del derecho Real de España en el idioma español, que al paso que no ofendiera el buen gusto y pericia de los concurrentes á las Universidades y demas personas doctas, pudiera dar una decente instruccion á los que, no entendiendo el latin, la necesitan para el ejercicio de su profesion ó gobierno de sus cosas, movieron nuestro ánimo á emprender el trabajo de ordenarla en la edad avanzada de setenta años, en que los hombres solemos pensar mas en descansar que entrar en nuevas tareas. La necesidad de esta obra por la notoria insuficiencia de las otras de su naturaleza, que se han publicado hasta ahora, y nuestra vehemente inclinacion á fomentar el estudio de nuestro derecho patrio, de que son buenos testimonios el *Vinio castigado*, *las Instituciones y Digesto Romano Español*, nos hicieron atropellar el reparo de nuestros muchos años, hallándonos por la misericordia de Dios, en una salud muy robusta y constante, que no ha llegado á flaquear, sin embargo de haber sido bastante larga y penosa la tarea.

Sirvió tambien mucho para alentarnos el ver la aceptacion con que nuestras citadas obras han sido adoptadas para la pública enseñanza en las Universidades de nuestra España, y el aplauso con que han sido recibidas en varias partes de la América, de que tenemos noticias ciertas: de suerte, que en muy poco tiempo se despacharon enteramente dos ediciones del Vinio castigado, de 2000 ejemplares cada una; y desde el año 1790 se han despachado dos de las Instituciones, y solo nos quedan unos pocos de la tercera edicion he-

cha en el año de 1805, en términos, que en el año próximo de 1821 habremos de hacer la cuarta.

Hemos querido notar las leyes Romanas concordantes de las nuestras Españolas, porque aunque estas para tener completa fuerza, no necesitan de apoyos extrangeros, ni estos pueden tener alguna para obligarnos; debemos sin embargo confesar que no deja de honrar é ilustrar nuestras decisiones el ver que tambien las establecieron los Romanos en sus leyes, tan llenas por lo comun de justicia, moralidad y prudencia, que han admirado y admirarán siempre á los doctos de todas las Naciones.

Ademas de haber procurado recoger toda la buena doctrina que hemos creido del caso, se ha extendido nuestro cuidado á que el método y estilo tuviesen la perfeccion y claridad de que son capaces nuestras cortas fuerzas, que hemos empleado catorce meses útiles con un indecible trabajo, leyendo y meditando con detenido y escrupuloso cuidado las leyes y doctrina de los autores que citamos. Pero sin embargo, en el inmenso piélago de especies en que hemos navegado, no será de extrañar se nos haya escapado alguna digna de mencionarse y que la hayamos entendido mal. Lejos de enojarnos de que nos corrijan nuestros defectos, estaremos agradecidos á los correctores; porque concurrirán con nosotros en el deseo de ser útiles á la enseñanza, facilitando que salga con mas perfeccion cualquiera otra edicion de esta obra, que pueda hacerse con el tiempo. Y nos ha parecido dividirla en tres libros, segun los tres objetos del derecho, personas, cosas y acciones, como lo hizo Justiniano en sus Instituciones.

BREVE HISTORIA

DEL DERECHO DE ESPAÑA.

1 En todas las Historias es lo mas oscuro el averiguar su orígen y primeros tiempos. Nace la oscuridad de que el largo trascurso de los años ha hecho desaparecer muchos monumentos y memorias que podrian ilustrarlo, y de que en aquella edad, la falta de Imprentas y escrupulosidad con que ahora se notan los sucesos, nos impidieron facilitarnos los conocimientos que echamos menos. Las varias y extraordinarias vicisitudes que padeció nuestra Monarquía en sus principios, desde que la invadieron y ocuparon los Cartagineses, han contribuido á la que padecemos en la del principio de nuestra Jurisprudencia, impidiéndonos poder recoger memorias de los tiempos de aquella revolucion y de los anteriores. Tomaron las cosas alguna consistencia y formalidad en la dominacion de los Romanos, cuando expelieron á los Cartagineses; pero no duró mucho, porque luego los arrollaron los Godos y otros Pueblos del Norte, que inundaron y se apoderaron enteramente de España. Convienen nuestros Autores en que es verosímil que los Romanos á los principios de su imperio, permitirian á los Españoles vivir segun sus costumbres y usos, disponiéndolos poco á poco á que observaran las leyes Romanas; pero como estas no tenian mas de Españolas que su recibimiento, no nos parece contarlas como pertenecientes á nuestra legislacion, cuyo orígen tomaremos de los Godos, que fueron los primeros de quienes podemos decir que establecieron leyes en nuestra España para su gobierno.

2 Porque si bien en el principio de su reinado permitieron á los Españoles, acostumbrados ya al uso de las leyes Romanas, continuar en su observancia, al tenor del Código *Theodosiano*, ó del *Breviario* compuesto del mismo, de los Códigos Cregoriano y Hermogeniano, y de las sentencias é instituciones de los Jurisconsultos Paulo y Cayo, que ordenó ó dispuso se ordenara el Godo Aniano en el año 506 en tiempo del Rey Alarico, como lata y cuidadosamente manifiesta Mesa en su *Arte de la historia legal, lib.* 1. *cap.* 4. empezaron ya entonces á establecer algunas nuevas; de suerte, que en aquellos tiempos algunas de las que regian eran Góticas y la mayor parte Romanas. El primero de los Reyes Godos que estableció algunas fue Eurico, que murió en el año 483, segun refiere San Isidoro en la *historia de los Godos*, y Franckenau en su *Themide sect.* 1. *de legib. Gotor. n.* 5. diciendo ser la opinion general de nuestros Autores, citando á muchísimos; y estas son las primeras que podremos llamar leyes Españolas. A ellas añadieron algunas otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo. Recesvindo pasó mas adelante, pues prohibió el uso de las leyes Romanas, imponiendo la pena de 30 libras al que las citara en juicio, y al juez que diera sentencia segun ellas, Franckenau, *d. sect.* 1. *n.* 3. Y aunque es de creer que en tiempo de estos Reyes y sus inmediatos se hiciese algun código ó coleccion de las leyes que establecieron, no tenemos noticia alguna de otro mas antiguo que el famoso que se publicó en latin á fines del siglo VII. ó principios del VIII. con el nombre de *Liber Judicum*, que se celebra como fuente y orígen de las leyes de nuestra España. Sobre quién fue el Autor de este Código hay mucha variedad de opiniones. Unos los atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvindo, otros á Recesvindo, que murieron en los años 635, 650, 672. Y no falta quienes concedan esta gloria á los Reyes posteriores Wamba, Ervigio, Egica, Witiza, de los cuales el último falleció el año 711, como puede verse en Mesa, *d. lib.* 1. *cap.* 5.

Franckenau, *d. sect.* 1. *n.* 7. *y siguientes*, en donde tratan con extension este asunto. En vista de lo que dicen estos y otros Autores, y en atencion á que este Código está lleno de leyes de Sisenando, Chindasvindo y Recesvindo, parece verosimil que estos tres Reyes ó alguno de ellos cuidaron de hacer alguna coleccion que fue el principio de este Código. Pero como en él, segun el estado en que ha llegado á nuestras manos, se encuentran varias leyes de Wamba, Ervigio y Egica, cuando reinó solo, y aun algunas despues que tomó por compañero á Witiza en el año 698, debemos confesar, que con este complemento no es mas antiguo que los últimos años de Egica.

3 Este Codigo, que tambien se llamó *Forum Judicum*, consta de 12 libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes: de las cuales se establecieron muchas en los Concilios Toledanos, asistiendo el Rey, los Magnates y los Obispos, y los demas por los mismos Reyes solamente; y estas son las que se llaman leyes de los Visogodos. Algunas de ellas llevan en la inscripcion el nombre del Rey que fué su autor; otras del Concilio en que fueron establecidas; otras solamente se dicen antiguas, que se atribuyen á Eurico ó Leovigildo, ó segun otros fueron tomadas de las leyes Romanas, y otras no tienen inscripcion ninguna. De las que se establecieron en el Concilio Toledano IV. algunas se hallan á nombre de Sisenando y de San Isidoro Arzobispo de Sevilla, al parecer porque fueron los mas principales y distinguidos que intervinieron en él. No será facil adelantar ó mejorar estas noticias ni hace falta alguna que no se mejoren. Reinando el Santo Rey Fernando III. fue vertido en lengua Española en en el siglo XIII. y llamado *Fuero de los Jueces*, cuyo nombre se ha corrompido en el de *Fuero Juzgo* de que usamos; y con él le hizo imprimir en Madrid el año 1600 Alfonso de Villadiego, ilustrándolo con preciosas notas; y nuevamente en Madrid tambien en 1792 Juan Antonio Llorente, Canónigo de Calahorra. El primero que lo imprimió en latin, segun fue compuesto, ha sido el célebre

Jurisconsulto Frances Pedro Pitheo, que lo publicó en Paris año 1579 con el título de *Codex legum Visigotorum, libri XII.*

4 Muy poco despues de la publicacion de este Código, esto es, por los años de 714 experimentó grande trastorno su observancia por la invasion de los Sarracenos, que con una rapidez increible ocuparon y sujetaron á sus armas á toda España, á excepcion de las montañas de las Provincias Septentrionales, en que recogidos los valerosos Españoles que pudieron salvarse, emprendieron poco á poco con su Rey Pelayo la reconquista que continuaron sus sucesores, hasta que á fuerza de años, trabajos é innumerables victorias, lograron completarla en el año 1492, en que los celebérrimos Reyes Don Fernando y Doña Isabel se apoderaron de la Ciudad de Granada, que fue el último retiro de los Moros. Y aunque es verosímil que estos por su poca cultura y mucha ferocidad debieron descuidar de dar otras leyes á los que sujetaron, que las pocas que se dirigian á asegurar la sujecion y exaccion de tributos, permitiéndoles en lo demas que observaran las que antes tenian propias; con todo las tinieblas que cubren este ramo de la historia, y la ninguna falta que nos hace su averiguacion, nos mueve á no entretenernos en este particular, continuando solo la historia en lo respectivo á los que conservaron la libertad bajo la dominacion del Rey Don Pelayo y sucesores.

5 Muchos de estos mandaron se observara dicho Código, pero al mismo tiempo en el siglo XI y siguiente concedieron varios fueros particulares á diferentes Ciudades y Villas con sus territorios, como lo fueron los de Sepúlveda, Escalona y otros; y á fines del siglo X ó á principios del XI, se publicó con intencion de que fuese general el fuero llamado *Fuero viejo de Castilla.* Desde entonces hubo bastante confusion en los Tribunales, gobernándose unos asuntos por los fueros, y otros por las costumbres, rescriptos y sentencias (*fazañas ó albedrios*), y no en todas partes de una misma manera. Con efec-

to, Don Fernando I. en el Concilio de Coyanca (hoy Valencia de Don Juan cerca de Oviedo), mandó en el año 1050 que en Castilla se observase este fuero viejo, y en Leon del Gótico ó Juzgo y Leonés. Y considerando este mal estado de confusion, el Rey Don Alonso IX. dicho tambien X. llamado comunmente el Sábio, procuró enmendarlo, publicando en el año 1255 otro Código que se llama *Fuero de las leyes, fuero del libro de los Concejos de Castilla*, y con mas frecuencia *Fuero Real*: mientras disponia se formase el famosísimo de las *Partidas* de que luego hablaremos. Se halla impreso en el año 1543 con glosa extensa de Alonso Diaz de Montalvo. Cómo, cuando y en qué Provincias se observaron este Código, y el otro dicho *Fuero viejo de Castilla*, puede verse en el discurso preliminar que pusieron Aso y de Manuel en la edicion de dicho *Fuero viejo*, que hicieron en Madrid el año de 1771, y poco despues á últimos del siglo XIII ó principios del XIV, se publicaron en número de 252 las leyes llamadas del *Estilo*, segun se cree comunmente para declarar las del *Fuero Real*. No consta si son propiamente leyes ordenadas por legítima potestad ó por el privado ó particular trabajo de algun perito. Las imprimió el año 1608 en Madrid con un extenso comentario Cristobal de Paz. Algunas de ellas se hallan insertas en la *Nueva Recopilacion*.

6 Llegamos ya al Código ó libro de las *Partidas*, el mas célebre de los que tenemos en España, al que todos los Autores dan los mayores elogios. Es á semejanza de las Pandectas Romanas, como el Digesto de nuestra legislacion; pues contiene con extension todas las leyes civiles, que en aquel tiempo debían observar generalmente los Españoles; y ademas varias decisiones canónicas, y lo mas principal de los misterios de nuestra santa Religion Católica, en que quiso la piadosa religiosidad de su Autor emplear la *Partida primera*. El Santo Rey Fernando III. proyectó esta grande obra para evitar confusiones y variedades, dando uniformidad general para

todos los negocios; pero prevenido por la muerte, no pudo llegar á empezarla, y la dejó encargada á su hijo el expresado Alonso el Sábio, que habiéndola empezado en la víspera del dia de San Juan Bautista del año 1255, cuarto de su reinado, empleó en ella siete años cumplidos, como se lee en su *Prólogo*. Se formó en cuanto á la Religion y á la Iglesia de las sentencias de los Santos Padres, y en lo demas, de usos y costumbres que parecieron útiles, y principalmente de las leyes Romanas, decidiendo algunas cuestiones que atormentaban á sus Intérpretes. Se conoce fueron sujetos de mucha ciencia y probidad los que trabajaron en ordenar este libro; pero no ha quedado de ello noticia alguna segura. Aunque se formo á mitad del siglo XIII no se publicó hasta el año 1348, como se ve en la *l.* 1. *tit.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, que hoy es la *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* á causa de las guerras y otros gravísimos negocios que ocuparon á España en aquellos tiempos. Consta de siete partes llamadas *Partidas*, de donde le ha venido el nombre, divididas en títulos, y estos en leyes.

7 Es tambien célebre el *Ordenamiento de Alcalá*; que se publicó en el año citado 1348, y contiene 32 títulos divididos en leyes; pero por cuanto casi todas se han pasado á la *Recopilacion*, de que vamos á hablar, ó enteras ó con alguna leve correccion, no nos ha parecido hacer mayor relacion de él. Le imprimieron en Madrid en 1774, ilustrado con notas Aso y de Manuel. Otro Código con el título de *Ordenamiento Real* se publicó en tiempos de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel, y es una compilacion alfabética de varias leyes ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, Leyes de estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros, y dispuesta por Alonso Montalvo, quien añadió igualmente sus glosas y repertorio. Es de creer emprendiese esta obra por comision de los Reyes Católicos; pues atestiguándolo asi en su prólogo, y habiéndose publica-

do por tres veces en vida de los mismos, á saber, en Zamora en 1485, y en Sevilla en 1492 y 1496, se le hubiera convencido de impostor ó ser falso el supuesto. Sin embargo no parece satisfizo las medidas de Don Fernando y Doña Isabel, puesto que jamás le dieron su fuerza confirmatoria, y esta es la razon por qué esta coleccion se considera de autoridad privada, y sus leyes sin mas fuerza que la que tuvieron en su original, segun prueba el Señor Marcos Solon de Paz en la *l.* 1. *de Toro n.* 275. Sin embargo el título de Ordenamiento Real, la comodidad de la obra dividida por orden alfabético, la dió tal autoridad con el tiempo, que se creyó que la *l. de Toro* hablaba de este Ordenamiento, cuando en realidad solo habló del de Alcalá, toda vez que la dicha *l. de Toro* no hace otra cosa que renovar la observancia de lo prevenido en la *l.* 1. *tit.* 28. *de dicho Ordenamiento.* Diego Perez de Salamanca, bajo los auspicios de Cárlos V. publicó en 1560 sus comentarios á esta compilacion. Asi lo refiere el eruditísimo Padre Burriel en su carta á Don Juan Amaya, que se halla impresa en un tomo en 4º Lo mismo en sustancia dicen Franckenau y Mesa, con la diferencia de que cuentan por la primera la citada edicion del año 1496.

8 El último Código de nuestras leyes se llama la *Recopilacion*, porque en en él se han recopilado ó recogido varias antiguas, que divagaban ó no estaban insertas en los Códigos anteriores, otras que estaban en ellos, ó enteras ó corregidas en alguna parte, segun asi lo quiso Felipe II. su autor, acomodándolas á lo que pedia el estado que entonces tenian las cosas. Consta de 9 libros divididos en títulos, estos en leyes. Para ordenarlo fue nombrado el Doctor Pedro Lopez de Alcocer, Abogado de Valladolid, y por su muerte el Doctor Escudero, del Real Consejo y Cámara, y fallecido este el Licenciado Pedro Lopez de Arrieta, del mismo Consejo, que aunque trabajó mucho como sus antecesores, murió tambien antes de poder concluir la obra, que despues de

sus dias perfeccionó el Licenciado Bartolomé de Atienza, del propio Consejo, que concluida presentó al mismo Felipe II. que aprobó el Código, mandándolo imprimir y observar, como se lee en su *Pragmática de 14 de Marzo de 1567*, que se halla á la frente de dicho Código, que ha sido reimpreso muchas veces añadiendo las leyes que posteriormente se han establecido. De esta Recopilacion se considera parte una coleccion de Autos Acordados por el Consejo y aprobados por el Rey, en que se sigue el mismo orden de libros, y suele ir impresa en un tomo separado (1).

9 En esta Recopilacion se hallan tambien esparcidas, segun lo ha exigido la materia de que tratan, las famosas 83 *leyes de Toro*, que ha ilustrado Antonio Gomez, con comentario muy largo y docto. Se compusieron y ordenaron bajo los auspicios de Don Fernando y Doña Isabel en las Cortes de Toledo, celebradas en el año 1502, y se llaman sin embargo *de Toro*, porque no habiendo podido publicarse en las referidas Cortes, primero por la ausencia de Don Fernando, y despues por la muerte de Doña Isabel, se logró finalmente su publicacion en las Cortes que el año 1505 se celebraron en la Ciudad de Toro, para jurar por Reina á Doña Juana, y nombrar por Gobernador á Don Fernando su padre; y esta es la causa de atribuirse en la Recopilacion estas leyes á Don Fernando y Doña Juana, esto es, al primero por Gobernador y administrador, y á la segunda como Reina de Castilla: segun todo consta en la pragmática confirmatoria de las mismas leyes, que pueden verse en sus comentadores Fernando Gomez Arias y Juan Guillem de Cervantes.

10 Omitimos hacer mencion de los innumerables Fueros particulares que concedieron varios Reyes á di-

(1) En la edicion que se ha hecho de la Novísima Recopilacion, se han incorporado todas estas colecciones y las Reales Ordenes hasta el año de 1806.

ferentes Ciudades y Villas con sus territorios, por considerar, que para la historia del derecho general de España que escribimos, traeria mas confusion que utilidad. De muchos de ellos hablan Aso y de Manuel en la instruccion que pusieron á la frente de sus Instituciones.

11 La misma necesidad que obligó á Justiniano despues de haber ordenado el Cuerpo del derecho Romano, á establecer nuevas leyes, á que llamó *Novelas*, ha precisado y precisará siempre á nuestros Reyes á hacer lo mismo; porque la naturaleza en todo tiempo fértil en producir nuevos casos y necesidades, no puede dejar de exigir nuevas constituciones que nos sirvan de luz y remedio en este particular, las cuales por mas modernas corrigen las leyes mas antiguas en cuanto les son contrarias.

12 La citada *l. 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Rec.*, nos pone el orden que debemos seguir en la observancia de nuestras leyes, diciendo que primero hemos de seguir las leyes de *la Recopilacion*, y las que se han establecido despues de ellas, con la advertencia que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias (1): y en segundo lugar las del *Fuero Real y Fueros Municipales*: y últimamente las de las siete *Partidas*. Y advierte *la misma ley*, que las de los Fueros tan solamente se deben guardar en cuanto esten en uso, cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros Municipales*, pero no en las del *Fuero Real*, como prueba Don Juan Hilarion Pastor en su *Disertacion histórico-legal sobre sucesiones de Monasterios, disc. 4. n. 153 y siguientes*, y lo convence la *cédula de 15 de Julio de 1788* que copia Febrero en su *Librería de Escribanos tomo 1. cap. 6. §. único, num. 20.* Y manda tambien *d. l. 3.* que deben ser guardadas las leyes de la *Recopilacion y Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso

(1) L. 8. de legib.

contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se observaba al tiempo de la publicacion de *d. l.* 3. pero no del de las legítimas costumbres que se han introducido despues, como lo explica Mesa en su *d. Arte lib.* 2. *cap.* 1. *nn.* 31. *y* 32.

13 Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el derecho constituido que el constituyente. Quien la quiera mas extensa podrá verla en Franckenau, Mesa, Aso y de Manuel, y otros varios.

INDICE

DE LOS TITULOS DE ESTE TOMO.

LIBRO I.

Tit. I. *De la Justicia y del Derecho*..... Pág. 1
Tit. II. *Del estado de los hombres, y del derecho que en su razon corresponde*..... 8
Tit. III. *Del poder que tienen los padres sobre sus hijos*..... 19
Tit. IV. *De los desposorios y matrimonios*..... 24
Tit. V. *De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones entre marido y muger*..... 48
Tit. VI. *De la legitimacion, y del porfijamiento ó adopcion*..... 59
Tit. VII. *De la tutela y curadoría*..... 65
Tit. VIII. *De la restitucion de los menores*..... 89

LIBRO II.

Tit. I. *De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio*..... 96
Tit. II. *De las prescripciones y de la posesion*..... 116
Tit. III. *De las servidumbres reales y personales*... 127
Tit. IV. *De los testamentos*..... 137
Tit. V. *De la institucion de heredero, sustituciones y desheredaciones*..... 147
Tit. VI. *De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, ley Falcidia, y de los codicilos*..... 175
Tit. VII. *De los mayorazgos*..... 201
Tit. VIII. *De las sucesiones intestadas*..... 219
Tit. IX. *De las obligaciones y contratos en general*. 233
Tit. X. *De las ventas y compras*..... 242
Tit. XI. *De los retractos*..... 270
Tit. XII. *Cuándo y cómo se paga la alcabala y el luis-*

por rescindirse ó deshacerse la venta 290
Tit. XIII. *De los logueros é de los arrendamientos*.. 295
Tit. XIV. *De los censos*..... 306
Tit. XV. *De la compañía ó sociedad y del mandato*.. 345
Tit. XVI. *Del contrato verbal ó de palabras*..... 355
Tit. XVII. *De las fiaduras*..... 363
Tit. XVIII. *De los peños ó prendas*..... 373
Tit. XIX. *Del contrato literal y de los reales*..... 388
Tit. XX. *De las donaciones*..... 399

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO I. TITULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Tit. 1. y 2. P. 1. y Tit. 1. P. 3. (1).

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

1 Justicia, segun la *ley* 1. *título* 1. *Partida* 3. es *Raigada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da e comparte a cada uno su derecho egualmente.* Esta definicion está tomada de la que puso el Emperador Justiniano (2) á la cual es conforme. Por ella se vé, que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno, y el fin que á cualquiera se le dé el suyo. Esta definicion lo es de la justicia, en cuanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo que es suyo; de suerte que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazcan ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me da lo que es mio un Juez in-

(1) Tit. 1. lib. 1. Inst. (2) Princ. Inst. de just. et. jur.

clinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividen los Autores la justicia en distributiva y comutativa. Esta es la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato, ó otra causa legítima obligatoria. Distributiva la que distribuye y da premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó delitos de cada uno. Esta ejerce Dios con nosotros cuando morimos.

2 La palabra *derecho*, se puede tomar de varias maneras: ó por lo mismo que ley ó precepto, como cuando decimos, asi lo manda el derecho natural, de gentes, civil, canónico: ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, y en este sentido se toma en la definicion que acabamos de dar. En la primera significacion se uniforma con la voz *justicia*, y segun ella dice la *ley* 3. *tit.* 1. *P.* 3. *Los mandamientos de la justicia e del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente cuanto en sí. El segundo, que non faga mal, nin daño a otro. El tercero, que dé su derecho á cada uno* (1).

3 En dicha primera significacion se divide el derecho de varios modos. Primero, en natural, de gentes y civil, *l.* 2. *tit.* 1. *P.* 1. (2). En esta division tomada latamente, bajo el nombre *civil*, se entiende tambien el canónico, que han establecido los hombres; pero aqui solo hablamos del civil en especie. La *misma ley* 2. dice ser el derecho natural: *El que han en sí los omes naturalmente, e aun las otras animalias, que han sentido*: y en seguida pone por ejemplo el ayuntarse el macho con la hembra, y la crianza de los hijos por los padres, siguiendo en un todo á Justiniano (3). Pero advertimos, como los intérpretes del derecho Romano, no deber entenderse esto con propiedad; porque los brutos por incapaces de razon, lo son tambien de derecho. Y esto mismo reconoce Gregorio Lopez en la *glosa* 1. *de dicha ley* 2. cuando trae otra definicion del derecho natural, se-

(1) §. 3. Inst. lib. 1. tit. 1. (2) §. 3. eod. in fine. (3) Princ. Inst. lib. 1. tit. 2.

gun la racionalidad, diciendo ser: *Una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno y evitar lo malo.*

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

5 El derecho de gentes secundario, dicen los Doctores ser aquel que dimana tambien de la razon natural, pero auxiliada de reflexiones y argumentos que han hecho conocer al hombre su utilidad y necesidad; y á él deben su origen casi todos los contratos, y la division de los dominios &c. Y á este derecho, por dimanante de la razon natural, que ha precisado á los hombres á introducirlo, se le da tambien algunas veces el nombre de natural, *l.* 31. *tit.* 18. *P.* 3. y en su *glos.* 1. Gregor. Lop. (2). Y se entiende siempre que se dice simplemente derecho de gentes.

6 El derecho civil finalmente es el que han establecido los hombres por su mera voluntad, que siempre deben dirigirla á lo justo, y conforme á la voluntad de Dios; y con este respecto dicen la *ley* 4. *tit.* 1. *P.* 1. y la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* que los mandamientos de la ley deben ser leales é cumplidos, segun Dios e se-

(1) §§. 1. et 2. Inst. lib. 1. tit. 2. (2) §. 11. Inst. lib. 2. tit. 1.

gun justicia. En nuestra España solo el Rey puede hacer leyes, *l.* 12. *tit.* 1. *P.* 1. *l.* 2. *tit.* 1. *P.* 2. *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* y solo él ó la antigua costumbre pueden declarar ó interpretar las que apareciesen dudosas, *l.* 14. *d. tit.* 1. *P.* 1. *l.* 4. *tit.* 33. *P.* 7.

7 El derecho se divide en segundo lugar, ó por decirlo mejor, el derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito, *l.* 4. *tit.* 1. *P.* 1. junta con la 4. *tit.* 2. *P.* 1. (1). Entendemos por escrito el expresamente establecido, que con un solo nombre llamamos *ley*, y por no escrito la costumbre legítima. La ley, segun Ciceron en el *lib.* 1. *de legib. cap.* 6. se dice asi á *legendo*, en cuanto esta voz latina significa escoger: porque ella escoge mandando lo honesto, y prohibiendo lo contrario: pero Varron y otros juzgan se deriva de la voz *leer*, por cuanto se leia al Pueblo, para que la supiese. Y añade el mismo Ciceron, que frecuentísimamente se llama ley la que por escrito manda lo que quiere. Al tenor de la doctrina de Ciceron se acomodó enteramente la *ley* 4. *d. tit.* 1. *P.* 1. en que la ley se define asi: *Leyenda en que yace enseñamiento e castigo, e escrito, que liga e apremia la vida del hombre que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe facer e usar.* Gregorio Lopez en la *glosa* 1. *de esta ley*, inclina á que segun esta definicion, pertenece á la sustancia de la ley el estar escrita, refiriendo la opinion contraria de los Autores en cuanto al derecho Romano. Dicen las leyes respecto é solos los negocios futuros ó venideros, *l.* 15. *tit.* 14. *P.* 3. (2), sino es que se refieran expresamente á los ya pasados, como sucede en *la* 6. *y* 8. *tit.* 15. *lib.* 10 *de la Nov. Rec. y otras.* (3). Se constituyen sobre cosas que suceden á menudo (4), y las que acontecen raras veces se gobiernan por las establecidas en casos semejantes, *regla* 36. *P.* 7. Saber las leyes no consiste solo en aprenderlas de memoria, sino en en-

(1) §. 3. Inst. lib. 1. tit. 2. (2) L. 7. C. de legib. (3) D. l. 7. (4) L. 3. cum aliquot seqq. de legib.

tender su verdadero sentido, *l.* 13. *tit.* 1. *P.* 1. (1). El efecto de la ley, dice *la* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* es mandar, vedar, punir y castigar; pero parece claro que donde se lee *punir*, debe leerse *permitir* (2). Obliga la ley luego que se publica, sino es que exprese ella misma el tiempo en que debe empezar á obligar: lo que sucede algunas veces.

8 La ley regularmente obra generalmente en todos los súbditos del Legislador, obligándoles á su observancia, *l.* 16. *d. tit.* 1. *P.* 1. Digo regularmente, porque hay algunas leyes especiales, que solo dicen respecto á personas ó cuerpos particulares: las cuales se llaman *privilegios*, y tienen la misma fuerza para obligar, que las leyes generales, *l.* 28. *tit.* 18. *P.* 3. Se dividen los privilegios en reales y personales. Estos se acaban con la persona á quien se concedieron, sin pasar á sus herederos, sino es que se dijera otra cosa en su concesion, *regla* 27. *Part.* 7. (3). Y los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á ciertas Iglesias, Ciudades ú otros lugares, Gregor. Lop. en la *glos.* 1. *de d. reg.* 27. y en la *glos.* 3. *l.* 9. *tit.* 7. *P.* 5.

9. Aunque los privilegios tienen fuerza de obligar, como hemos dicho, hay algunos que las mismas leyes mandan que no se cumplan, como son los que se concedieren contra la pública utilidad, ó contra el derecho de gentes en perjuicio de tercero, *l.* 30. *y siguientes*, *tit.* 18. *P.* 3. *ley* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* La razon es porque semejantes privilegios ó cartas se entienden y dicen obrepticios ó subrepticios, esto es, concedidos al abrigo de expresa mentira, ó de haberse ocultado la verdad; y entonces la voluntad del Rey es que no valgan, *l.* 36. *d. tit.* 18. *P.* 3. (4); y á este fin quiere se le represente siempre que ocurra caso de esta naturaleza, *d. ley* 4. Y

(1) L. 17. eod. (2) D. l. 7. l. 9. Q. C. de legib. (3) L. 68. l. 196. de div. reg. jur. (4) L. 7. C. de div. rescrip. l. pen. et l. ult. C. si cont. jus v. ult.

generalmente de cualquier carta del Rey de esta especie mandan la *l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 3. *Nov. Rec.* que sea obedecida y no cumplida, aunque contenga expresiones mas anchas y derogatorias de todas especies de ellas y aun de estas mismas. Pero sí que vale la concesion de moratoria, por la que se les alarga á los deudores el plazo de las deudas que deben satisfacer, con tal que den fiador de que las pagarán en el término señalado en la moratoria, *l.* 33. *d. tit.* 18. *P.* 3. (1), cuyos fiadores deben ser á satisfaccion de los acreedores, *ley* 1. *tit.* 33. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

10 Costumbre es: *Derecho o fuero que non es escripto: el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas en las razones, sobre que lo usaron*, como se dice en la *ley* 4. *tit.* 2. *P.* 1. Para que se entienda legítimamente introducida requiere la *ley* 5. *del mismo título*, el uso del Pueblo ó mayor parte de él, por 10 ó 20 años, sabiéndola el Señor de la tierra, e no lo contradiciendo, e teniéndolo por bien. Y añade, que debe ser tenida e guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejeramente dos juicios por ella. Pero Gregorio Lopez en la *glosa* 4. *de esta ley* dice absolutamente, que bastan 10 años, dando la sólida razon, que por estar el Pueblo siempre presente, no se debe cuidar de los 20 años que se dan en la prescripcion contra los ausentes: de suerte, que segun este insigne Autor, se puso incautamente lo de 20 al parecer, siguiendo inadvertidamente la constante doctrina ordinaria de las prescripciones.

11. El mismo en las *glosas* 7. *y* 8. examina latamente lo que dice la ley en cuanto á requerir dos juicios ó sentencias; y resuelve ser solamente necesarias, cuando se requiere probar la costumbre por actos judiciales: de manera, que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. Y el computar el número de los actos nece-

(1) L. 2. l. 4. C. de precib. Imper. offer.

sarios, lo remite al arbitrio de Jueces, expresando circunstancias para regularlo. Nos parecen muy solidas y juiciosas estas tres glosas.

12 La costumbre legítima tiene fuerza de ley, y de consiguiente tiene sus efectos, no solo cuando no hay ley en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa que debe observarse segun la interpretó la costumbre, *l.* 6. *d. tit.* 2. *P.* 1. (1). Y de ahí viene decirse, que hay costumbre fuera de la ley, contra la ley, y segun la ley. Pero debe advertirse, que se ha de introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorío, esto es, contra la suprema jurisdiccion del Rey, ni contra derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra ó lugar do se hace: pues de otra suerte no seria buena costumbre, mas dañamiento de los que la usaren, e de toda justicia, *d. l.* 5. *tit.* 2. *P.* 1., ó segun solemos decir, corruptela. Todas las *leyes del tit.* 4. *lib.* 7. *Nov. Rec.* manifiestan la benigna voluntad con que desea y manda el Rey que se guarden á los pueblos los usos y costumbres que tuviesen de elegirse y nombrarse Oficiales para su gobierno, manifestando con ello, que nada tiene de perjudicial al público.

13 Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del derecho en personas, cosas y acciones que hizo Justiniano en sus instituciones, y método en tratar de cada uno de ellos, empezamos por el primero, en el título siguiente.

(1) L. 37. l. 38. de legib.

TITULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES,

Y DERECHO QUE EN SU RAZON CORRESPONDE (1).

Titulos 21. 22. y 23. Partida 4.

1. *Qué cosa sea estado de los hombres, y su division.*
2. 3. y 4. *Varias divisiones de los hombres, y segun el estado natural.*
5. 6. 7. 8. 9. 10. y 11. *Division de los hombres, segun el estado civil, en libres y siervos; y qué sea servidumbre, y qué libertad.*
12. 13. y 14. *Division de hombres libres en nobles y plebeyos; y de los privilegios de los nobles.*
15. 16. 17. 18. *Division de hombres en Eclesiásticos y Seculares.*
19. *Division de hombres en vecinos y no vecinos.*

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

2 Segun el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos cuando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, *l. 3. d. tit. 23. P. 4.* (2). con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muer-

(1) Tit. 3. lib. 1. Inst. (2) L. 7. de stat. hom.

tos se reputan no nacidos, *l.* 8. *tit.* 33. *P.* 7. (1). Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo en cuanto á los efectos del derecho, requiere la *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* que nazca todo vivo, y haya vivido 24 horas y sido bautizado, y ademas nacido en tiempo en que pueda naturalmente vivir, cuyo tiempo explica la *ley* 4. *tit.* 23. *P.* 4. Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó pies, son contados por hombres, *l.* 5. *d. tit.* 23. *P.* 4. (2). Pero no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviese cabeza ú otros miembros de bestia, *d. l.* 5. *d. l.* 8. (3).

3 En segundo lugar hay tambien diferencia, segun el estado natural de los hombres entre varones y hembras: las cuales tambien se entienden bajo la palabra *hombre*, á excepcion de aquellos asuntos ó negocios en que las leyes las excluyen, *l.* 6. *d. tit.* 33. *P.* 7. (4). Aunque por lo comun y en caso de duda tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo, por cuanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y por lo regular los varones exceden en prudencia y constancia de ánimo á las hembras, y estas tienen la naturaleza mas flaca, hay un axioma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en cuanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De ahí viene que solo los hombres son capaces de los oficios públicos, argumento de *l.* 4. *tit.* 4. *P.* 3. (5), y que á las hembras no les daña el no saber las leyes, *l.* 31. *tit.* 14. *P.* 5. (6), y otras diferencias que se observan en el derecho entre varones y hembras, y se notarán en los lugares oportunos.

4 Tambien se diferencian los hombres segun este estado por razon de la edad, en que unos son mayores

(1) L. 129. de verb. sign. (2) L. 14. de stat. hom. (3) D. l. 14. (4) L. 152. de verb. signific. (5) L. 2. de div. reg. jur. (6) Lib. 9. de jur. et fact. ignor.

de 25 años, y otros menores, y entre ellos hay la notabilísima diferencia de competir á estos, cuando recibieron perjuicio, la restitucion *in integrum*, de la que hablaremos en su lugar, y no á aquellos. De los menores los que han cumplido 14 años, se llama púberes, y los otros impúberes. En las leyes Romanas son muy frecuentes estos nombres, como tambien que las hembras se hacen púberes al cumplir los 12 años, y los varones cuando cumplen los 14. En las nuestras no se encuentran semejantes expresiones: pero sí establecidos los mismos efectos de esta diversidad, que sentaron las Romanas, como son, que las hembras en dicha edad de 12 años, y los varones en la de 14, y no antes se pueden casar, *l.* 6. *tit.* 1. *P.* 4. salen de la tutela, *l.* 21. *tit.* 16. *P.* 6. (1), y pueden hacer testamento, *l.* 13. *tit.* 1. *P.* 6. (2). Los que no han cumplido 7 años se llaman infantes, *l.* 1. *tit.* 7. *P.* 2. *l.* 4. *tit.* 16. *P.* 4. (3); y las leyes de los Romanos, haciendo uso de los nombres infancia y pubertad, llaman *infantiæ proximos* á los que estan mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proximos*. Y en esto sucede lo mismo que acabamos de decir de los púberes é impúberes, es decir, que aunque no se hallen estas expresiones en nuestras leyes, sino con relacion á las Romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, cual es entre otros, que los próximos á la pubertad, esto es, segun la expresion de nuestras leyes, los que han cumplido 10 años y medio se reputan capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos, y no los próximos á la infancia, *l.* 9. *tit.* 1. *P.* 7. *l.* 17. *tit.* 14. *d. P.* 7. *y otras* (4).

5 Segun el estado civil se dividen los hombres en libres, siervos ó esclavos y aforrados: asi lo dice el *principio del tit.* 23. *P.* 4. añadiendo ser aforrados, los que en latin llaman libertos. En los mismos términos se ex-

(1) Princ. Inst. quib. mod. tut. fin. (2) L. 5. qui text. fac. pos.
(3) L. 14. de sponsal. (4) §. 18. Inst. de obl. quæ ex del nasc.

plicó Justiniano en el *princ. de sus Iust. lib.* 1. *tit.* 5. Pero debemos advertir, que para la mayor claridad de esta division trimembre, se pueden partir en dos bimembres, diciendo que los hombres, unos son libres y otros siervos ó esclavos; y los libres, unos que no han sido siervos y otros que lo han sido. Las leyes Romanas llaman á los primeros *ingenuos* (1), y á estos *libertinos ó libertos* (2): pero las nuestras no tienen nombre especial para significar aquellos, y á estos les apellidan *aforrados ó forrados*, y al manumitir de los Romanos *aforrar*, *l.* 11. *tit.* 22. *P.* 4. *y otras.* Sea pues esta la primera subdivision de los hombres libres.

6 Servidumbre, de la que toman nombre los siervos, es: *Postura, e establecimiento, que ficieron antiguamente las gentes, por la cual los homes, que eran naturalmente libres, se facen siervos: e se meten a señorío de otro contra razon de natura*, segun la *ley* 1. *tit.* 21. *P.* 4. (3), la cual expresa tambien ser de tres maneras los siervos. La 1ª los que cogen en la guerra siendo enemigos de la fe. La 2ª los que nacen de las siervas. La 3ª cuando un hombre, siendo mayor de 20 años se deja vender (4). Y si bien es verdad que en el dia son ya rarísimos en España los siervos, y que se acabarán presto del todo si dura la paz que tenemos con los Mahometanos; con todo nos ha parecido notar ligeramente lo que de ellos establecen nuestras leyes.

7 Aunque los que nacen de ambos padres libres siguen la condicion del padre en cuanto á los honores y fueros del siglo: con todo, cuando uno de los dos no lo es siguen la de madre en cuanto á la libertad ó servidumbre. Los hijos pues de la madre libre lo serán tambien aunque el padre sea siervo. Y basta para esto que lo sea ó al tiempo de parir, ó que lo hubiese sido algun instante mientras llevase al hijo en el vientre. *l.* 2. *tit.* 21. *P.* 4. (5).

(1) Princ. Inst. de ingen. (2) Princ. Inst. de libert. (3) §. 2. Inst. de jur. person. (4) §. 4. de jur. person. (5) Princ. Inst. de ingen.

8 Los amos ó señores pueden hacer de sus siervos lo que quisieren. Pero con todo esto, no los deben matar ni lastimar, porque sin mandamiento del Juez no los deben herir de manera que sea contra la razon natural. Y los siervos que fuesen asi maltratados pueden quejarse al Juez, que debe examinar si es verdad, y siéndolo vender los siervos y dar el precio á su señor, sin que puedan jamas volver á su dominio. *l.* 6. *d. tit.* 21. (1). Mas cuanto adquiere ó gana el siervo es para su señor, *l.* 7. *d. tit.* 21. (2).

9 Judio, ni Moro, ni Herege, ni otro ninguno que no sea de nuestra ley, no puede haber Cristiano ninguno por siervo. Y si cualquier de estos tuviese siervo que no fuese de nuestra ley, si aquel siervo se tornare Cristiano se hace libre por ello luego que se hace bautizar y recibe nuestra fe, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso que él tambien se tornase Cristiano, *l.* 8. *d. tit.* 21. *P.* 4.

10 El *título* 22. *de la P.* 4. trata de la libertad, y su *ley* 1. dice que es: *Poderío que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza o derecho de ley o de fuero non gelo embargue* (3). De los que siempre lo han tenido llamados por los Romanos ingenuos, como dijimos, unos estan bajo la pátria potestad, otros en tutela ó curadoría, y otros del todo independientes de algun otro, de todos los cuales luego trataremos despues de haber hablado de los aforrados que antes fueron siervos, y de otras divisiones de los hombres libres. Aforrar, á lo que llaman *manumittere* las leyes Romanas, es: *Dar libertad á los siervos.* Lo puede hacer su señor en la Iglesia, ó delante del Juez, ó en otra parte: ó en testamento, ó sin testamento, ó por carta, *l.* 1. *d. tit.* 22. (4).

11 Hay tambien varios casos en que los siervos se hacen forros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó

(1) §. 2. Inst. ne his qui sui v. al. jur. sunt. (2) §. 3. Inst. per quas pers. cuiq. acs. (3) §. 1. Inst. de jur. pers. (4) §. 1. Inst. de libertin.

por alguna accion gloriosa que hicieron (1), ó en castigo de maldad de sus amos. Se refieren en las *leyes 2. 3. 4. 5. y 6. del mismo tit. 22.* No los expresamos aqui por considerar ser poco menos que imposible que sucedan en España. En la 7. se establece que aquel siervo que con buena fe se trata como libre por 10 años en el lugar donde more el señor ó 20 en otro, ó sin buena fe por 30, sea libre. Y en las cuatro siguientes y últimas del *título* se trata de los derechos que el señor que aforró, llamado en las leyes de Romanos *patronus*, tiene en la persona y bienes del aforrado.

12 La segunda subdivision de los hombres libres es en Nobles y Plebeyos. En ella tomamos lata y generalmente la palabra *Nobles* para que comprenda á los Nobles en especie, Caballeros é Hidalgos, sin entretenernos en explicar con separacion estos tres géneros de nobleza y sus diferencias por ser de poco momento, y estar en el dia casi enteramente confundidas. Quien quisiere las puede ver en García, Otalora y otros que han escrito ex profeso de este asunto. Solo pues diremos, que la nobleza tomada así generalmente es: *Calidad de distincion que por razon de su estado eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres.* Unos la tienen de inmemorial, sin que sepa como y cuando la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, *l. 2. tit. 21. P. 2. al fin.* Otros porque han justificado posesion de 20 años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa *ley de Córdoba*, que es *la 4. tit. 27. lib. 11. de la Nov. Rec.* Y otros por declaracion ó privilegio que el Rey les ha otorgado.

13 Los privilegios ó exenciones que gozan los Nobles á diferencia de los Plebeyos son varios. Los principales se reducen á cinco. I. Franqueza de los pechos ó tributos plebeyos, *l. 3. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec.* aun con respecto á los bienes que compraren de pecheros, *l. 1. y 3. tit. 18. d.*

(1) Tit. C. pro quib. caus. serv. pro præm. liber. acq.

lib. 6. Pero sí deben pagar y contribuir en el reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, *l.* 50. *d. tit.* 18. Y de la misma exencion gozan tambien las viudas de los Nobles mientras lo fueren, ó no estuvieren casadas despues con un pechero, y lo mismo las nobles viudas de pecheros, *l. 7. tit.* 20. *d. lib.* 11. (1); de suerte que al paso que las viudas, mientras lo son, conservan la condicion de nobleza y prerogativas de sus difuntos maridos, recobran su nativa nobleza, que perdieron por haberse casado con plebeyo. Con efecto, siempre hemos visto que las de los Maestros Boticarios y de otra profesion han ejercido por medio de criados peritos la facultad ú oficio de sus maridos, cuya costumbre se halla aprobada en los estatutos de diferentes Oficios. Pero nuevamente por cédula de 19 de Mayo de 1790, *que es la ley* 13, *tit.* 23. *lib.* 8. *de la Nov. Rec.* ha declarado y mandado el Rey que puedan mantenerse en el ejercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mugeres, que muerto su primer marido, que como Maestro las gobernaba, se casaren con otro que no lo fuere, derogando todos los estatutos contrarios. Y la gozan asimismo los graduados de Doctor, Maestro ó Licenciado en las Universidades de Salamanca y Valladolid, y Colegiales graduados en el Colegio de la Universidad de Bolonia, *l.* 14. *tit.* 18. *lib.* 6. *Nov. Rec.* lo que se extendió á los Doctores, Maestros y Licenciados en Teología, Cánones y Medicina de la universidad de Alcalá de Henares, *l.* 15. *d. tit.* 18. II. No pueden ser encarcelados por deudas que deban, salvo si no fueren Arrendadores ó cogedores de pechos Reales, *l.* 2. y 15. *tit.* 2. *lib.* 6. *Nov. Rec.* Ni pueden ser prendadas por deudas las cosas de su morada, ni los caballos, ni las mulas, ni las armas de su cuerpo sin que puedan renunciar estas preeminencias, bajo la pena de diez mil maravedís contra el escribano que en sus obligaciones pusiere estas nulas renuncias, *l.* 13. *d.*

(1) L. 8. de senator.

tit. 2. lib. 6. de la Nov. Rec. Este privilegio no tiene lugar si la deuda viniese de delito ó cuasi delito, porque entonces pueden ser encarcelados, *l.* 10. *d. tit.* 2. bien que deberán estar presos en cárcel apartada de la que tienen los pecheros, *l.* 11. *d. tit.* 2. III. Ni pueden ser puestos á tormento, *l.* 2. *tit.* 30. *P.* 7. *l.* 2. *y* 13. *d. tit.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* IV. No se les puede condenar á que se desdigan de haber injuriado á otro; pero han de sufrir en su lugar otras penas, *l.* 1. *tit.* 25. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* como veremos en el *lib.* 2. *tit.* 20. *n.* 16. V. Pueden usar de pistolas de arzon cuando vayan montados en caballo, y en trage decente interior, segun la pragmática del año 1761 que es la *ley* 19, *tit.* 19. *lib.* 12. *Nov. Rec.*

14 Plebeyos ó pecheros son todos los que no son Nobles, y suelen decirse del estado llano. No gozan de los privilegios que acabamos de referir; pero por lo mucho que trabajan, fuertes y robustos que les hace el trabajo, son el nervio del Estado.

15 La tercera subdivision de hombres libres es en Eclesiásticos ó Clérigos, y Legos, *l.* 2. *tit.* 23. *P.* 4. Y de los primeros, unos son Regulares ó Religiosos y otros Seculares. Regulares dice la *ley* 1. *tit.* 7. *P.* 1. son: *Aquellos que dejan todas las cosas del siglo, e toman alguna regla de religion para servir a Dios, prometiéndola de guardar.* Seculares por lo contrario son: *Los que no han profesado religion alguna de las aprobadas*, y son llamados por lo comun simplemente *Clérigos.* Y adviértase que tambien y con frecuencia por esta voz *Seglar* ó *Secular* se significa al Lego ó no Eclesiástico.

16 Dejamos para los Canonistas el tratar de los diferentes grados de Eclesiásticos que constituyen su gerarquia, y de sus prerogativas y privilegios espirituales o canonicos; contentándonos con referir los que dicen respecto al gobierno civil en la manera siguiente: I, Son francos ellos y las Iglesias, Monasterios y Prelados de pagar el derecho de alcabala por razon de las ventas de sus bienes ó trueques por lo que á ellos toca, *l.* 8.

tit. 9. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* mas no en lo que vendieren por via de mercaduría, trato y negociacion. *l.* 8. *d. tit.* 9. Pero no alcanza esta exencion de alcabala ú otros pechos á los Clérigos de corona y menores Ordenes si no es que tuvieren Beneficio Eclesiástico, *l.* 7. *tit.* 10. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* los cuales, segun esta *misma ley*, han de ser habidos por legos, á excepcion del privilegio del fuero de que gozan aquellos que tienen las circunstancias que exigió el Concilio de Trento, adoptadas en la *ley* 6. *d. tit.* 10. Y ninguno de aquellos á quien competa este privilegio, puede por el tiempo que pudiere gozar de él, tener los oficios de Juzgado, Regimiento ú otros Públicos, ahora sean casados ó solteros; sin que valga la dispensacion que hubiere obtenido, que deberá considerarse por obrepticia, y ser obedecida y no cumplida, y lo mismo deberá decirse de los Clérigos de menores que hubieren reclamado á los Jueces seglares, aunque no obtengan sentencia ni llegue el negocio á ella. Por lo contrario podrán tener dichos oficios los que no pueden gozar del privilegio del fuero en las causas criminales; segun asi lo dispone todo la *ley* 8. *tit.* 10. *lib.* 1. *Nov. Rec.*

17 II. Son exentos de las cargas personales, *l.* 51. *cit.* 6. *P.* 1. que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construccion ó reparacion de muros de Ciudades ó Villas, ó llevar para ello cal ó arena; y exime tambien á sus criados que moran en sus casas. Pero en atencion á que en *esta ley* se dice estar exentos de hacerlo por sí mismos, juzga Greg. Lop. en *su glos.* 5. que deberán contribuir en dinero, puesto que la *l.* 54. *del mismo titulo* expresa estar tenidos á la construccion y reparo de puentes y caminos; bien que á esto no les pueda apremiar el Juez lego sino el Eclesiástico. Y la 6. *tit.* 9. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* dice en términos generales, que deben contribuir y ayudar, faltando bienes del Concejo, en los pechos que son para bien comun de todos, poniendo por ejemplo el de muro, calzada, carrera, fuen-

te ó puente, y la *siguiente* 7. pone otro ejemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el Clérigo no quisiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas que les son útiles, dice Acevedo en dichas *leyes* 6. *y* 7. citando á otros, que puede el Juez lego exigirlo ó cobrarlo de los mismos bienes, apoyándolo con una decision de la Chancillería de Valladolid y otra de la de Granada. En caso de necesidad cesan las exenciones, como lo prueba el mismo Acev. en el *coment. de dd. ll.* que es muy digno de leerse (1).

18 De las cargas patrimoniales no hallamos ley alguna que hable expresamente. Pero por cuanto *d. l.* 6. y *la* 1. *del mismo tit.* 9. dicen que estan exentos de todo tributo los Clérigos, Iglesias y Monasterios, á excepcion de los expresados en *d. l.* 6. que hemos acabado de manifestar; vemos se les considera exentos de todos los demas ordinarios. Y respecto á que esta exencion era muy gravosa para los Legos, se celebró *concordato* entre el Rey y el Sumo Pontífice en el año 1737, en el que se determinó que los bienes que adquirieren las Iglesias y demas manos muertas Eclesiásticas desde entonces en adelante estuviesen sujetos á las mismas cargas que cuando los poseian los Legos, á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los Eclesiásticos particulares conservaron su exencion: la que les da la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* aun en los que compraren de los pecheros.

19 La cuarta subdivision de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. *Vecino*, tomada latamente esta voz, significa al que habitó en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del Pueblo, y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Acevedo en la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 7.

(1) L. 1. C. ut nemin. lic. in empt.

de la Nov. Rec. Y á esta clase pertenecen los estudiantes, menestrales y mozos de soldada, respecto de la Ciudad en que cursan, aprenden sus oficios ó la ganan. Pero si se toma propia y estrechamente, aquel se dice vecino: *Que tiene establecido en algun Lugar su domicilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él.* Este ánimo se presume y reputa probado por el trascurso de 10 años, *l.* 2. *tit.* 24. *P.* 4 *l.* 6. *tit.* 4. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* arg. de la *ley* 32. *tit.* 2. *P.* 3. vers. La *setena*, en cuya *glosa* 12. dice Gregor. Lop. que tambien se prueba este ánimo, que constituye domicilio, sin el trascurso de los 10 años por hechos que lo manifiestan, poniendo por ejemplo, si uno vende sus posesiones en el Lugar A, y compra otras en el B donde trasfiere su habitacion. Y mas claramente si fuere recibido en vecino por el comun de algun Lugar, dando fiadores de que permanecerá en él 10 años y sujetándose á las cargas y tributos vecinales, Acev. en *d. l.* 1. Que estos los deben llevar solamente los vecinos, el mismo nombre lo dice, y de consiguiente que en esto se diferencian de los transeuntes. Y tambien se diferencian en lo honorífico; porque á ellos solos y no á estos deben darse los Oficios de Concejo de las Ciudades, Villas ó Lugares, asi como Regimientos, Escribanías, Mayordomías y Fieldades, con tal que sean naturales de estos Reinos, *l.* 6. *tit.* 4. *l.* 1. *tit.* 5. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun Lugar sin ser vecinos de él.

20 La quinta subdivision de hombres libres es en naturales de nuestros Reinos y extrangeros. Natural, segun la *ley* 7. *tit.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.* es: *Aquel que fuere nacido en estos Reinos y hijo de padres que ambos a dos, o a lo menos el padre sea asimismo nacido en estos Reinos o haya contraido domicilio en ellos, y demas haya vivido por tiempo de* 10 *años.* Y añade la *misma ley* serlo tambien aquel cuyo padre nació en estos Reinos y le tuvo fuera de ellos estando ausente por servicio del Rey, ó su mandato, ó de paso, sin con-

traer domicilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos ilegítimos naturales; pero que en los espúreos han de concurrir en su madre las circunstancias referidas. Extrangero por lo contrario es aquel á quien falta alguna de dichas circunstancias. Solo los naturales pueden tener en España Beneficios Eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, *l.* 1. *tit.* 23. *y* 7. *tit.* 14. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* y Oficios de Alcaldías y Regimientos en las Ciudades, Villas ó Lugares, ú oficios ó cargos que toquen á la gobernacion de ellos, *l.* 2. *y* 3. *tit.* 4. *y* 5. *lib.* 7. *Nov. Rec.* Y adviértase últimamente que la palabra *naturaleza* no significa siempre en las leyes de las Partidas lo mismo que en la citada *l.* 7. *tit.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.*, sí que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley* 2. *tit.* 24. *P.* 4.

TITULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. P. 4. (1).

1. 2. *Qué cosa sea patria potestad, y modos de constituirse.*
3. *y* 4. *De los peculios de los hijos.*
5. *y siguientes: Modos de salir los hijos de la patria potestad.*

1 Dijimos en el *num.* 10. *del título antecedente* subdividirse tambien los hombres libres, en que unos estan en la patria potestad, otros en la tutela, otros en cu-

(1) Tit. 9. lib. 1. Inst.

radoría y otros independientes de todos. Empezamos á tratar de ellos por los primeros. *Patria potestas* en latin, dice *l.* 1. *tit.* 17. *P.* 4. tanto quiere decir en romance, como: *Poder que han los padres sobre los hijos.* Añade que lo han los padres sobre sus hijos, é sobre sus nietos, é sobre todos los otros de su linage, que descienden de ellos por liña recta, que son nacidos del casamiento derecho. Pero se ha de advertir estar derogada *esta ley* en cuanto habla de nietos, é inferiores descendientes por la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* que establece sea habido por emancipado en todas cosas para siempre el hijo é hija casado y velado; pues segun ella no estando el tal hijo en poder de su padre, no pueden estarlo tampoco los que descienden del mismo hijo. Lo literal de *dicha ley* nos hace creer contra Antonio Torres y Martin Galindo ser necesarias las velaciones de las nupcias para que tengan fuerza de emancipacion.

2 Este poder ó poderío que han los padres sobre los hijos, es solamente sobre los legítimos, *l.* 2. *d. tit.* 17. *P.* 4. y segun la *l.* 4. *del mismo tit.* se constituye de cuatro maneras. I. Por el matrimonio, que es fecho segun manda la Santa Iglesia. II. Si hubiere contienda entre algunos, si eran padre ó hijo y fuese dado juicio acabado que lo eran. III. Si el hijo emancipado por el padre hiciese algun yerro contra el padre que hubiese de volver á su poder. IV. Por adopcion, que quiere decir tanto, como por fijamiento. La II. hablando con rigor, mas es modo de probar este poder que de constituirle. No menciona *esta ley* á la legitimacion, sin duda porque la quiso incluir en la I. Y adviértase en explicacion de la III. que el yerro del hijo contra el padre ha de ser deshonrandolo de palabras ó de hecho, *t.* 19. *tit.* 18. *P.* 4. Pasemos ahora á ver sus efectos, y despues los modos de acabarse.

3 Las leyes antiguas de los Romanos mandaban que todo el peculio de los hijos retenidos en el poder de su padre, esto es, todos los bienes que estos hijos tenian

y manejaban como suyos, fuesen de sus padres. Pero despues distinguieron varias especies de peculio, estableciendo lo que debia observarse en cada una de ellas, y á este nuevo aspecto se han acomodado las nuestras, y con respecto á ellas decimos que el peculio, el cual no es otra cosa que: *Pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo ó el esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó el señor*; es en la persona del hijo de tres especies, profecticio, adventicio y castrense, ó cuasi castrense, *l.* 5. *tit.* 17. *P.* 4. Y si quisiéramos dividir el cuasi castrense del castrense, como lo hacen comunmente, y es asi, aunque son los mismos sus efectos, diremos que son cuatro.

4 Peculio profecticio es: *El que ganan los hijos con los bienes de los padres, ó por razon de sus padres que los tienen en su poder*; y es en todo de los mismos padres. Adventicio se llama: *El que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre, ó de cualquier otro, ó si hallase tesoro ó alguna otra cosa.* Y de este es la propiedad del hijo, y el usufructo del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida, tanto en juicio como fuera de él, *d. l.* 5. (1). Y si emancipa al hijo, va á este la mitad del usufructo, y el padre se queda con la otra si no la remite, *l.* 15. *tit.* 18. *P.* 4. (2). Castrense es: *El que gana el hijo por razon de la guerra*, ó como suele decirse, de la milicia armada: y cuasi castrense: *El que gana por razon de la milicia togada*, esto es, por servir á la República de Juez, Abogado, Catedrático, y otros oficios semejantes. Estos dos son enteramente del mismo hijo, que puede hacer de ellos lo que quisiere, sin tener derecho alguno en ellos los padres ni otro pariente, *l.* 6. *lib.* 7. *d. tit.* 17. *P.* 4. (3). Y adviértase que toda donacion que hace el Rey es peculio cuasi castrense del donatario, *d. l.* 7. *al fin.* (4).

(1) § 1. Inst lib. 2. tit. 9. (2) D. §. 2. Inst. d. lib. 2. tit. 9.
(3) Princ. Inst. lib. 2. tit. 12. (4) L. 7. C. de bon. quæ liber.

5 Veamos ahora los modos de acabarse ó desatarse la patria potestad, que son cuatro referidos en el *princ. del tit.* 18. *P.* 4. I. Muerte natural (1). II. Destierro para siempre al que llamaron en latin *mors civilis* (2). III. Dignidad á que subiere el hijo (3). IV. Emancipacion, cuando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él (4). Y á estas cuatro añade otro la *ley* 6. *de d. tit.* 18. diciendo, que por el pecado de incesto pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos. Y otro la *ley* 4. *tit.* 20. *P.* 4. cuando el padre desamparando á su hijo le echa á las puertas de la Iglesia, hospital ú otros lugares de misericordia, de donde la piedad de otro le recoge. En cuanto al I. la *ley* 1. *de d. tit.* 18. distingue, como las Romanas, entre la muerte del padre y del abuelo, por motivo de que en aquel tiempo los hijos no salian de la potestad de sus padres por casarse: pero como en el dia salen en virtud de la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* como dijimos *arriba al n.* 1. no se debe ahora hacer mencion, por no ser del caso, de la muerte del abuelo, sí solo de la del padre, por la que se acaba siempre la patria potestad. Solo en el caso de no haber sido veladas las nupcias podria tener lugar la citada distincion de la *ley* 1.

6 Del II. modo pone dos especies la *ley* 2. *de d. tit.* 18. *P.* 4., de las cuales la una, que es la mas pesada, la compara á la servidumbre de la pena de los Romanos, y la otra á la que estos decian *deportacion*, que tambien entre ellos eran modos de extinguir la patria potestad (5). Por uno y otro se toman los bienes al desterrado. Pero si á alguno se le destierra á que vaya á vivir á algun Lugar para siempre ó para tiempo cierto, sin quitarle sus bienes, este castigo, al que los Romanos llamaban *relegacion*, no extingue la patria potestad *l.* 3. *d. tit.* 18. *P.* 4. (6). De los encartados, esto es, los pregonados, de no poder entrar en la Ciudad ó Villa en que eran mo-

(1) Princ. inst. lib. 1. tit. 12. (2) §. 3. eod. (3) §. 4. eod. (4) §. 6. eod. (5) §§. 1. et 3. eod. (6) §. 2. d. lib. 1. tit. 12.

radores, ó en la tierra de donde son, dice la *ley* 4. *de d. tit.* 18. que se comparan á los deportados si se les toman los bienes, y á los relegados si no se les toman.

7 Por lo que respecta al modo III. se señalan en la *ley* 7. y *las siete siguientes de d. tit.* 18. doce dignidades que libran al hijo de la patria potestad, con relacion al señalamiento que hizo Justiniano en la *novela* 81. De ellas solo conocemos ahora la de Obispo y Tesorero general del Rey; porque las demas estan enteramente trasformadas en otras nuevas que tenemos; las cuales no pueden decirse las mismas por lo mucho que discrepan entre sí. Diremos pues, atendiendo al espíritu de *dichas ocho leyes*, que librarán en el dia aquellas dignidades que constituyen al hombre Gefe Real privativo de algun distrito ó cuerpo distinguido.

8 La emancipacion, IV. modo de extinguir la patria potestad, es: *Acto por el cual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente, l.* 15. *d. tit.* 18. *P.* 4. Se hace la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el Juez Ordinario (1), y asi ambos presentes debe decir el padre que saca al hijo de su poder y el hijo consentirlo, *d. l.* 15. Y si el padre quisiese emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del Rey, pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que cuando venga lo otorgue ante el Juez, *l.* 16. *d. tit.* 18. *P.* 4. Pero adviértase que ahora está mandado por la *ley.* 4. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* para evitar fraudes y perjuicios, que los Jueces Ordinarios no declaren ni puedan declarar emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, y que de otra suerte se darán desde luego por nulas.

6 Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (2), ni el hijo á ser emancipado, si

(1) §. 6. Inst. lib. 1. tit. 12. (2) §. 10. eod.

que los dos han de convenir, *l.* 17. *d. tit.* 18. *P.* 4. Pero hay cuatro casos referidos en la *ley* 18. *del mismo título* 18. en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. I. Cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (1). II. Cuando prostituye á sus hijas (2). III. Cuando admite lo que le dejan en testamento bajo la condicion de emancipar á su hijo (3). IV. Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, y éste salido de esta edad acudiese descontento de su padrastro al Juez para que le mandara emancipar (4).

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4. título 1. y 2. y título 2. lib. 10. de la Nov. Rec. (5).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sean esponsales.*
3. *4. 5. 6. 7. y 8. Se refieren varias Ordenes Reales sobre esponsales.*
9. *y hasta el 17. Del matrimonio, y cuanto pertenece á su valor.*
17. *Del divorcio.*
18. *hasta el 27. De los bienes gananciales.*
27. *Cosas que no pueden hacer las mugeres sin licencia de sus maridos ó del Juez.*

(1) L. ult. si à parent. quis man. (2) L. 4. C. de Episcop. aud. (3) L. 62. de cond et demonst. (4) L. 32. de adop. (5) Tit. 10. lib. 1. Inst. tit. 1. et 2. lib. 24.

28. *Administracion de los bienes en los casados que entran en los* 18 *años.*

29. 30. *Privilegios de los recien casados.*

1 Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, nos ha parecido ser este lugar mas á propósito para tratar de él. Y por cuanto le suelen preceder los desposorios, hablar antes muy ligeramente de ellos; porque mas son objeto del derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales Eclesiásticos, como lo expresa la *ley 7. tit.* 1. *P.* 4. Y por ello podrán acudir á los Autores canonistas los que desearen mas extension. Sin embargo hemos creido que el tener un título en la *Partida* 4. y las varias órdenes Reales que nuevamente se han publicado para mantener el buen órden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exigen que no omitamos su memoria en esta ilustracion.

2 Desposorios ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son: *Prometimientos que hacen los hombres por palabras cuando quieren casa se.* Asi lo expresa la *ley* 1. *tit.* 1. *P.* 4. Pero debe tenerse presente, que lo mismo será, si el consentimiento se manifiesta sin palabras, con señales claras que excluyen toda duda, como es preciso suceda en los mudos, *lib.* 5. *tit.* 2. *P.* 4. Como por los esponsales se obliga el varon á la muger, y esta al varon, es preciso que el prometimiento sea mutuo entre los dos con recíproca aceptacion (1). Y el que no quiere cumplirles puede ser obligado á que les cumpla, á pedimento del otro, por el tribunal Eclesiástico, *l. 7. d. tit.* 1. á no ser que tenga alguna justa causa para no querer: de las cuales se refieren nueve en la *ley 8. de d. tit.* 1. bien que la séptima no tiene lugar ahora, en que los esponsales de presente ya no constituyen matrimonio, como le constituian en tiempo en que se formaron las leyes

(1) L. 1. de sponsal.

de las Partidas, que por este motivo se entretienen bastante en explicar diferencia entre esponsales de futuro y de presente, que en el dia no estan, ó por mejor decir, ya no los hay de presente. Para contraer esponsales basta la edad de siete años, *l.* 6. *d. tit.* 1.

3 Para cortar los perjuicios, que de llevarse á efecto cualesquiera esponsales, se seguian al honor de las familias, y reverencia debida á los padres, con alteracion de la pública tranquilidad; se han publicado varias pragmáticas y cédulas. *Por pragmática de* 23 *de Marzo de* 1776 *que es la ley* 9. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* se manda: I. Que en adelante los hijos é hijas de familias menores de 25 años, deban para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre; y á falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas; y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos, que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores: con el bien entendido, que prestando los expresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento, deberan ejecutarlo con aprobacion del Juez Real, é interviniendo su autoridad, si no fuere interesado; y siéndolo se devolverá esta autoridad al Corregidor ó Alcalde Mayor Realengo mas cercano. II. Que esta obligacion comprenda desde las mas altas clases del estado, sin excepcion alguna, hasta las mas comunes del Pueblo. III. Que los mayores de 25 años cumplen con pedir el consentimiento paterno, para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion. Pero debe advertirse que en este particular se expidió otra *cédula en* 31 *de Mayo de* 1783 en que por punto general se manda, que tambien los mayores de 25 años tienen obligacion de obtener el consentimiento paterno. IV. Que contra el irracional disenso de los padres, abuelos, parientes, tutores ó curadores, en los casos y forma que queda explicada, debe haber y admitirse libremente recurso suma-

rio de la Justicia Real Ordinaria, que se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho dias, y por recurso en el Consejo, Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de 30 dias: y de esta declaracion no ha de haber revista, alzada, ni otro recurso, ahora confirme ó revoque la providencia del inferior.

4 V. Que solo puede darse certificacion del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó excepciones que propusieren las partes, con perpetua privacion de oficio á los Jueces y Escribanos que mandasen dar ó dieren copia simple ó certificada de los procesos formados sobre suplir el irracional disenso de los padres. VI. Que se observe en los Infantes y Grandes la costumbre y obligacion de dar cuenta á S. M. de los contratos matrimoniales que intenten celebrar ellos ó sus hijos é inmediatos sucesores, para obtener la Real aprobacion. VII. Que los de las familias llamadas á la sucesion de las grandezas, aunque sea en grados distantes, y las de los títulos hayan de pedir el Real permiso en la Cámara, al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos. Y adviértase, que tanto en este caso como en el antecedente, es tambien necesario el consentimiento paterno. De las penas en que incurren los que se casan despreciando y atropellando lo expuesto hasta aqui, expresadas en la misma pragmática, hablaremos despues, tratando del matrimonio y sus efectos.

5 Ademas de esta famosa pragmática han salido diferentes cédulas y circulares sobre el mismo asunto, añadiendo algunas particularidades. En 31 de Octubre de 1783 *que es la ley* 11. *d. tit.* 2. *una circular* por la que se manda: Que ningun alumno de Colegios que esten bajo la Real inmediata proteccion, puedan ligarse para contraer matrimonio sin licencia de S. M. cuya Real resolucion fue extendida por *circular de* 31 *de Agosto de* 1784 *que es la ley* 18. *d. tit.* á los Colegios de mugeres que estan bajo la misma Real proteccion, y á los individuos de uno

y otro sexo que esten en Universidades, Seminarios, Colegios ó casas de enseñanza, erigidos con autoridad pública. Y tratándose de si convendria delegar la facultad de conceder la licencia que exigen dichas circular y cédula, se expidió otra *cédula en 28 de Octubre del mismo año 1784, que es la ley 13. de tit.* en que se manda: Que los alumnos de las Universidades, Seminarios conciliares y demas colegios no pueden pasar á contraer esponsales, sin que ademas del asenso paterno prevenido en la *citada pragmática* del año 1776 tengan licencia los de los Seminarios conciliares de los muy Reverendos Arzobispos y Reverendos Obispos, los de las Universidades de los Ministros del Consejo encargados de su direccion, á quienes deban remitir las súplicas ó pretensiones por mano de los Rectores de las mismas, con informes de estos; y los de los demas Colegios ó Casas de enseñanza de los Ministros Protectores, si los tuviesen, ó del Señor Gobernador del Consejo; delegando para este caso S. M. en todos los referidos su Real autoridad; reservándose las licencias de los Colegios Militares, Seminarios de Nobles, y otras fundaciones semejantes del efectivo Patronato, y de la inmediata Real proteccion, tanto de varones como de mugeres.

6 Otra *cédula* expidió el Consejo, que solo es exhortatoria, en 17 de Junio de dicho año 1784 *que es la ley 14. d. tit.* en ella se exhorta, ruega y encarga á todos los Prelados procuren, que en sus Diócesis y territorios se establezca el método que se practica y observa en el Archiprestazgo de Ager en Cataluña, como el que mas se acerca al cabal y exacto cumplimiento de la citada *pragmática del año 1776* y demas Reales Ordenes que tratan de este asunto, y disposiciones canónicas. En la misma se inserta la doctrina y método que dicho Archipreste habia fijado, y mandado observar y enseñar públicamente á los fieles de su territorio, reducida á decir: "Que faltan los hijos de familia, que sin el consejo y „bendicion de sus padres tratan de contraer matrimonio,

„y que estando en pecado mortal no se les puede admitir „á la particion de los Santos Sacramentos, y por ello „se les debe dilatar, hasta haber practicado esta diligen- „cia: Que cuando se tenia noticia de que el hijo pidió „al padre, y obtuvo su consentimiento, se expresaba esta „circunstancia en la publicacion de las moniciones, que „por ningun caso se dispensaba en los matrimonios de „esta naturaleza, y tambien se añadia en la partida que „se escribia en los cinco libros, despues de haberse cele- „brado el matrimonio, siendo cargo de la visita de di- „chos libros la omision de ella."

7 En 23 de Octubre del año 1785 *que es la ley* 16 *d. tit.* se expidio otra *cédula* en que se manda observar: Que los depositos por opresion, y para explorar la libertad, se expidan por el Juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, conocerá el Juez Real, y decretará cuando sea necesario el depósito; y si fuere sobre esponsales, despues de evacuado el juicio instructivo sobre el disenso ante la Justicia secular, conocerá el Eclesiástico impartiendo para la ejecucion el auxilio del brazo seglar.

8 *Por otra de* 18 *de Setiembre de* 1788 *que es la ley* 17 *d. tit.* se manda por punto general: Que solo los hijos de familia son los que pueden pedir el consentimiento á sus padres, abuelos, tutores ó personas de quienes dependan, para contraer matrimonio: Y asimismo, que no se deben admitir en los Tribunales Eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno contra lo mandado por las citadas pragmáticas y cédulas, no debiéndose admitir tampoco por via de impedimento, careciendo de la principal circunstancia, sin la cual no pueden habilitarse para parecer en juicio, por ninguno de los dos conceptos.

9 Y últimamente se publicó en Madrid en 28 de Abril de 1803 *que es la ley* 18. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* la siguiente pragmática sancion: El Rey se ha servido ex-

pedir con fecha 10 de este mes el decreto siguiente: "Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de Marzo de 1776 órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando, que ni los hijos de familias menores de 25 años, ni las hijas menores de 23 á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijas ó hijos intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de este tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes; esto es, los varones á los 24 y las hembras á los 22 todos cumplidos: á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre; esto es, los varones á los 23 y las hembras á los 21, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores; y á falta de los tutores el Juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa: pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los 22 años y las hembras á los 20, todos cumplidos: para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo ó sus respectivos Gefes, es necesario que los menores segun las edades señaladas obtengan esta despues de las de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion cuando lo soliciten

de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse: aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir á Mí, asi como á la Cámara, Gobernador del Consejo y Gefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Consejo, ó Gefes, creyesen convenientes en sus casos se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto; en las demas 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: los Vicarios Eclesiásticos que autorizasen matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, segun los requisitos que van expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrian los contrayentes. En ningun tribunal Eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles: los Infantes y demas personas Reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ellas sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior (1).

(1) Véase la nota 6. d. tit. 2.

10 Basta de esponsales y pasemos á tratar del matrimonio, del cual pone una difinicion la *ley* 1. *tit.* 2. *P.* 4. que nos ha parecido copiar aqui, aunque la consideramos pesada y fastidiosa. Es, dice: *Ayuntamiento de marido e de muger, fecho con tal intencion de vivir siempre en uno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e no se ayuntando el varon á otra muger, nin ella a otro varon, viviendo ambos a dos.* Todo el mundo considera al matrimonio como á contrato: pero ademas los Catolicos le consideramos tambien como á sacramento; y observamos con reverencia los efectos que por esta razon le corresponden. Por esto diremos algo de ellos aqui, aunque este asunto pertenece directamente al derecho canónico, cuyos Autores podrán ver los que quieran mayor extension. Y debemos advertir que algunos de estos efectos los podemos tambien considerar civiles en cuanto los aprueban expresamente nuestras leyes, que jamas se apartan de la religion catolica.

11 Como el matrimonio es contrato, es necesario el mutuo consentimiento de sus contrayentes varon y hembra, con la intencion de vivir juntos, y ademas que expresa su definicion que hemos dado. De ahí es que no pueden contraerle los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos ó locos, sino es que teniendo estos intervalos de buena razon, quisieren contraerlo en uno de ellos, *l.* 6. *tit.* 2. *P.* 4. Y aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede tambien manifestar suficientemente por señales, y de este modo pueden casarse los mudos, *l.* 5. *d. tit.* 2. Y por cuanto el error es contrario del consentimiento faltará este, y por ello el matrimonio, si uno de los contrayentes errase en la persona del otro, pero no si errara en la calidad ó fortuna del otro, y no en la persona; *l.* 10. *tit.* 2. Y adviértase ser tan necesario el consentimiento y que sea libre, que si se le sacase á alguno de los que contraen con miedo ó fuerza que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio, *l.* 15. *de d. tit.* 2. que pone varios ejem-

plos (1), aunque los demas contratos valen, bien que puede pedirse que se rescindan, *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. y en su *glosa* 1. Greg. Lop. Y en proteccion de este libre consentimiento manda la *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Que si acaeciere que por importunidad diese el Rey carta ó mandamiento para que una muger haya de casar con alguno contra su voluntad y sin su consentimiento, no valga. Y la *siguiente* 3. *del mismo título*: Que ningun Grande, ni personas que tengan vasallos apremien á ninguna dueña ni doncella á que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni asimismo apremien á los padres y madres de las tales mugeres para que se hagan los tales casamientos.

12 Ha de tener el varon 14 años y la muger 12 para que puedan celebrar válidamente este contrato, á no ser que estuviesen tan cercanos á esta edad que tuvieran proporcion para juntarse carnalmente, porque la sabiduría y poder para hacerlo suple la mengua de edad, *l.* 6. *tit.* 1. *P.* 4. y como suele decirse la malicia suple la edad. Y asimismo no ha de ocurrir alguno de aquellos impedimentos que los Teólogos llaman dirimentes: los cuales se refieren en la *ley* 13. *y siguientes de d. tit.* 2. *P.* 4. A estos pertenecen el error y la fuerza de que acabamos de hablar. Por lo que toca á los restantes trataremos con alguna extension del que nace de la cognacion ó parentesco, digno de que todos lo sepan, por ser de uso muy frecuente, al paso que el de los demas es rarísimo, y casi toda su constitucion y orígen es canónica; y por ello los notaremos aqui brevísimamente, remitiendo á los que desean mas extension á los Teólogos, que para facilitar su memoria los comprenden en aquellos versos latinos:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,

(1) L. 14. C. de rit. nupt.

Si Parochi, & duplicis desit præsentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti redita tutæ.

El parentesco ó consanguinidad es: *Atenencia ó aligamiento de personas departidas que descienden de una raiz*, segun la *l.* 1. *tit.* 6. *P.* 4. que explica esta definicion. Si se habla con rigor solo son dos sus especies; pero por varias razones y respetos se extienden tambien á las que llamamos meramente civil, y á la espiritual, y asi son cuatro los parentescos, á saber: meramente natural, meramente civil, mezclado de natural y civil, y espiritual. Meramente natural es el que nace de ilícito ayuntamiento, al que pertenecen todos los que han nacido fuera de legítimo matrimonio. Meramente civil el que se contrae por la adopcion. Mezclado el que viene de legítimo matrimonio porque concurren en él la naturaleza y la aprobacion de la ley. Y espiritual el que se contrae por el Bautismo ó Confirmacion.

13 En el parentesco hay líneas y grados, cuya noticia es necesaria para regular los casamientos y las sucesiones. Linea es: *Ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras como cadena descendiendo de una raiz.* O es recta entre personas que una viene de otra, y se subdivide en de ascendientes que sube, en la que estan el padre, abuelo, bisabuelo y dende arriba; ó de descendientes en que se baja, como hijo, nieto, biznieto, y de ahí abajo. Y la otra de travieso ó trasversal, que tambien se llama lateral ó colateral. Esta empieza en los hermanos y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de travieso, porque de los que estan en ella no desciende uno de otro, aunque todos nacen de una misma raiz ó tronco, *l.* 2. *d. tit.* 6. Le llamamos tronco por la semejanza con el de los árboles, pues asi como de este nacen todas las ramas de los árboles, sucede lo mismo en el parentesco; y de ahí es que llamamos tambien árbol de parentesco al tronco de que tratamos con sus ramas.

14 Grado no es otra cosa que un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro. En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan ó numeran de una misma manera el derecho civil y canónico, esto es, salen en ellos los mismos grados, ó bien diciendo que son tantos estos como las generaciones, ó tantos como las personas quitando una. Asi pues, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, la una de su abuelo que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas son estas tres, y quitando una quedan dos. Pero en contarlos en la línea trasversal hay notabilísima diferencia entre los dos derechos; porque segun la computacion civil se sube al tronco desde el uno, y despues se baja hasta el otro; y por ello no hay primer grado en esta línea, que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y bajada de otra manera. Los hermanos pues de donde empieza esta línea distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano: y segun la computacion canónica solo se sube, y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado. Y adviértase para la mas completa inteligencia de esta línea lateral que puede ser igual ó desigual. En aquella estan los que distan igualmente de su comun tronco, como dos hermanos ó dos primos hermanos; y en la desigualdad el uno dista mas que el otro, como tio y sobrino, y entonces se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta pues, cuántos grados distan Pedro y María hija de su hermano Juan, responderemos que dos, porque de María á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo comun tronco de los dos se sube otro. Segun el derecho civil distan tres grados, porque despues de haber subido al tronco se ha de bajar hasta Pedro. La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, *l.* 3. *l.* 4. *d. tit.* 6. *P.* 4.

15 Del parentesco es una especie de imágen la cuñadez, á la que solemos llamar afinidad de la palabra latina *affinitas*, y es: *Alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger*, *l. 5. d. tit. 6.* Nace del ayuntamiento carnal del varon y la muger, sea ó no lícito. Por él, los parientes del varon se hacen cuñados de la muger, y los parientes de la muger cuñados del marido en aquel grado en que son parientes, *d. l. 5.* y tambien produce impedimento para el matrimonio. Y asimismo le produce la cognacion civil que nace de la adopcion, en los términos que explica *la l. 7. tit. 7. P. 4.*, la que llaman espiritual que nace del Bautismo y de la Confirmacion: y el matrimonio rato: y los esponsales válidos. Aunque *d. l. 5.* llama cuñados de la muger á todos los parientes ó cognados del marido, y al contrario; con todo por el uso comun de hablar, solo llamamos cuñados de la muger á los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la muger: y si dos hermanos se casan con dos hermanas, los decimos concuñados.

16 En España reconociendo y respetando como á sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas decimos que es impedimento para que sea válido, el parentesco natural ó consanguinidad siempre sin limitacion de grados, si es en la línea recta, y por eso suele decirse que si Adan viviese viudo, no se podria casar con ninguna por ser todas descendientes suyas. En la trasversal se extiende hasta el cuarto grado inclusive, como suele decirse: lo que tambien sucede en la afinidad si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado y los esponsales válidos producen el impedimento llamado de pública honestidad, que en aquel llega al cuarto grado, y en estos solo al primero. Y últimamente por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por

otra; y lo mismo sucede en la confirmacion. Véase el Concilio Tridentino, *ses.* 24. *de reform. matr. cap.* 2. *y siguientes.*

17 Es tambien impedimento de esta clase ó dirimente la condicion que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, *l.* 5. *tit.* 4. *P.* 4. que pone los ejemplos. Las otras condiciones torpes que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas y no vician el matrimonio, *l.* 6. *d. tit.* 4. Lo es asimismo el voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los Religiosos profesando, y los Clérigos ordenándose de Epístola, *l.* 11. *l.* 16. *tit.* 2. *P.* 4. Y el delito de homicidio del cónyuge ó adulterio, en los términos que lo explican los Teologos y se expresa en la *ley* 19. *d. tit.* 2. Y tambien lo es la disparidad del culto, esto es, si el uno fuese católico y el otro infiel, *l.* 15. *d. tit.* 2. *P.* 4. Y lo son tambien el rapto y la impotencia de procrear, *ll.* 14. *y* 16. *d. tit.* 2. y la clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del Concilio de Trento en la *ses.* 24. *de reform. matr. cap.* 1. en donde declaro nulos los que llamamos clandestinos, esto es, se contraen sin la asistencia del propio párroco ú otro Sacerdote con su licencia, ó del Ordinario y dos ó tres testigos. Y ademas en nuestra España todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino, y los que intervienen en él se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos Reinos; y es causa de desheredacion, como todo lo establece la *ley* 5. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

18 A esto se reduce lo que hemos tenido por oportuno notar aqui en cuanto á la constitucion del matrimonio y su valor. Hablemos ahora de paso de su disolucion ó divorcio, llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*, y no es otra cosa que separacion entre el marido y la muger. Esta puede ser en cuanto al vínculo matrimonial, o solamente en cuanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum.* El matrimonio consu-

mado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, *l. 2. l. 5. tit.* 10. *P.* 4. pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos, *l. 5. tit.* 10. *P.* 4. El divorcio ó separacion, en cuanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro y otras causas.

19 Pasemos ahora á los efectos civiles del matrimonio, cuyo conocimiento es peculiar y privativo de los Jueces seculares; y habiendo dicho antes ser uno de ellos el poder que tienen los padres sobre sus hijos, decimos ahora ser el mas famoso en España la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que ganare cada uno de ellos durante el matrimonio: la que no conocieron las leyes Romanas. Este asunto ocupa todo *el título* 4. *del lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tiene once leyes, cuyas doctrinas, y lo que contemplemos deberse decir sobre ellas, vamos á notar. Ante todas las cosas debe tenerse presente, que los bienes que han marido y muger son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, como expresamente lo dice la *ley* 4. *de d. tit.* 4. aprobando la costumbre que antes habia de hacerse así. Se presumen pues comunes, si no se probare lo contrario. Y por ello, para obviar dificultades y perjuicios aconsejan Gomez en la *ley 53. de Toro n.* 70. y otros Autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por lo que conste qué bienes tenia entonces cada uno de los contrayentes.

20 Como la comunion de bienes entre los cónyuges nace del matrimonio, y dura mientras éste por beneficio de la ley, debe decirse, que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos algo diferente de las demas sociedades regulares como veremos. La *l.* 1. *de d. tit.* 4. parece exigir para que exista esta sociedad la cohabitacion de los cónyuges, por aquellas palabras *estando de consuno, ó como* dice *la ley* 205. *del Estilo*, hablando

del marido, *estando en uno con su muger*. Y si esto fuese asi deberia decirse, que cesaba esta sociedad y comunion de bienes por la larga separacion de los cónyuges, como por ejemplo, si el marido partia á la América y se detenia allí algun tiempo para comerciar. Pero lo contrario sientan nuestros Autores Acevedo, Matienzo, García, fundados en que la *ley 5. del mismo tit. 4.* declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, dice, *durante el matrimonio*: cuyas palabras puestas en declaracion de las arriba citadas hacen ver, que estas no deben tomarse con estrechez, sí que solo significan que debe permanecer entre los cónyuges la union que abrazaron por el matrimonio. Y en el caso de que por divorcio viviesen separados los cónyuges, juzgan los mismos Autores, que aquel que dió causa al divorcio libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la calidad ó maliciosa renunciacion de la sociedad establecida por contrato. Y hay tambien dos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad, cuales son, si la muger hubiere renunciado á ella, *l. 9. d. tit. 4.* y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, *l. 10. del mismo tit. 4.* en el cual dura la sociedad hasta la sentencia declaratoria de la confiscacion, quedando al cónyuge inocente entera la mitad de los bienes ganados hasta entonces. Y pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido la muger que siendo viuda viviere lujuriosamente, *l. 5. d. tit. 4.*

21 Piensan por lo comun nuestros intérpretes, que en el caso de que muerto un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunion de bienes con el supérstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero siempre nos ha parecido mejor la contraria opinion de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. I. Que disuelto el matrimonio cesa la razon que la introdujo. II. Que siendo esta sociedad especial, que se desvia algo de las demas sociedades regulares, es de estrecha interpretacion y no debe ampliarse. III. Que no

viniendo esta sociedad de la convencion ó voluntad de las partes como las otras, sino de la sola ley, es arriesgado extenderla presumiéndola renovada á pretexto de un tácito consentimiento. Creemos pues, que en el caso de la cuestion no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino contraida otra nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de esta, como veremos tratando del contrato de sociedad; la cual puede contraerse tácitamente, como allí diremos.

22 No son objetos de esta sociedad los bienes que tenian los cónyuges antes de contraer el matrimonio; pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran antes, *l. 3. d. tit. 4.* Ni tampoco las herencias ni donaciones que se hicieren al marido ó á la muger, que solo las gana para sí aquel á quien se dejaren ó dieren, *l. 5. d. tit. 4.* Ni los bienes castrenses y oficios Reales, si no es que fueren ganados á costa comunal de ambos, *d. l. 5. lib. 2. d. tit. 4.* Y lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, esto es, que las adquiere solo el donatario, si se le hicieron en contemplacion de servicios propios suyos; y que entran en la compañía si fueron hechas por servicios de los dos, como lo prueba Gutier. *pract. quæst. 119.* García *de conjug. ac quæst. n. 125.* quiere que indistintamente pertenezcan á la sociedad; y al contrario que nunca, Matienzo *en d. l. 2. glos. 6.* cuya opinion se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley es expedita.

23 Pertenecen pues solamente á esta sociedad aquellos bienes que cualquiera de los cónyuges ha comprado ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, *l. 1. d. tit. 4.* y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dejan una herencia, será esta de él solo; pero los frutos que ella produjere de los dos, *d. l. 3. y 5. d. tit. 4.* de cuyas leyes infiere Gutierrez, Acevedo y otros, que los estipendios

y salarios, que gana el marido, Juez, Abogado ó Médico, son comunes entre marido y muger, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun *d. l.* 5. pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios. Y adviértase, que no solo entran en esta sociedad los frutos percibidos, sino tambien los pendientes. En los árboles y viñas es menester que aparezcan; pero en cuanto á sembrados entran hasta las impensas hechas en barbechar para sembrar, como lo dispone la *ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real*, recibida en la práctica, segun Matienzo en la *d. l.* 3. *glos.* 1. y Gomez en la 53. *de Toro n.* 71. Y asimismo pertenecerán á esta sociedad y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos, que provengan de su industria ó trabajos; pero no aquellos que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo, porque estos siguen en un todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumentos; y lo mismo sucederá en cualquier aumento natural, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina, que admiten como cierta nuestros autores, Covarrubias, Gomez, Matienzo, el aumento que tuvo en el año de 1779, *que es la ley* 18. *tit.* 17. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* la moneda de oro fue del dueño de ella tan solamente. Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo suyo, plantado viñas ó árboles, no tendrá la muger derecho á porcion alguna del campo, ni á la mitad de lo que mas vale el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarle, como lo prueba bien Febrero en sus *cinco juicios*, *lib.* 1. *c.* 4. §. 3. *n.* 74. Y por la mismo será tambien todo el campo de la muger si fuere suyo. Ni tampoco tiene derecho á las mejoras hechas en las cosas de Mayorazgos, porque todas ceden al mismo mayorazgo, como veremos en el *lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 33. Si uno de los cónyuges adquiriere alguna cosa por derecho de retrato, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos de retrato; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó, Mo-

lin. *de just. et jur. disp.* 433. Gom. en la *ley* 70. *de Toro, n.* 28. Será asimismo de solo el conyuge permutante la cosa que adquirió dando en permuta otra suya, porque aquella subrogada en lugar de esta, se juzgará una misma con ella. Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas, si las dió el permutante; porque en cuanto á ellas hubo adquisicion. Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo de los conyuges, será comun con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí el precio que dio por ella, *l.* 11. *tit.* 4. *lib.* 3. *del fuero real.* Molin. en *d. l. disp.* 433. Gutier. *lib.* 2. *pract. quaest.* 117. Matienz. en la *ley.* 1. *tit.* 4. *lib.* 1. *de la Nov. Rec. glos.* 2.

24 El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar *gananciales*, es comun por mitad del marido y la muger, *l.* 1. *y* 4. *d. tit.* 4. sin atenderse á que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *l.* 3. *d. tit.* 4. Y prueba latamente Matienzo que esta comunion de bienes se entiende en cuanto al dominio y á la posesion. Pero advierten Covarrubias y Acevedo, que el dominio y posesion en cuanto á la muger son *in habitu*, y no *in actu*, como suele decirse, pasando al acto por la disolucion del matrimonio, y que solo el marido le tiene durante este *in actu*; y de ahí viene, que solo él puede enagenar estos bienes mientras durare el matrimonio, sin el consentimiento de la muger, valiendo la enagenacion, si no es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudar ó perjudicar á la muger, *d. l.* 5. *tit.* 4. Y por cuanto *esta ley*, para que no valga la enagenacion, exige expresamente este mal ánimo, alli: *Por defraudar ó damnificar á la muger*, convienen casi todos nuestros Intérpretes, ser válidas las enagenaciones, que sin este ánimo hiciese el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gomez, Gutierrez, García *de conjug. acq. n.* 66. en donde responde á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera; y se sueltan bien con lo que acabamos de de-

cir. Y si bajo la potestad de enagenar que compete al marido, se comprende la de dar, lo disputan nuestros Autores, afirmándolo Antonio Gomez con otros y negándolo otros con Matienzo. En cuya cuestion nos parece bien la media sentencia que defiende Molina *de Hispan. primog. lib. 2. cap.* 10. Gutierrez *lib. 2. pract. quæst.* 121. de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas y sin causa que disipan el patrimonio.

25 Esta potestad de enagenar que concede la ley al marido está limitada á las enagenaciones entre vivos, como rectamente advierte Azevedo, fundado en las palabras de la misma *ley* 5. alli: *Que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio*; y mas abajo: *y que el contrato de enagemiento vala.* No puede mas el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales que pertenecen á la muger; sí que por lo contrario disuelto el matrimonio por la muerte del marido, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus demas bienes libres, sin obligacion de reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido antes, como expresamente lo establece la *ley 6. de d. tit.* 4. y en su consecuencia si el marido legare algo á su muger, esta tendrá el legado, sin diminucion de la mitad, *l.* 8. *d. tit.* 4.

26 Puede la muger renunciar el derecho que tiene á la mitad de los gananciales; y si lo hiciere no es obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio, *l.* 9. *d. tit.* 4. Que pueda hacer esta renuncia antes y despues del matrimonio ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este consta, hay diversidad de opiniones. La mas comun que defienden el Sr. Covar. *de matrim. par. 2. cap. 7. n.* 14. Ant. Gom. en la *ley* 60. *de Toro* (*d. l.* 9.) Gutier. *lib. 2. prac. quæst.* 126. Matien. y otros muchos, es que tambien puede hacerla entonces, porque ademas de hablar la

ley generalmente, usa de las palabras: *Marido*, *Muger*, que propiamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Azevedo en *d. l.* 9. y satisfacen lo que siguiendo la contraria dicen Greg. Lop. en la *glos.* 3. *de la l.* 5. *tit.* 11. *P.* 4. y Molin. *de just. et jur. disp.* 435. que las donaciones entre marido y muger estan prohibidas, diciendo no estarlo aquellas en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario que aqui es el marido, se haga mas rico, como lo expresa *d. l.* 5. *tit.* 11. Y porque el dominio que adquiere la muger no es irrevocable, sino revocable dependiente de la enagenacion que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas no adquirir que dar, como prueba Gom. *d. l.* 60. inclinamos algo mas á esta opinion afirmativa; pero debemos confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables; y juzgamos que cuando ocurra el caso debe decidirlo el Juez por la negativa, si hallare por el exámen del hecho que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenazas ó qualquiera otro engaño de parte del marido, y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

27 En toda sociedad para liquidar las ganancias se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio: de ahí viene que las dotes y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente cuando ambos cónyuges prometieren dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien cuando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios lo que faltare, si prometieron los dos; pero solo el marido, si él solo hubiese hecho la promesa, *l.* 4. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Cuya sentencia *de esta ley* la extienden nuestros Intérpretes al caso, en que muerto el un cónyuge, lo prometiese el supérstite; y con razon, porque estas dotes y donaciones siempre son carga de esta sociedad, que disminuyen

sus ganancias, Azevedo, Matienzo, Covarrubias. Gomez en la *ley 53. de Toro* sienten lo contrario con razones que se sueltan bien por lo que acabamos de decir.

28 Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de los maridos, relativos á sus mugeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y en la 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* cuales son: I. Que ninguna muger pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l.* 10. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (54. *de Toro.*) II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él: ni hacer cuasi contratos: ni estar en juicio haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *l.* 11. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (55. *de Toro*). III. Que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y que si el marido se la diere valga todo lo que su muger hiciere por virtud de la dicha licencia, *l.* 12. *d. tit.* 1. (56. *de Toro*). IV. Que el marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, ahora sea la ratificacion general ó especial, *l.* 14. *d. tit.* 1. (58. *de Toro.*) Y adviértase en complemento de este asunto: Que el Juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido que dé licencia á su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el Juez se la puede dar, *l.* 13. *d. tit.* 1. (57. *de Toro*): Y que asimismo la pueda dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente y no se esperare de próximo su venida, ó correr peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho de licencia del Juez, como si el marido la hubiera dado, *l.* 15. *d. tit.* 1. (59. *de Toro*). V. Que el marido en entrando en los 18 años pueda administrar su hacienda y la de su muger, si fuere menor de edad, *l.* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

29 En vista de esta *l.* 14. establecida en el año 1623 han suscitado los Intérpretes las siguientes cuestiones. I. Si los casados de 18 años conservarán hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte. III. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. IV. Si podrán enagenar sus bienes raices, sin decreto del Juez. En las cuatro nos parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert.* 5. resuelve afirmativamente las dos primeras y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razon sólida general, extensiva á las cuatro, á saber: que por haberse establecido *esta l.* para favorecer á los casados, debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda. Y quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 18 años de su curador que tuviese antes, como lo prueba bien el mismo en *d. disert.* 5. *n.* 2. y en la 6. *n.* 43. manifestando cuán útil le es.

30 Esta misma *ley* 7. que concede la facultad de que acabamos de hablar, hace tambien otras concesiones expresando hacerlas todas para facilitar la frecuencia del matrimonio, del cual deben considerarse frutos, y por ello les anotaremos aqui. Son: I. Que los cuatro años siguientes al dia en que uno se casare sea libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros. II. Que los dos primeros años de estos cuatro, sean libres de todos los pechos Reales y Concegiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en su *Diccionario histórico y forense del derecho Real de España* explica lo que es moneda forera; y añade haberse extinguido este tributo en el año 1724, y Retes en el *lib.* 7. *cap.* 4. *de sus opúsculos*, latamente *dicha ley* 7. Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razon de tener alguno muchos hijos: pero de estos nos parece mas oportuno tratar cuando hablemos de las excusas de la tutela y curadoría.

31 Y es tambien efecto civil del matrimonio el que pueda ser desheredado el que lo contrae contra la prohibicion de la famosa pragmática del año 1776 de que hemos hablado arriba *nn.* 3. y 4.

TITULO V.

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

Tit. 11. P. 4. Tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea dote, y cuándo puede constituirse.*
2. *Division de la dote, en adventicia y profecticia.*
3. 4. *y* 5. *Division de la dote en estimada é inestimada.*
6. *Cuándo se dan en dote ganados, ó cosas que constan de peso, número y medida.*
7. 8. *y* 9. *Division de la dote en necesaria y voluntaria.*
10. *Cantidad y tasa de las dotes.*
11. *De los frutos de las dotes.*
12. *Cuándo puede enagenarse la dote.*
13. *y* 14. *Cuándo puede restituirse la dote.*
15. *De los bienes extradotales ó parafernales.*
16. *y siguientes. De las otras donaciones entre marido y muger, ó entre esposos.*

1 Como apenas hay matrimonios sin dote, y son tambien muy frecuentes en ellos las donaciones y arras, el tratar de esto debe considerarse como apéndice del tratado del matrimonio; y por ello nos ha parecido conveniente hablar aqui de este asunto. Dote es: *El algo que da la muger al marido por razon del casamiento, l.* 1. *tit.* 11.

(1) Tit. 3. et seq. lib. 23. et tit. 1. et seqq. lib. 24. Digest.

P. 4. esto es, donacion, ó á manera de donacion que la muger ú otro por ella da al marido para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la muger; y tanto antes de contraerse el matrimonio como despues de contraido, puede constituirse y aumentarse, *d. l.* 1.

2 Se divide en primer lugar la dote en adventicia ó profecticia. Es adventicia: *La que da la muger por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre ó algun otro su pariente, que no sea de la línea derecha, ó algun extraño.* Profecticia se llama: *La que sale de los bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros, que suben por la línea derecha.* Asi las explica la *ley* 2. *de d. tit.* 11. Y adviértase con Gregorio Lopez, que en la definicion de la profecticia, por línea derecha se entiende la varonil ó paterna, como en el derecho Romano lo explicó la glosa, comentando la *ley* 5. *de jure dotium*, que habló en los mismos términos. Ahora, que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el efecto de esta division, solo es que cuando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos, y si la madre, en la de los maternos. Si la da un tercero ó la constituye la misma muger, se hace por la restitucion propia de ella; sin respeto ni limitacion alguna sino es que dándola alguno que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion, que deberia guardarse, *l.* 30. *d. tit.* 11. *al fin.*

3 En segundo lugar se divide la dote en apreciada ó estimada, y no apreciada ó inestimada. Estimada será si el que la da dijese, doy en dote tal casa, ó tal viña, y la aprecio en cien pesos; é inestimada, si simplemente dijere, doy tal casa ó tal viña, *l.* 16. *d. tit.* 11. El modo ordinario de darse las dotes en el dia, es diciendo, doy en dote mil pesos, en los bienes siguientes: en tal pieza de ropa justipreciada en 50 pesos, en tal en 40, en tal casa en 500 y tal campo en 410, y cuando asi se hace no hay duda que es estimada, porque lo que se da es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo al cumplimiento,

ó ejecucion de lo que se da. A las veces se expresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, como luego veremos.

4 El dominio de las cosas dotales pasa al marido, sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, *l. 7. d. tit.* 11. Pero llegado el caso de haberse de restituir por la disolucion del matrimonio, ó alguna otra causa, la hay muy grande. Porque si fue inestimada, se deben restituir las mismas cosas que se dieron; y el pro ó daño de haberse mejorado ó empeorado pertenece á la muger; cuando por lo contrario es del marido, si hubiese sido estimada, *l.* 18. *d. tit.* 11. El derecho de los Romanos, que estableció lo mismo, señaló la razon en este segundo caso en la *ley* 10. §. 4. *y sig. de jur. dot.* de que en él hay verdadera vendicion; es decir, que la muger vende al marido las cosas que da en dote; y de consiguiente el marido solo es deudor del precio ó estimacion que se da á las cosas, y por lo mismo le pertenece al aumento, disminucion ó extincion de ellas. Esta razon la aprueban y siguen nuestros Intérpretes; y por cuanto alguna vez se da á las cosas dotales estimacion, sin ánimo de que resulte vendicion; sí solo con el fin de que conste de su valor para saberse cuánto debe restituir el marido, si debiendo restituirlas en especie no puede hacerlo por culpa suya, examina latamente el Señor Covarrubias en el *cap.* 28. *de sus cuestiones prácticas*; distinguiendo en muchos casos, cuando la estimacion hace ó no hace vendicion: y cuando no la hace se reputa la dote inestimada, y se sigue en su restitucion la regla de las inestimadas que acabamos de sentar, de que deben restituirse las mismas cosas; y han de abonarse al marido las impensas que en ellas hubiese hecho en cuanto las mejora, haciéndolas de mayor renta: pero no las voluntarias que no sirvieron de mejorarlas, *l.* 32. *d. tit.* 11. *P.* 4. Pero si en el matrimonio hubiere ganancias, deberán gobernarse las ganancias ó mejoras que proceden de las impensas que hizo el marido, por lo que dijimos en el *título antecedente n.* 22.

5 Sucede algunas veces que estimándose las cosas dotales en la constitucion del dote, se pacta deberse restituir, ó las cosas mismas ó su estimacion. Si asi se hiciere, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la muger, seria suyo, perteneciéndole las mejoras ó detrimento de las cosas si las escogia; y lo mismo debe decirse si al marido se le hubiese dado la eleccion y escogiere restituir las cosas, *l.* 18. *l.* 19. *d. tit.* 11., lo que tambien se debe guardar, si establecida la alternativa á ninguno de los cónyuges se dió la facultad de escoger; porque entonces tambien seria del marido el derecho de escoger, como advierte Gregor. Lop. en la *glos. 7. de l.* 18. porque la eleccion es del deudor; que lo es aqui el marido (1). Pero si siendo la eleccion de la muger, escogiese la estimacion, ó siendo del marido no quisiere dar las cosas, es claro y lo comprueba el contexto de estas *dos leyes*, que el pro ó el daño seria de este: de suerte que en todos los casos el daño ó pro de las cosas dotales es de aquel cónyuge en quien paran por eleccion suya ó del otro. Y adviértase, como cosa singular en el particular de estimacion de dotes, que si se sintiere engañado alguno de los cónyuges por haber sido mas alta ó baja de lo que correspondia, puede siempre pedir que se le resarza el perjuicio y deshaga el engaño, sea cual fuere, cuando en las ventas regulares solo compete este beneficio siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, *l.* 16. *de tit.* 11. (2).

6 Si se hubiere dado en dote ganados no apreciados, el pro ó daño acaecido en ellos seria de la muger, por lo que hemos dicho arriba *n.* 4. Pero se debe advertir que si muriesen algunas reses, ha de restituir el marido otras tantas en lugar de ellas, nacidas de las que le dieron, *l.* 21. *d. tit.* 11. Si lo dado fuese cosa que consta de peso, número ó medida, esto es, que de esta manera está en el comercio y uso de los hombres, de-

(1) L. 10. § ult. de jur. dot. (2) L. 6. § ult. l. 22. §. 1. cod.

be el marido restituir otro igual tanto de la misma calidad, *d. l.* 21. (1).

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

8 Y tambien pueden ser apremiados el abuelo y el bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta que tuvieren en su poder, si fuese pobre. Asi lo dispuso la *citada ley* 8. *de d. tit.* 11. *P.* 4. en tiempo en que los hijos no salian por casarse de la patria potestad, y por ellos se veía con frecuencia estar los nietos en la potestad de los abuelos, en los mismos términos en que lo prevenian las leyes Romanas. Pero como salen en el dia, segun dijimos arriba, por derecho mas reciente establecido en la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* juzga con razon Gregor. Lop. en la *glosa* 4. *de d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 4. que tendrá hoy lugar la obligacion de dotar en los padres y abuelos paternos sin el requisito de la patria potestad. Y del mismo dictámen es el Señor Covarrubias, puesto que en la *part.* 2. *de matrim. cap.* 8. §. 6. *n.* 15. defiende estar obligado el padre á dotar á la

(1) L. 42. cod.

hija natural y aun á la espuria, bien que sin exceder los límites de lo que le puede dejar; y en estas es bien seguro no tener patria potestad. Creemos que el haberse hecho mencion de la tal potestad en *d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 4. fue porque entonces era regular concurrir esta circunstancia; pues si bien se considera, es mas natural que civil la causa de esta obligacion en el padre, como reconocen todos los Autores, y abiertamente Covarrubias en el *lugar citado.*

9 Dijimos en el *n.* 7. ser voluntaria la dote que la madre da á su hija, porque lo hace por su voluntad sin poder ser apremiada á ello, como se dice en las *leyes* 8. *y* 9. *d. tit.* 11. *P.* 4. Solo un caso se pone en esta *ley* 9. en que está obligada á darla, y es cuando es Hereja, Judia ó Mora, y la hija Cristiana católica. Otro señalan algunos Autores, cuando la madre es rica y el padre pobre, ó no se sabe quién es el padre. Asi lo dictan la equidad y pública utilidad: mas no hemos podido hallar ley que lo apoye. Pero observamos que *d. l.* 9. manda expresamente que cualquier hombre que tenga en su poder ó guarda alguna manceba con todo lo suyo, que fuese ya en edad para casar, puede ser apremiado que la case y que le establezca dote segun fuese la riqueza de ella y la nobleza de aquel con quien la casa.

10 La cantidad de la dote debe regularse por la de los bienes ó riquezas del padre; y asi está tasada en las *leyes* 5. *y* 6. *tit.* 2. *y* 28. *lib.* 10. *y* 12. *de la Nov. Rec.* Y hay ademas otra tasa en *dicha ley* 5., y es que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.

11 El efecto de la dote entregada es como dijimos arriba *n.* 4. que pase su dominio al marido, efectuado el matrimonio, y en su consecuencia le pertenecen todos sus frutos, haya sido ó no estimada la dote, *l.* 25. *d.*

tit. 11. *P.* 4. Pero los que percibiere antes de efectuarse el matrimonio, son aumento de la dote, y de consiguiente los debe restituir cuando restituya la dote, como parte que son de ella. Y es clara la razon de la diferencia de sostener el marido las cargas del matrimonio contraido este y no antes, cesando por ello en este caso la causa porque se le dan, *l.* 18. *l.* 28. *d. tit.* 11. (1). Le pertenecen tambien por la misma razon las crias de los ganados, como fruto que son de ellos; bien que con la obligacion que notamos *arriba n.* 6. Y los frutos del año en que se disuelve ó separa el matrimonio, se deben partir prorata entre marido y muger ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio y por razon del restante tiempo del año de la muger, sin respeto alguno de que estén ó no percibidos, *l.* 26. *d. tit.* 11. (2). Y adviértase que esta doctrina que acabamos de sentar sobre pertenencia de frutos percibidos, constante el matrimonio, debe entenderse sin perjuicio de lo que dijimos sobre bienes gananciales en el *título antecedente*, *n.* 21.

12 Puede el marido enagenar como quisiere la dote estimada, porque la hizo suya por título de compra, con sola la obligacion de restituir el precio en que fue estimada. Y al contrario no puede enagenar la inestimada por haberla de restituir en los mismos bienes que recibió, *l.* 7. *d. tit.* 11. Y si la muger enagenase ú obligase estos bienes inestimados con licencia de su marido (vimos en el título antecedente *n.* 27. no poderlo hacer de otra manera), está recibido por costumbre que se rescindan estas enagenaciones y obligaciones, en cuanto consumen la mayor parte de la dote para no quedar indotada en perjuicio de la pública utilidad. Y para computar si á la muger le queda ó no salva la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enagenaciones, co-

(1) L. 20. C. de jur. dot. (2) L. 7. §. 1. cum seq. solut. matrim. l. un. §. 9. C. de rei uxor. act.

mo lo prueban Larrea *alegac.* 28. y Salgado en *sudaberinto part.* 2. *cap.* 4. en donde examina algunas cuestioncillas en este particular, como tambien Castro en sus *Discursos críticos sobre las leyes lib.* 4. *disc.* 6. *exemp.* 3. Pero no podemos dejar de acordar no observarse esta útil costumbre cuando la muger jura ser su voluntad que valgan estas enagenaciones, como puede verse en Gutier. *de juram. confirm. cap.* 1. y en Larrea *alegac.* 35. *n.* 26. Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendremos de que no se establezca una ley que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio, en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.

13 Debe restituirse la dote cuando se disuelve el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, con la diferencia de haberse de restituir desde luego si los bienes dotales fuesen raices, y dentro de un año si fuesen muebles, *l.* 31. *d. tit.* 11. *P.* 4. (1). Pero hay tres casos referidos en la *ley* 23. *del mismo título*, en que cesa esta obligacion de restituir, á saber: I. Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí, que muerto uno de ellos sin hijos quedase del otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la muger. II. Si la muger cometiese adulterio. III. Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote si muriere la muger. Y añade la misma ley quedarse en estos casos el marido con la dote si no hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere, pertenecerá á ellos la propiedad y á su padre ó madre que viviere el usufructo. Y si la muger muriese sin hijos, pero dejando padres, perteneceria á estos la dote, como herederos forzosos que son de ella. Y adviértase que lo que dice esta ley de no haber en estos obligacion en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la muger, que tampoco la obliga á la

(1) L. un. C. de rei uxor. act.

restitucion, con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio solo habla de cuando lo cometiere la muger; pero Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 23. funda ser lo mismo si lo cometiere el marido.

14 Ademas del caso de la muerte de uno de los cónyuges lo es tambien de restitucion de dote el de divorcio, *l.* 26. *l.* 31. *de d. tit.* 11. *P.* 4. porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, *l.* 7. *l.* 25. *de d. tit.* Y otro circunstanciado se propone en la *ley* 29 *del mismo título*: la cual establece, que si la muger entendiere que su marido por su culpa viene á pobreza, y temiere que le malgastará su dote, puede pedir en juicio que se la restituya ó que dé fiador de que no la enagenará, ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien, y recoja los frutos para mantener á los mismos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio Lopez en la *glosa* 4. *de d. l.* 29. que si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedérsele la administracion de la dote. Pero si el marido teniendo buena conducta y cuidado en administrar la dote viniere á pobreza por alguna ocasion, quiere la misma *ley* 29. que no pueda la muger pedir la dote.

15 Tiene la muger á las veces otros bienes ademas de la dote, que se llaman extradotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo explica la *ley* 17. *de d. tit.* 11. que tambien dice pertenecer su dominio al marido mientras dura el matrimonio, si la muger se los dió con esta intencion; pero no dándoselos ó no constando de esta intencion, permanecen en el de la muger. Y por derecho mas reciente que estableció la *ley* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se le concede al marido que haya entrado en los 18 años la administracion de estos bienes sin que necesite obtener dispensa de edad, como dijimos en el *tit. antecedente*, *n.* 27. Por lo tocante á estos bienes parafernales tiene la muger el mismo privilegio que en los dotales, de estar hipotecados para su

restitucion todos los bienes del marido, aunque no se constituya expresamente la hipoteca, por solo el beneficio de la ley, *d. l.* 17. Del privilegio de esta hipoteca, respecto de otras, trataremos en lugar mas oportuno: como tambien del privilegio de competencia que tienen los cónyuges, y de lo que corresponde cuando se quita la dote por eviccion.

16 Hasta aqui hemos tratado de lo que se da al marido á nombre ó cuenta de la muger: hablemos ahora de lo que recibe la muger á cuenta ó nombre del marido. Las leyes de las partidas, á imitacion de las Romanas, reconocieron la donacion que estas llamaron *propter nuptias*, diciendo que en España se llamaban propiamente *arras*, y era la donacion que da el marido á la muger por razon de casamiento, *l.* 1. *d. tit.* 11. *P.* 4. Y segun la *l.* 23. *del mismo título*, quisieron, como las Romanas, se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes, y la misma imitacion persuade la *ley* 7. *del propio título.* Pero ya observó Antonio Gomez en la *ley* 50. *de Toro n.* 11. no estar en uso en España ni en otras partes estas donaciones *propter nuptias*, y al *n.* 12. que se diferencia mucho de ellas, lo que ahora llamamos *arras*, como luego veremos.

17 Otras donaciones conocieron los Romanos bajo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código *sponsalibus, et arrhis sponsalitiis.* Las nuestras las han adoptado, con la añadidura de haberles puesto tasa. Se hacen antes de celebrarse el matrimonio, y casi siempre por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen francamente sin expresarse en ellas condicion alguna; con todo si deja de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla. Mas si acaeciese por ventura ó casualidad no cumplirse el matrimonio, debe distinguirse diciendo, que si muriese el esposo sin haber intervenido ósculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió; pero sola la mitad si intervino: y si la esposa fuese la que dió, lo recobra todo

l. 3. tit. 41. P. 4. l. 3. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (1). Estas donaciones suelen hacerse en joyas y vestidos preciosos; y no pueden exceder la octava parte de la dote, *ll. 6. y 7. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec.*, y añade esta misma *l. 7.* que el exceso, si le hubiere, debe aplicarse á la Cámara del Rey, haciendo una pintura tan viva de lo ruinosos que son al estado estos excesos, que no puede leerse sin llorar. Pero á pesar de ser tan útil é importante esta prohibicion, la vemos continuamente despreciada, y efectivos los grandes perjuicios que intentó atajar: aunque se repitió en *las leyes 2. y 8. tit. 3. y 8. lib. 10. de la Nov. Rec. al cap. 25.* Y en el *siguiente 26* se manda que los Mercaderes, Plateros de oro y plata, Longistas, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, pueden en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercadurías y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualesquiera persona de cualquier estado, calidad y condicion que sea. Y en el 27 previene tengan las Justicias ordinarias la jurisdiccion privativa para conocer de los casos que miraren el castigo y ejecucion de las penas de contravencion. Nos asombra el cotejar tan justas, útiles, zelosas y repetidas leyes con su total inobservancia.

18 Tenemos tambien en España otra donacion que se llama *arra*, la cual es: *Donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, como la define Antonio Gomez en la *ley 50. de Toro n. 12.* en donde enseña, que tambien puede haberse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice el Sr. Covarrubias *part. 2. de matrim. cap. 3. §. 7. n. 14.* en cuyos lugares añaden los dos diferenciarse mucho esta donacion de la que se llama *propter nuptias*, aunque asi se apellida en la *l. 1. d. tit. 11. P. 4.* pues esto podrá entenderse atendidas las leyes de las *Partidas*; pero no despues de publicadas las *de Toro*, que dieron otra significacion muy diversa á la donacion *propter nuptias*, como presto explicaremos. Y tambien tienen

(1) L. 15. C. de donat.

su justa tasacion las arras, que no puedan exceder á la décima parte de los bienes del marido, *l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que prohibe ademas su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al Escribano que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renunciacion. Pero adviértase que esta tasacion, que trae su orígen de la *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 3. *del Fuero Real*, no dice respecto solamente á los bienes actuales del marido al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiere.

19 El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos aun sobreviviendo el marido, *l.* 2. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Pero si á la muger se le hubiere hecho la donacion que hemos explicado en el *n.* 17, y prometídosele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger ó lo que se le dió, ó las arras dentro de 20 dias contadores desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó sus herederos, *l.* 3. *tit.* 3. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

20 Otra donacion se frecuenta en nuestra España, á la que llaman *propter nuptias* la *ley* 5. 9. *tit.* 3. *y* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (25. *y* 29. *de Toro*), la cual hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas, de suerte que es muy diferente de la otra que llamaron tambien *propter nuptias* las *leyes de las Partidas*, como hemos manifestado arriba *n.* 16.

21 Solo nos resta en el particular de que tratamos hablar de las donaciones que se hacen entte los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas estan prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro, y porque el que fuese mas escaso seria de mejor condicion que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que se hicieren, *l.* 4. *d. tit.* 11. *P.* 4. Esta prohibicion solo

tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre; de suerte que si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por ejemplo, si se dejara alguna herencia al marido, substituyéndole á su muger, y el marido renunciara su institucion, sin haber adido la herencia, en cuyo caso tendria valor la sustitucion, porque aunque esta renuncia hacia mas rica á la muger, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa agena; porque al paso que puede servir al donatario para usucapiarla ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hacia mas pobre al donante; pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una iglesia ó cosa semejante, en cuyos casos concurre ademas la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, *l. 5. l. 6. d. tit.* 11. que ponen estos ejemplos (2); y tambien valdria si el que la hizo murió antes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario deberá decirse, si ó no muriese antes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enagenando de otra manera las cosas que habia dado, *l. 4. d. tit.* 11. (3).

TITULO VI.

DE LA LEGITIMACION, Y DEL PORFIJAMIENTO Ó ADOPCION.

Tit. 7. et 15. P. 4. (4).

1. 2. 3. *Qué sea legitimacion y sus especies.*

(1) L. 5. §. 26. de donat. int. vir. et uxor. (2) D. l. 5. §§. 8. 13. et 14 de donat. int. vir. et uxor. (3) L. 32. §§. 2. et 9. eod. (4) Tit. 10. et 11. lib. 2. Inst.

4. *Qué sea adopcion y sus especies.*
5. *Diferencias entre la abrogacion y la adopcion.*
6. *Cómo pueden ser abrogados los mayores de 7 años.*
7. *Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.*
8. *Efectos de la adopcion.*

1 Lo mucho que ofrece de que tratar el matrimonio, que como dijimos en el *título* 4. *n.* 1. es la causa natural y mas especial de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es: *un acto por el cual se hacen legítimos los hijos que antes no lo eran.* Las leyes Romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del Príncipe (1). Y aunque algunos de sus Intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrara alguno por hijo; siente la mayor parte de ellos, que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar, mas significa ser prueba de ser legítimo en tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la *ley* 4. *y siguientes del título* 15. *P.* 4., distinguiendo tambien, como lo hicieron las Romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia. Pero reconocen nuestros Intérpretes no estar este en uso, ni le permite la constitucion del gobierno de los pueblos. Y del cuarto dice Greg. Lop. en la *glos.* 7. *de la l.* 7. *de dicho tit.* 15. *P.* 4. lo mismo que la mayor parte de los Intérpretes Romanos, esto es, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera.

2 En conformidad de lo que acabamos de referir decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimacion. El mas frecuente y recomendado es el que

(1) §. 13. d. tit. 10. nov. 74. cap. 2.

nace del subsiguiente matrimonio, cuando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ó muger soltera, se casa despues con ella, *lib.* 1. *tit.* 13. *P.* 4. en cuya *glosa* 8. disputa Gregorio Lopez, si basta que la muger sea soltera, ó es menester que ademas la haya retenido en su casa el padre, inclinando, á nuestro dictamen, con razon, á no ser esto necesario. Esta doctrina tiene lugar, si el padre era soltero cuando tuvo el hijo de la barragana ó concubina, porque si era casado, no le hará legítimo, el que muerta despues su muger, se casase en seguida con la barragana, como expresamente lo dispone la *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 4. *al fin*, dando por razon: *Que los tales hijos fueron hechos en adulterio*: la cual no deja de dar fuerza á la opinion de Gregorio Lopez, que antes hemos manifestado.

3 El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe, del cual habla asi la *ley* 4. *de d. tit.* 15. *Piden merced los homes á los Emperadores é á los Reyes en cuyo señorío viven, que les faga á sus hijos, que han de barraganas, legítimos. E si cabe su ruego, é los legitiman, son dende en adelante legítimos.* Y tambien se concede esta legitimacion á pedimento de los mismos naturales, que funden su súplica en haber manifestado esta solicitud en el testamento, su padre que no tenia otros hijos legítimos, *l.* 6. *d. tit.* 15. Y de la palabra *naturales* de que usa esta *ley*, infiere Greg. Lop. en su *glosa* 1. no tener lugar la legitimacion que ella concede en los hijos espúreos. Y en la *glosa* 2. que las legitimaciones por rescripto de Príncipe, no valen, si hay hijos legítimos, sino es que se exprese asi. Y adviértase, que estas legitimaciones solo sirven para efectos civiles, porque para los canónicos las debe conceder el Papa, como expresamente lo dice la *citada ley* 4. *de d. tit.* 15. Legitimados los hijos por cualquiera de estos modos, es consiguiente que esten en la patria potestad de su padre, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que hemos tratado aqui de la legitimacion. Los derechos de suceder los legitimados,

los explicaremos con mas oportunidad, cuando hablemos de los testamentos y de las sucesiones intestadas.

4 Lo que los Romanos llamaron *adoptio*, llaman las leyes de las Partidas *porfijamiento*; pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre *adopcion*, y se halla en la *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 4. usaremos de él y sus derivados, en lugar del *porfijamiento* y los suyos. Es pues la adopcion: *una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente*, *l.* 1. *d. tit.* 16. *P.* 4. Constituye tambien la patria potestad, *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. y esta es la causa de que tratamos aqui de ella. Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies en que la dividieron las Romanas (1); y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra el del género, diciéndola *adopcion* sin añadidura alguna, *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 4. y asi tomaban este nombre como á género ó como á especie. Usaremos aqui de estos nombres, porque facilitan su explicacion.

5 Diremos pues al tenor de lo que acabamos de decir, ser la arrogacion: *porfijamiento de ome, que es por sí, et non ha padre carnal: é si lo ha es salido de su poder, é cae nuevamente en poder de aquel que lo porfija*, *d. l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4., ó por decirlo con menos palabras, es: *Adopcion de hombres que no estan en la patria potestad de otros.* Se hace preguntando el Rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, diciendo el Rey que lo otorga, y en seguida se les debe dar el título, *d. l.* 7. De la adopcion en especie, dice *esta misma ley*, poderse hacer de otorgamiento de cualquier Juez; y que es: *Porfijamiento de ome, que ha padre carnal, é es en su poder.* En la arrogacion es necesario el consentimiento expreso del que va á ser hijo; pero en la adopcion basta el tácito, esto es,

(1) §. 1. Inst. de adopt.

que calle, ó no lo contradiga, *l.* 1. *tit.* 16. *P.* 4. Y de ahí es no poder ser arrogados los infantes ó menores de 7 años, por no tener entendimiento para consentir, *l.* 4. *d. tit.* 16.

6 Al paso que esta *ley* 4. prohibe que puedan ser arrogados los infantes, concede la facultad de que puedan serlo los que cumplidos los 7 años son menores de los 14, dando la razon de que aunque no tengan el entendimiento cumplido, no son menguados de entendimiento del todo. Pero el Rey, cuyo otorgamiento es necesario, como lo dice *esta misma ley*, y en términos generales de arrogacion la *7. tit. 7. P.* 4. como vimos en el *número antecedente*, quiere se tengan presentes en estas arrogaciones de que hablamos, varias circunstancias que se expresan en la *misma ley* 4. y son: Qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico ó si es pobre, ó si es pariente ó no, y si tiene hijos que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad, que los puedan aun haber: é de qué vida es, é de qué fama; y qué riqueza há el niño. Y si examinadas estas cosas, se entendiere moverse con buena intencion para hacerlo el arrogador, y que es provechoso al mozo, se le otorgue. Y asimismo quiere que antes de otorgar esta arrogacion, se cuide que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caucion el arrogador, de que si el mozo muriese antes de los 14 años entregará todos sus bienes á aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Cuya caucion debe autorizarse por Escribano público; y si no se hiciere, es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y segun la *l.* 8. *de d. tit.* 16. si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó; ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, menos el usufructo que recibió de los bienes de dicho arrogado mientras le tuvo en su poder; y demas de esto la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

7 Puede adoptar cualquiera hombre libre que no esté en poder de su padre, con tal que exceda al que quiere adoptar en 18 años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, *l.* 2. *d. tit.* 16. *P.* 4., esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma naturaleza. Pero si le tuviese no por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, *l.* 3. *d. tit.* 16. Ninguna muger puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del Rey, ó de algun Consejo en que lo hubiese encartado, en el cual puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del Rey, y no de otra manera, *d. l.* 2. Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte, podrá adoptar el que fue tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25 años; pero antes de ningun modo, *l.* 6. *d. tit.* 16. Ni tampoco puede adoptar ninguno á forro, ó aforrado ageno, *l.* 5, *d. tit.* 16.

8 Es efecto de la adopcion, que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante. Pero hay de esta regla alguna limitacion. En la arrogacion tiene siempre lugar la regla, *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. En la adopcion en especie hay distincion; pues aunque esta misma *l.* 7. dice generalmente que no pasa, la hallamos expresa en las *leyes* 9. *y* 10. *de d. tit.* 16. En la 9 se dice no pasar el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10 que pasa, si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el derecho Romano por constitucion de Justiniano (1). Y adviértase, que si en este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo expresa *d. l.* 10. Tambien es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el *tit.* 4. *n.* 14. Del que producen en dar de-

(1) §. 2. Inst. de adopt.

recho para suceder, hablaremos al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Los adoptados por muger, claro es que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

TITULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADORÍA.

1. *Qué sea tutela.*
2. *A quiénes se puede dar tutor, y á qué fin.*
3. 4. 5. *Division de la tutela, y de la testamentaría.*
6. 7. 8. *Quiénes pueden ser dados tutores.*
9. *El tutor debe ser nombrado señaladamente.*
10. 11. *De la tutela legítima.*
12. *De la dativa.*
13. *Qué debe hacerse cuando muchos Jueces dan tutor.*
14. *Modos de fenecer la tutela.*
15. 16. *De los Curadores, y si pueden darse en testamento.*
17. *Qué sea excusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, menos en la tutela legítima.*
18. 19. 20. 21. *Se refieren y explican varias excusas.*
22. *Descuido notable de Asso y de Manuel en este particular.*
23. *Tiempo para proponer la excusa y para decidir la causa ó pleito en su razon.*
24. *Qué sea tutor sospechoso; y se refieren varios que lo son.*
25. 26. *Quiénes pueden acusar: qué tutores pueden ser acusados de sospechosos: y cuáles sean los efectos de la acusacion.*
27. *De las obligaciones del tutor antes de entrar en la tutela.*
28. 29. *De la obligacion de afianzar los tutores; y qué alcanza á la madre y abuela.*

30. *Qué deba hacerse cuando son muchos los tutores.*
31. *Donde debe ser educado el pupilo.*
32. 33. 34. *De las obligaciones del tutor en cuanto á dar alimentos al pupilo, y mover las causas que convinieren á este.*
35. *Tiene el tutor obligacion de cuidar bien de los bienes del pupilo y emplear el dinero sobrante.*
36. *y* 37. *Del modo en que puede el tutor enagenar las cosas del pupilo.*
38. *De la obligacion de los tutores, sus fiadores y sucesor de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.*
39. *De la décima que se debe dar al tutor, y cómo debe sacarse.*
40. *Derechos del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.*

1 Por cuanto de los hombres libres, que no estan bajo la patria potestad de otros, unos estan en tutela, otros en curadoría, y otros fuera de todo; y en asunto de tutelas y curadorías hay mucho que advertir, es preciso hablemos aqui de ello con alguna extension. Tutela en latin, dice la *ley* 1. *tit.* 16. *P.* 6. quiere decir tanto en romance como: *Guarda que es dada al huérfano libre, menor de* 14 *años: e la huérfana menor de* 12 *años.* (1). Y advertimos para proceder con mayor claridad, que en las leyes de las *Partidas* apenas se hallan los nombres *tutela, curadoria, tutor, curador*, sino en su lugar los generales de *guarda*, y *guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoría, tutores ó curadores, lo que no deja de causar embarazo. Y para evitarle usaremos aqui de los citados especiales *tutela* &c. como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la *Nov. Recop.* y en alguna de las *Partidas*,

(1) §§. 1. y 3. Inst. de tutel.

aunque con relacion al idioma latino, como en la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. *y en d. l.* 1.

2 Por la palabra *libre* de la definicion, entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de dicha ley* 1. no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está bajo la pátria potestad (1). Se dan tutores á los de la expresada edad, aunque no le quieran (2). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor (3), salvo el caso en que se le moviese pleito de servidumbre, en el cual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleito, *d. l.* 1.

3 Tres son las especies de tutela, testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es: *La que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder*, *d. l.* 2. *l.* 3. *d. tit.* 16. (4). Y sobre el decir esta lo mismo del abuelo, debe advertirse, que saliendo hoy por la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* de la patria potestad el hijo casado y velado, no podrá el abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun *la misma ley* 3. dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siempre. Pero sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l.* 3. *tit.* 16. *P.* 6. porque cuando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *posthumos*, se reputan nacidos (5), pero no cuando les sería perjudicial, *l.* 3. *tit.* 23. *P.* 4.

4 De la madre dice la *ley* 6. *de d. tit.* 16. que si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Pero en seguida añade, que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado del Juez del Lugar donde son los bienes; cuyo Juez le debe confirmar,

(1) Princ. eod. (2) L. 6. de tut. et cur. dat. (3) §. 4. Inst. qui testam. tut. dar. pos. (4) §. 3. Inst. de tutel. (5) §. 4. Inst. eod: l. 7. de stat. hom.

y otorgarle la tutela (á esto llaman los Prácticos decernir), si no es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes Romanas era necesario en este caso la inquisicion ó examen de las circunstancias del tutor (1). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la cuestion Greg. Lop. en su *glosa* 2. si será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley* 6, que si la madre no instituyera heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dejara alguna cosa, podria el Juez confirmarle si quisiese, y de este modo y no de otro valdria: de suerte que en este caso es voluntario en el Juez confirmarle, y en el otro de estar el hijo instituido heredero preciso. El no valer ningun nombramiento de tutor, hecho por la madre sin la subsiguiente confirmacion del Juez, es por no tener patria potestad; de la cual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley* 3. *de d. tit.* 16.

5 De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento instituyéndole heredero, ó cualquier á un extraño en los mismos términos, debe el Juez confirmarlo; y asi y no de otra suerte será tutor, *l.* 8. *d. tit.* 16. *P.* 4. Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente á cierto tiempo, ó bajo de condicion, segun fuese la voluntad del testador, *d. l.* 8. (2).

6 Pueden ser dados tutores los que no estan prohibidos; y los que estan son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25 años, y la muger, *l.* 4. *d. tit.* 16. Pero en la 16. *glosa* 5. *de esta ley* dice Greg. Lop. que la prohibicion del menor debe solo entenderse en las tutelas legítima y dativa, y no en la testamentaría, que podrá tenerla para administrarla cuando fuere mayor. Y es de admirar, que para apoyar esta doctrina no haya

(1) L. 2. de confir. tut. (2) §. 3. Inst. qui test. tut. dar. pos.

echada mano á la *ley 7. del mismo título* 16. que la prueba expresamente: bien que lo advirtió en la *glosa 2. de esta misma ley 7.* Y en cuanto á mugeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos si prometieren ante el Juez del Lugar donde son ellos que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otro las mugeres, ó como suele decirse, el beneficio del senadoconsulto Veleyano que prohibió esta obligacion de las mugeres, *d. l.* 4. que añade la razon de estas dos condiciones; diciendo ser la de primera, porque casándose se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque si no hiciesen la expresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el Juez del Lugar en que esto sucediere sacarles luego de ella y su poder y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y no esté prohibido ser tutor. Y si hallare que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, estan obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5. de d. tit.* 1.

7 Ademas de los que acabamos de expresar cuenta la *ley* 14. *de dicho título* 16. por prohibidos á los Obispos y Monjas. Y de los Sacerdotes y demas Clérigos seculares dice, que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el Juez del Lugar dentro de cuatro meses despues que supieren la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decir á este el que quieren serlo de los hijos que lo fueron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice que no pueden serlo, sino es que

(1) Nov. 123. cap. 5.

el padre en su testamento les nombrase, cuya excepcion la entiende Greg. Lop. *en la glos. 6. de d. l.* 14. limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo; y en la 5. añade deber decirse lo mismo si el tutor fuese acreedor del mozo. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al Rey por razon del que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

8 Entre los que estan prohibidos ser tutores no cuentan las *citadas leyes 4. y* 16. á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7. del mismo título* 16. en la manera siguiente: si el testador nombrare tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos si fuere mayor de 25 años; y si fuere menor será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dejase por tutor á un esclavo ageno, no valdria ni seria tutor.

9 Y debe advertirse que cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera que se pueda saber ciertamente cual es. Si acaeciese pues que nombrase á uno y hubiese otro del mismo nombre, si no pudiese saberse ciertamente cual de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria, *d. l. 7. vers. Otrosí.*

10 En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado muriese este antes que el testador, seria tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado lo serian todos, *l. 9. d. tit.* 16. *P. 6.* Y en su *glosa* 1. advierte muy bien Greg. Lop. seria lo mismo si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad,

d. l. 9. Llámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11. *La ley del mismo título* 16. aprueba la legítima tutela que los Romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14 años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud apenas podrá suceder este caso.

12 A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados asi porque son dados por el Juez. Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes, que heredarian al mozo si muriese sin testamento, deben pedir al Juez del Lugar le dé tutor que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor que de sí mismo. Y si no le pidieren pierden el derecho que tenian de heredarle si muriere sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlos los amigos del mozo, ó cualquier otro del pueblo; y el Juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500 maravedís (de oro debe entenderse segun el valor que en otra parte explicaremos): mas si valieren menos, bien podrá mandarlo á otro Juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el Juez del domicilio del mozo, sino tambien el del Lugar de su nacimiento ó del de su padre; ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes; tanto estando el mozo delante como no estando, y aunque lo contrario dijera, *l.* 12. *d. tit.* 16.

13 Y si todos los Jueces que lo pueden dar lo dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lop. en la *glosa* 13. *de dicha l.* 12. que debe ser preferido el que fue nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el Juez del origen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, porque al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el Juez del domicilio, fundados

(1) Princ. Inst. de Atilian. tut.

en dos razones. La una por ser este el orden en que estan escritos en esta *ley* 12. Y la otra porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias tiene el Juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo Grande, deben las Audiencias remitir al Rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere *l.* 17. *tit.* 1. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.*

14 La *ley* 21. *de d. tit.* 16. refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I. Por cumplir el huérfano los 14 años si fuere varon, ó los 12 si fuere hembra (1). II. Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III. Por la esclavitud de uno de los dos (3). IV. Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo ó falleciendo la condicion. V. Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos que son llamados legítimos. VI. Si se excusase el tutor por causa legítima. VII. Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lop. en la *glos.* 2. *de d. l.* 21. entenderse por la palabra *desterramiento*, el que llamaron los Romanos *deportacion*, y hemos explicado en el *tit.* 3. *n.* 6. Sobre el IV. que en lo que dice la ley *so condicion*, quiso significar *pendiente ó durante alguna condicion.* Vemos lo resiste algo la expresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Si no es que digamos que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el derecho Romano (4); pero esto lo impide la palabra *falleciendo* de que usa la ley. El V. en cuanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al derecho Romano, que puso Justiniano en sus Instituciones (5), segun el cual la tutela legítima de los parientes solo competia á los que lo eran por agnacion, la cual perdia el tutor por su adopcion. Nos

(1) Prine. Inst. quib. mod. tut. finit. (2) §§. 3. et 4. eod. (3) D. §. 4. (4) §. 2. eod. (5) §. 3. eod.

persuadirnos que los componedores del libro de las *Partidas* lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados (1), y que nuestra *ley* 9. *d. tit.* 16. *P.* 4. llama á la tutela á los parientes, bajo el nombre general y natural de *parientes*, extensivo no menos á cognados que á agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Celebrariamos ver quien discurriese mejor, para conformarnos desde luego con su dictamen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido; y cognados los que son por parte de madre ó alguna hembra.

15 Debemos notar aqui lo perteneciente á la vénia ó dispensa de edad que se concede á los menores. Decimos pues: Que los mayores de 20 años pueden pedir en el Consejo dicha dispensa para poder administrar sus bienes, sin licencia ni autoridad de curador ni otra persona alguna ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M. que suele conformarse y concederla. En virtud de esta vénia puede el que la obtuvo hacer y otorgar cualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier autos que le convengan judicial ó extrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia: como tambien tomar cuentas con pago de cualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán dársela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raices de su hacienda sin autoridad ni Decreto de la Justicia, hasta que hayan cumplido los 25 años. Asi lo trae en el *tom.* 1. *cap.* 98. *de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fue su Secretario, y explica latamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que si el pretendiente es mayor de 18 años puede obtener de la Cá-

(1) Novel. 118. cap. 5.

mara la dispensa de 18 hasta 20 y con Cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida vénia. Hablan de ella la *ley* 6. *tit.* 4. *lib.* 4. 34. *nota* 2. *tit* 5. *lib.* 10. *y* 7. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

16 Fenecida la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14 años hasta los 25, y tambien los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, *l.* 13. *d. tit.* 16. Y como el darse á estos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de esta ley*, que tambien deben darse á los pródigos, mudos, sordos y demas que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas, segun lo dispuso el derecho Romano (1), Asso y de Manuel en sus Instituciones del derecho civil de Castilla, *pág.* 11. vers. *Muchas* atribuyeron á Greg. Lop. haber dicho en la *glosa* 2. *de la ley* 2. *d. tit*, 16. que no habia curadoría legítima para los furiosos, cuando alli dijo lo contrario.

17 Los que estan en su acuerdo, dice *d. l.* 13. esto es, los menores de 25 años, á quienes por sola la falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, si no los quisieren; sino es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (2). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25 años, Greg. Lop. en la *glosa* 2. *de dicha l.* 13. Gutier. *de tutel. part.* 1. *cap.* 9. *n.* 18.; pero acordamos lo que dijimos en el *tit.* 4. *n.* 28. *al fin.* No puede el curador ser dado en testamento; pero si fuere dado, y entendiere el Juez ser útil al menor, débelo confirmar, *d. l.* 13. (3). Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien Greg. Lop. en la *glosa* 5. *de d. ley* 13. y Gutier. *de tutel. part.* 1. *cap.* 19. *n.* 30. Dicha *ley* 13. habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun* en que dice, *que al huérfano que ha guardador, no le deben dar otro:*

(1) §§. 3. et 4. Inst. de curat. (2) §. 2. Inst. de curat. (3) §. 1. eod.

cuya doctrina con las excepciones que alli la siguen, ya la entienden los mismos Lopez y Gutierrez del tutor, como tambien lo estableció el Derecho Romano, sentando la famosa regla: *Habenti tutorem tutor dari non potest* (1). Los modos de acabarse la curadoría son los mismos por que fenece la tutela; con las diferencias, que la edad es la de 25 años; y que tambien se acaba si el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres.

18 Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competerles la tutela, dejan de ser tutores, ó porque se escusan ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas, que cuanto diremos de tutores, queremos se entienda tambien de curadores. Siendo la tutela un oficio, que aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respectos, mereciendo la Real proteccion los que estan en ella, *l.* 41. *tit.* 18. *P.* 3. *l.* 20. *tit.* 23. *P.* 3. no es de extrañar necesiten de justa causa los que quieran excusarse de administrarla. *Escusanza*, dice la *ley* 1. *tit.* 17. *P.* 6. es como: *Monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bienes.* Es pues preciso para conseguirla, tener *alguna razon derecha* ó justa causa. Solo advertimos en este particular, que á nuestro dictamen, no necesitan de causa alguna para excusarse los tutores legítimos, atendidas la *ley* 2. *vers. La tercera*, y la *ley* 12. *en el principio del tit.* 16. *P.* 6. que lo dejan á su arbitrio; y de consiguiente, que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

19 En la *ley* 2. *de dicho tit.* 17. *P.* 6. se refieren varias de estas justas causas, que son: I. en tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del Rey (2). II. El ser recaudador de las rentas del Rey (3), ó ser su mensagero; y el haber de juzgar

(1) §. 5. eod. (2) Princ. Inst. de excus. (3) §. 1. eod.

y cumplir la justicia por obra. Y añade la *misma ley*, que ninguno de estos puede excusarse de la tutela que hubiese recibido antes de tener su oficio (1). Cuya añadidura, y lo que vamos á ver sobre la excusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg. Lop. y á Gutier. que creyeran, aquel en la *glosa* 5. *de d. l.* y este en su *lib. de tutel. part.* 1. *cap.* 21. *nn.* 4. *et* 5. significarse al ausente por causa de la República, por la voz *Mensagero*: la cual segun D. Sebastian de Covarrubias en su *tesoro de la lengua castellana*, y el *diccionario de la misma de la Real Academia Española*, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron las *leyes* 10. *tit.* 31. *P.* 2. y la *ley* 13. *tit.* 29. *P.* 3.; por todo lo cual juzgamos que *su Mensagero* en *d. l.* 2. tanto vale, como llevador de recados ó cobrador de los Recaudadores, á los que se refieren la palabra *su*. Confrontan esta excusa con el texto Romano que habla la siguiente.

20 III. excusa es, *ir en servicio del Rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy lueñe: ó fuese allá por servicio, ó por pro comunal de la tierra en que vive.* Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la República; y con efecto, el mismo Lop. en la *glosa* 9. y Gutierrez en el *n.* 6. la confrontan tambien con la que las leyes Romanas concedieron á estos ausentes (2). Y lo acaba de convencer el que á estos tales, da nuestra *ley* 2. que puedan separarse de la tutela que antes tenian, encargándola á otro durante su ausencia: y que vueltos tengan un año de vacacion ó excusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV. excusa es, si acaeciese algun pleito ganado de nuevo entre el guardador del huérfano sobre toda la heredad, ó sobre alguna partida grande de ella (3). La V. excusa es, si alguno tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se

(1) D. §. 1. (2) §. 2. eod. (3) §. 4. eod.

puede excusar de la cuarta (1). Gutier. en su citado *lib. de tutel. part.* 1. *cap.* 21. *n.* 8. *y siguientes*, hablando de esta excusa, adopta las declaraciones del derecho Romano en este particular, esto es, que para dar excusa las tres tutelas, no deben ser afectadas, y que no sirven por tutelas las fiadurías de ellas; pero que bastaria una sola tutela, si fuese tan difusa, y de tantos negocios, que equivaliese á muchas (2).

21 La VI. excusa es la pobreza, y la VII. la enfermedad, cuando fuesen tales que le impidiesen poder cuidar del huérfano (3). Y la VIII. el no saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio que no se atreviese á hacer la guarda con recado. La IX. excusa es, si hubiese tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, y despues no hubiese sido hecha paz entre ellos (4). La X. si al nombrado guardador hubiese movido pleito de servidumbre el padre del huérfano, ó él al otro (5). Y la XI. el ser el nombrado mayor de setenta años (6). Las excusas hasta aqui referidas estan expresadas en la arriba *citada ley* 2. *tit.* 17. *P.* 6. Hay todavìa otras contenidas en la *ley* 3. inmediata, que son las siguientes.

22 La XII. escusa es, el ser caballero que estuviese en corte del Rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pro comunal de la tierra, por cuyas palabras nadie duda entenderse los Soldados, y asi lo explican Greg. Lop. y Gutier. Es la XIII. excusa (7), el ser Maestro de Gramática ó de Retórica ó de Dialéctica ó de Física, mostrando su ciencia á los escolares, ú obrando por ella en su tierra ó en otro lugar por mandado del Rey: é lo mismo es de los Maestros de las Leyes que sirven á los Reyes viviendo con ellos por sus Jueces, ó sus Consejeros, y de los Filósofos que mues-

(1) §. 5. eod. (2) §. 5. eod. l. 115. §. 9. l. 31. §. ult. de excus. (3) §§. 6. et 7. Inst. de excus. (4) §. 11. eod. (5) §. 12. eod. (6) §. 13. eod. (7) §. 14. eod.

tran el saber de las naturas: cuya excusa, como advierte Gutier., exige actual enseñanza ó ejercicio de su oficio, en los que quieran valerse de ella. La XIV. excusa es, la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (1). La XV. y última excusa, que expresa dicha *ley 3. tit. 17. P. 6.* es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que excusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su muger que fuese menor de edad. Pero debemos advertir, que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la *7. tit. 2. lib. 10. de la Nov. Rec.* en la cual se manda, que el marido que haya entrado en los 18 años, tenga la administracion de sus bienes, y de los de su muger, sin necesidad de vénia de edad, como notamos ya arriba *tit. 4. n. 27.* Y por último debemos acordar una nueva excusa establecida en la *ley 3. tit. 29. lib. 7. de la Nov. Rec.* á favor del que tuviere 12 yeguas de vientre.

23 Queremos hacer aqui presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Asso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla, lib. 1. cap. 4. vers. Se excusan* diciendo que por la *ley 12. tit. 18. lib. 6. de la Nov. Rec.* no competian al pechero del Rey las cuatro excusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y ser mayor de 70 años, establecidas, como hemos visto arriba *nn. 19 y 20*, en la *ley 2. tit. 17. P. 6.*, sin advertir que *d. l. 21.* solo deroga los privilegios ó exenciones personales concedidos á algunos plebeyos por redundar en deservicio del Rey; y que por lo contrario aprueba expresamente las excusas que acabamos de expresar, por aquellas palabras: *Y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos que los derechos y leyes de nuestros Reinos excusan de las tales cargas y oficios.* ¿Y cómo habia de quitar unas excusas que las ha introducido la misma necesidad?

(1) §. 18. eod.

24 El tiempo para proponer el tutor la excusa, lo señala la *ley* 4. *y últ. d. tit.* 17. *P.* 6. en los mismos términos que lo hizo el derecho Romano (1), esto es, 50 dias, contadores desde el dia en que se supiere era dado por guardador, en el caso que estuviese en el lugar en que fue dado, ó no mas lejos de 100 millas, y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20 millas, y 30 dias mas. Nada mas dice nuestra ley en este particular ni lo dijo la Romana que señaló el tiempo. Pero sus Jurisconsultos Scevola, Modestino y otros, interpretándola dijeron, que en este último caso debe hacerse de modo la computacion, que nunca tenga el que está mas lejos menos de 50 dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (2). No lo hallamos en Greg. Lop. ni en Gutier., cuando hablan de *nuestra ley* 4. sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los Jurisconsultos Romanos. Y añade la misma *ley* 4. que desde el dia en que empezaron los referidos 50 hasta cumplir cuatro meses, se ha de decidir el pleito, si debe valer ó no la excusa: y que si el guardador se sintiere agraviado, por habérsele desechado la excusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

25 Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les excusa. Tratemos ahora de aquellos, que aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidos de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la *ley* 1. *tit.* 18. *P.* 6. puede ser llamado sospechoso: *Que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le monstrará malas costumbres.* Y añade que aunque el tal fuese rico, y quisiere dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, por todo eso no le deben dejar en su guarda (3): Como por lo contrario, que si fuese po-

(1) §. 16. eod. (2) D. §. 16. (3) §§. 5. et ult. Inst. de susp. tutor.

bre, y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las cuales pueden ser removidos, ó tollidos los tutores, y darse otros en su lugar, y son: I. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano é hubiese procurado mal los bienes de él. II. Si le hubiese monstrado malas maneras. III. Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo, ó de sus parientes. IV. Si dijese delante del Juez, que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira (1). V. Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. VI. Si no le amparase a él, e a sus bienes en juicio, o fuera de juicio. VII. Si se le escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano (2).

26 Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E generalmente es tenuda de lo facer la madre del huérfano, o su abuela, o su hermana, o su ama que lo crió: y otra cualquier persona tambien muger como hombre, que se mueve á hacerlo por razon de piedad (3). Pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso: mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes (4). Y puede ser acusado por sospechoso tambien el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido, sea el tutor testamentario, legítimo ó dativo. Y debe ser hecha la acusacion delante del Juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha, como todo lo de este número consta en la *ley* 2. *d. tit.* 18. *P.* 6.

27 Y puede tambien el Juez de oficio remover al guardador, aunque ninguno le acuse, si viere ó entendiere que era sospechoso (5). Y debe advertirse, que pen-

(1) §. 10. eod. (2) §. 9. eod. (3) §. 3. eod. (4) §. 4. eod. (5) L. 3. §. 4. de susp. tut.

diente el pleito de acusacion, ha de dar el Juez á otro hombre bueno y fiel la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleito sea acabado, *l.* 3. *d. tit.* 18. Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y pagará al huérfano el daño que le hizo, segun el arbitrio del Juez. Mas si no es removido por engaño, sino por pereza y haber cuidado mal, no queda infame, *l.* 4. *d. tit.* 18. (1).

28 Desembarazado el tutor de excusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y antes de entrar en ella debe dar fiadores valiosos al Juez del Lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores, que ellos aliñarán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos y los frutos de ellos (2). Y debe tambien jurar que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que tiene en guarda guardando lealmente sus personas y cosas, *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. (3). Y asimismo debe formar luego inventario de todos los bienes y derechos del huérfano (4), de modo que si no lo hiciere puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entonces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, *l.* 15. *de tit.* 16. Y por cuanto *esta ley* usa de la palabra *luego*, sin expresar tiempo, juzga Gutier. citando á otros en su *lib. de tutel. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 10. que lo debe en continente que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la *ley* 99. *tit.* 18. *P.* 3. Y es de tanta fuerza este inventario que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, *l.* 120. *tit.* 18. Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el Juez, y esta protesta le sirve de inventario, Greg. Lop. *glos.* 3. *de d. l.* 99. citando á otros.

29 En cuanto á la obligacion del afianzar es bien sa-

(1) §. 6. de susp. tut. (2) Princ. Inst. de satisd. (3) Nov. 72. cap. ult. (4) L. 7. de adm. et per. tutor.

bido que las leyes Romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (1). Y este modo de pensar siguen Gutier. *d. lib. par.* 1. *cap.* 5. *n.* 1. y Greg. Lop. en la *glosa* 5. *de. d. l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. cuya ley y la 94. *tit.* 18. *P.* 3. lo confirman tambien, cuando tratando de la obligacion de afianzar solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade alli el mismo Greg. Lop., que en la práctica (asi lo vemos) á todos se les exige que afiancen.

30 De la madre y la abuela dijimos arriba en el *n.* 6., que para tomar la tutela deben prometer no casar y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en cuanto á la obligacion de afianzar Asso y de Manuel en sus *Instituciones lib.* 1. *cap.* 3. *vers. Como* dicen que solo estan obligadas á hacer las renuncias. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lop. en la *glosa* 8. *de d. l.* 9. y Gutierrez en *d. par.* 1. *cap.* 12. *n.* 16. en donde la prueban latamente con bellísimas razones, satisfaciendo lo que pueda decirse en contrario.

31 Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos y se levantare desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al Juez que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y si no que lo haga alguno de ellos: y si se acordaren en esto, debe el Juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera que cada uno quiere obligarse, debe escoger el Juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, *l.* 11. *d. tit.* 16. *P.* 6. en cuya *glosa* 4. dice Greg. Lop., que si el testador expresó cuál de los que nombraba que-

(1) Princ. de Inst. de satisd. tut. l. 36. de excusat.

ria que administrase, este debia ser preferido á todos si no es que constase de alguna circunstancia por la cual debia ser repelido. Y que si no se convienen que uno solo administre, pidiendo que la tutela se divida por regiones, deberán ser oidos.

32 En el gobierno de la administracion de su oficio debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupilo; y en consecuencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en cuanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse; y si no lo hubieren hecho, procurará el Juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno que ame la persona del huérfano y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si tuviese madre que fuese muger de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo crie, y ella lo puede tener mientras se mantuviese viuda. Mas luego que casare deben sacar el huérfano de su poder, *l.* 19. *d. tit.* 16. *P.* 6.

33 Los alimentos del huérfano debe tasarlos el Juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en cuanto al comer como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere facer, segun lo expresa la *ley* 20. *de dicho tit.* 16. Y comentando Greg. Lop. estas últimas palabras *si se pudiese facer*, dice en la *glosa* 3. que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa* 1., esto es, que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutier. en *d. lib. par.* 2. *cap.* 3. *n.* 10. citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp. vers. Quando minores*, que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarles á artes, oficios ó servir á otros para alimentarles y educarles; y con efec-

to asi vemos practicarse, ni hay otro camino que tomar. Asi lo dicta la equidad, aunque nos falte ley expresa, como en caso semejante dijo con su acostumbrada elegancia el célebre Jurisconsulto Ulpiano (1). Cuando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó menos á los alimentos que les corresponden, hay la práctica de pedirse por los tutores y concedérseles por el Juez frutos por alimentos, es decir, que alimentando al pupilo segun su estado y circunstancias hagan suyos los frutos sin obligacion de dar cuenta de ellos ni poder sacar su décima. Es un método muy desembarazado, y si se ejecuta sin fraude y con justificacion no contiene iniquidad alguna ni es perjudicial á los pupilos.

34 Y adviértase que si el guardador entendiese que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, expendiendo por él cuanto fuese guisado, ó poco mas por esta razon: entonces lo puede facer, e debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como expresamente lo establece *d. l.* 20. Cuya doctrina es de dictámen Gutier. en su *citado lib. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 5. que tiene lugar, no solo cuando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien cuando lo hizo por descuido de no haber acudido al Juez.

35 Debe tambien cuidar el guardador que el huérfano aprenda buenas costumbres y á leer y escribir; y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino que mas le conviniere, segun sus circunstancias y riqueza, *l.* 16. *d. tit.* 16. *P.* 6. Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano y defender su derecho en todo pleito que moviese ó le fuese movido en juicio. Y lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede

(1) L. 2. §. 5. de aq. pluv. arcen.

el mismo huérfano mover el pleyto con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en cuanto fuese en su daño; pero sí en cuanto le fuese provechoso, y el otorgamiento débelo hacer el guardador por sí y no por mandadero ni carta, *l.* 17. *d. tit.* 16. (1).

36 Asimismo debe cuidar el guardador con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan, labrando las tierras y criando los ganados que hallare, *l.* 15. *d. tit.* 16. Y aunque nada hallamos expresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos que nuestros mas célebres Jurisconsultos, Cov. *l.* 3. *variar. cap.* 2. *n.* 1. Gutier. *de tutel. part.* 2. *cap.* 9. y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas ó entregarlo á algun Mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras* 7. *de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor.* Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso: pero con la advertencia de que este lucro ó interes del huérfano sea leve, como asi está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 30. Y este empleo lo deberá hacer dentro los 6 primeros meses desde que recibió la tutela, ó de dos si fuese ya nombrado de atras sino es que hubiese impedimento para el empleo.

37 Por la utilidad de los huérfanos tienen prohibicion de enagenar sus bienes raices los guardadores, *l.* 18. *d. tit.* 16. *l.* 60. *tit.* 18. *P.* 3. entendiéndose tambien por enagenacion el empeñarles, *l.* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Y aunque estas

(1) Princ. Inst. de auct. tut.

tres leyes todo lo expresan de los bienes raices; con todo, en atencion á que la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. dice generalmente, que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huerfanos; opinan algunos de nuestros Doctores, á imitacion del derecho Romano (1), que tampoco pueden enagenar las muebles preciosas útiles al huérfano que puedan guardarse. Gutier. en su *citado lib. de tut. part.* 2. *cap.* 21. examina lata y fundadamente esta cuestion, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enagenar las pueden empeñar. Tambien la examina Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de la ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. y en la 3. *de la ley* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Se fundan en que *d. l.* 8. concede la facultad de empeñar las muebles indistintamente: bien que con la añadidura, de que debe meter en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibicion debe entenderse si no interviniere decreto del Juez; pues con este podrán enagenar los guardadores dichos bienes cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; de suerte que el Juez deberá otorgar el decreto si entendiere que tal enagenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enagenacion en pública almoneda de 30 dias. Y no deberá consentir, que la casa que fue del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació, se enagene en ninguna manera, pudiéndolo excusar, *d. l.* 18. *d. l.* 60.

38 Como la prohibicion de enagenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raices ó muebles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enagenar los demas muebles sin decreto del Juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l.* 8.

(1) L. 22. C. de administ. tutor.

tit. 13. *P.* 5. Gutier. *d. part.* 2. *cap.* 21. La *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. permitia que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano bajo ciertas solemnidades: pero está corregida por la *ley* 1. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que prohibe que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre ó muger que sea pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar la compra que asi fuere hecha, no vala y sea desfecha, y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del Rey.

39 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes asi muebles como raices. Y para cumplirlo, ademas del guardador, estan obligados los fiadores que dió y sus herederos con todos sus bienes, como expresamente lo establece la *ley últ. de d. tit.* 16. *P.* 6., de cuyas últimas palabras infiere Gregor. Lop. en su *glosa* 8. que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores estan hipotecados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo esten desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley* 23. *tit.* 13. *P.* 5.

40 Ademas de tener los guardadores derecho de que se les abonen en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para recibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Asi lo estableció la *ley* 3. *tit.* 3. *lib.* 4. *del Fuero juzgo*, y despues la 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero Real.* Y por cuanto *estas dos leyes* expresan que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las expensas, *lib.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. *vers. Ca segun* (1),

(1) L. 7. solut. matrim.

prueba bien Gutier. *de tutel. part.* 3. *cap.* 27. que antes se han de sacar las expensas, y de lo que restare líquido la décima, entendiendo por expensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap.* 23. entiende con razon por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador y trabajase con sus manos en tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas ademas y antes de percibir la décima: mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutier. en *d. part.* 3. *cap.* 2. *nn.* 19. 20.

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes agenos. No necesitan decreto de Juez para tomar y ejercer su administracion. Ni para enagenar los bienes raices, cuando hay justa causa para la enagenacion. Ni están obligados á hacer inventario de ellos, sí solo una descripcion ante un Escribano, presentes padre é hijo y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap.* 3. *nn.* 10. 69. 87. *y siguientes*, en que explica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley* 24. *tit.* 13. *P.* 5. que citamos abajo, *tit.* 17. *n.* 6. prueba esta facultad en el padre de enagenar, sin hacer mencion de decreto de Juez, aunque no debe hacerlo.

TITULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES (1).

1. *Razon de método.*
2. *Qué cosa sea restitucion* in integrum.
3. *Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.*
4. *Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.*
5. 6. *y* 7. *Casos en que cesa la restitucion.*
8. *Tiempo de pedirse.*
9. *Compete tambien á las Iglesias, Ciudades y otros cuerpos.*
10. 11. *y* 12. *Y á otros expresados en estos números.*

1 Nos parece bastar lo que hemos dichos de tutores y curadores. Y en atencion á que los huérfanos que estan bajo la potestad y gobierno de estos tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno trátar aqui de estas restituciones; y con efecto este mismo orden sigue el libro de las *Partidas.*

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo expuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardaderos, ó de otros. Y de ahí es, que los Legisladores han tenido á bien mandar que sean restituidos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit.* 19.

(1) Tit. 4. lib. 4.

y últ. P. 6. A este remedio de los menores llamaron las leyes Romanas (1) *restitutio in integrum*, y asi le llaman tambien nuestras leyes, *l.* 3. *tit.* 13. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* y otras, y no es otra cosa que: *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor*, *l.* 1. *d. tit.* 19. *l.* 1. *tit.* 25. *P.* 3.

3 Menor se entiende el que no ha cumplido los 25 años, aunque le falte muy poco tiempo para ello, advirtiéndose que si el año del nacimiento ó el último de la menor edad fuese bisiesto, los dos últimos dias de Febrero se cuentan por uno (2). Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas: La una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *l.* 2. *d. tit.* 19. (3), tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales (4), de cualquiera naturaleza que sean, *l.* 2. *tit.* 25. *P.* 3. *l.* 3. *l.* 5. *d. tit.* 19. en la que se ponen varios ejemplos, sin impedir la restitucion de haber intervenido decreto del Juez, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 3. Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido (5). Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por qué la desampara. Y en vista de serle dañosa la acuerda el Juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, *l.* 7. *d. tit.* 19. Y en cuanto á prescripciones previene la *ley* 9. *de d. tit.* 19. que las de 20 ó menos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entonces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindirlas la restitucion. Y queremos advertir aqui las siguientes especies, aunque no tocadas en nues-

(1) Tit. 4. lib. 4. D. (2) Ley 98. de verb. sign. (3) L. 7. §. 7. de minor. (4) D. l. 7. §. 5. (5) D. l. 7. §. 9.

tras leyes, porque sobre ser harto interesantes, las trató el derecho Romano, y creemos ser equitativo lo que estableció, y son: que la restitucion de los menores tiene tambien lugar contra el Fisco, y vence á los privilegios: que los senadosconsultos Veleyano y Macedonianos concedieron á las mugeres é hijos de familia. Lo tratamos con mas extension en *nuestro Digesto lib. 4. tit. 4. n. 12.* notando tambien lo que deba hacerse cuando un menor choca contra otro menor.

4 La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el Juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fue hecho en daño del menor, débele tornar en aquel estado en que era antes; de manera, que cada una de las partes haya en salvo su derecho, asi como lo habia primeramente, *l. 2. tit. 25. P. 3.* Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, que se suelen llamar el cuadrienio legal, y no solamente el menor, sino aun sus herederos, *l. 8. d. tit. 19. P. 6.* (2). Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, *d. l. 2. tit. 25. P. 3.* (3). Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fue fiador, que entonces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores en cuanto montare el engaño, *l. 4. tit. 12. P. 5.*

5 Carleval en su *lib. de jud. tit. 3. quæst. 16. n. 36.* y Gutier. *practicar. quæst. 32. n. pen.* juzgan que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que expresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y asi lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: I. Si

(1) L. 13. eod. (2) L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. l. 8. §. ult. de minor. (3) Tit. C. in int. rest. post.

dijese el menor engañosamente, que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, *l.* 6. *d. tit.* 19. la cual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 6. fundado en sus mismas palabras, y citando á otros y á las leyes Romanas (2), que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II. Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya era mayor, *l.* 2. *d. tit.* 25. *P.* 3. (3). III. Si el huérfano mayor ya de 10 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, *l.* 4. *de tit.* 19. Y lo mismo seria si siendo mayor de 14 años, constase haber cometido adulterio, *d. l.* 4. (4). IV. Si habiendo seguido el menor pleito pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l.* 6. *d. tit.* 19. (5). V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del Juez. Pero si pagase de otra manera y despues el menor jugare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiese, sí que tendria lugar la restitucion, *l.* 4. *tit.* 14. *P.* 5. (6). La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviene decreto del Juez, como hemos notado arriba *n.* 3., es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del Juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

6 VI. Cesa la restitucion si el daño que ha pade-

(1) L. 2. l. 3. C. si min. se maj. dix. (2) L. 25. junc. l. 26. de rei vind. l. ult. §. 3. de eo per quem facer. (3) L. 3. §. 1. de min. (4) L. 9. §. 2. eod. (5) D. l. 9. §. ult. sit C. si adver. lib. (6) L. 1. C. si adv. solut.

cido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l.* 2. *d. tit.* 19. (1). VII. Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l.* 1. *d. tit.* 25. *P.* 3. (2). Y es la razon, porque la restitucion es remedio extraordinario y subsidiario, y los que son de esta clase cesan cuando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (3): cuya razon la indica la misma *ley* 1. por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* VIII. Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, *l.* 6. *de d. tit.* 19. aprobando la famosa auténtica de los Romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos Autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *Discursos críticos sobre las leyes lib.* 3. *disc.* 2. *y* 4. Vemos con gusto su inobservancia; y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Appendice de minor.* 25. *an.* que va en su título correspondiente en nuestro *Digesto Romano Español.* En el derecho Romano estableció la ley 1. *c. de his qui veniam ætat.* no tener la restitucion los que hubiesen obtenido la vénia ó dispensa de edad diciendo ser cosa muy manifiesta porque no pareciese que habian sido engañados por la Real concesion, los que contrajeron con ellos. Aunque no hemos hallado ley de España, que lo diga, nos ha parecido notarlo para que se haga el uso que se estime.

7 Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de 9 dias para intentar el retrato de sangre ó abolengo, *l.* 2. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y el de 3 para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 11.

(1) L. 11. §. 4. de min. (2) L. 16. §. 3. eod. (3) D. l. 16. per totam.

Nov. Rec. y el de 6 para tachar los testigos, *l.* 1. *tit.* 12. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

8 El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se expresa en las *leyes* 1. 3. *y* 4. *tit.* 13. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* previniéndose, que no puede pedirse dos veces, y que asi se exprese en la sentencia.

9 Ultimamente advertimos, que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las Iglesias, el Fisco y los Concejos, Ciudades ó Universidades cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (1), la que debe pedirse dentro de 4 años contadores desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo: y si el daño fuese de mas de la mitad del precio, dentro de 30 años, *l.* 10. *tit.* 19. *P.* 6.

10 Ademas de los menores y Cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros á quienes compete la restitucion *in integrum.* La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos asi celebrados valen atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (2), se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que la dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. y en su *glosa* 1. Greg. Lop. Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, *l.* 7. *tit.* 33. *P.* 7. (3).

11 Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del Rey, ú otra de la República, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro;

(1) L. 4. C. ex quib. caus. maj. (2) L. 21. §. 5. quod met. cau.
(3) L. 84. de diversis regulis juris.

y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *l.* 10. *tit.* 23. *l.* 28. *tit.* 29. *P.* 3. (1), cuyo beneficio amplia la *ley* 4. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Rec.* Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto lib.* 4. *tit.* 6. *n.* 10. competer este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dejado procurador en la Ciudad, fundados en razones que parecen solidas.

12 Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si asi sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enagenó, segun escogiere, *l.* 30. *tit.* 2. *l.* 15. *tit.* 7. *P.* 3. Y por cuanto esta *l.* 15. para dar entrada á estas acciones, exige que la enagenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su *glos.* 2. Greg. Lop. que cesarán si se hubiese hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (2). Y por cuanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley Romana (3) cuando uno enagena la cosa, instituyendo heredero, ó legándola, concurriendo ademas ser esta enagenacion necesaria.

(1) L. §. 2. ex quibus caus. major 25. an. (2) L. 1. (3) L. 8. §. 3. de alien. jud. cau. mut.

FIN DEL LIBRO I.

LIBRO II.

DE LAS COSAS.

TITULO I. (1).

DE LA DIVISION DE LAS COSAS,

Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28. Part. 3.

1. *Qué se entiende por cosa, y se dividen las cosas en cinco especies.*
2. *hasta el* 9. *Se explican las cinco especies de cosas.*
9. *Dos subdivisiones de cosas.*
10. *Qué sea dominio, y cómo se entiende esta palabra.*
11. *La division de los dominios ha nacido del derecho de gentes, y cuántos sean los modos de adquirirlo.*
12. 13. *Por ocupacion se adquieren los animales fieros y salvages.*
14. *Restriccion sobre el cazar y pescar.*
15. *De las abejas.*
16. *De los animales mansos ó domésticos.*
17. *De los domesticados, y principalmente de las palomas.*
18. *De la invencion: de las cosas desamparadas; y de las mostrencas.*
19. *De la invencion del tesoro.*
20. *De la tradicion.*
21. *Division de accesion en discreta y continua.*
22. *Subdivision de la accesion continua en natural, é*

(1) Tit. 1. lib. 2. Inst.

industrial, con explicacion de la aluvion y manifiesta fuerza del rio.

23. *De las islas de los rios; mutacion de su alveo ó cauce, y de la inundacion.*

24. *De la accesion industrial cuando una cosa se junta á otra.*

25. 26. *Otros ejemplos de la accesion industrial cuando se escribe, pinta ó edifica.*

27. *De la especificacion.*

28. 29. *y* 30. *Del poseedor de buena fe.*

1 Habiendo tratado del primer objeto del derecho que son las personas, pasamos á tratar del segundo que son las cosas. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprende á cuanto hay en el mundo, pero aquí se toma por: *Aquello que no siendo persona ni accion puede ser de algun útil ó comodidad al hombre.* La *ley* 2. *tit.* 28. *P.* 3. divide las cosas en cinco especies. I. Comunes á las bestias y todas las otras criaturas que viven; para poder usar de ellas, tambien como á los hombres. II. Otras que pertenecen tan solamente á todos los hombres. III. Otras que pertenecen apartadamente al comun de alguna Ciudad, Villa, Castillo ú otro cuerpo semejante. IV. Otras que señaladamente pertenecen á cada un hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. V. Otras que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes (1).

2 En la siguiente *ley* 3. *de d. tit.* 28. se dice pertenecer á la I. especie el aire, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas (2), de cada una de las cuales puede usar cualquiera criatura que viva. Por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando ó navegando, ó haciendo todas las cosas que entendiere que le aprovecharen, *d. l.* 3. Podrá pues hacer en ella casa ó

(1) Princ. Inst. de rer. div. (2) §. 1. eod.

cabaña á que se acoja cuando quisiere, y cualquier otro edificio que le aproveche, de manera que no embarace el uso comun de las gentes; y hacer en ellas naves, y enjugar redes. Y de cuanto labrare é hiciere, ningun otro puede impedirle que use y se aproveche, *l.* 4. *d. tit.* 28. Ni podrá tampoco ningun otro usar de estas obras ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podria cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó mientras se conservan, y no mas, *d. l.* 3. Y es llamado ribera: *Todo aquel lugar que cubre el agua del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano, d. l.* 4.

3 Entre las cosas de la II. especie cuenta la *ley* 6. *de d. tit.* 28. los rios, los puertos y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres (1), en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran ó viven en aquella tierra de do son. Si se confronta la explicacion de las cosas de esta II. especie con la de las de la I. veremos, que en cuanto al uso de los hombres no parece distincion; porque unas y otras pertenecen al comun de todos los hombres, sean de la tierra que fueren. Tampoco la presentaban las Instituciones Romanas en los §§. 1. *y* 2. *de rer. div.* en que hablaron de estas dos especies de cosas. Pero sus Intérpretes la hacen diciendo, que el uso de las de la I. especie es comun á todos los hombres del mundo, y el de la II. á todos los de aquel territorio en que se hallan; pero no á los de otro: y esta misma diferencia indica Greg. Lop. célebre comentador de nuestras leyes de las Partidas en la *glosa* 4. *de dicha ley* 6. La causa de haberse hecho mencion del uso de las bestias en la explicacion de las cosas de la primera especie y no cuando se explican las de la segunda, no la alcanzamos.

(1) §. 2. eod.

4 Como el uso de los rios es comunal á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño á dicho uso comunal, debe ser derribado, *l.* 8. *d. tit.* 28. la cual da bella razon que debe atenderse siempre en todos los asuntos, á saber: *Que no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunalmente se estorbe por el pro de alguno.* Y de la misma manera que es comun á todos el uso de los rios, lo es tambien el de sus riberas. Y de consiguiente todos pueden atar á los árboles que ha en ella sus naves, componerlas, como tambien sus velas, poner mercaderías y pescado y venderle, enjugar sus redes y hacer otras semejantes. Pero el señorío ó propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que estan unidas, *d. l.* 6. Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y les pueden cortar, y hacer de ellos lo que quisieren (1); con tal que no lo hagan á tiempo que estuviese atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase y la quisieren atar, porque entonces se consideraria impedir el uso comun de la ribera, *l.* 7. *d. tit.* 28.

5 A la III. especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes á estos de las Ciudades y Villas (2), destinados al pro ó utilidad comun de cada una Ciudad ó Villa; de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella; mas no los que moraren en otro pueblo, *l.* 10. *tit.* 11. *P.* 3. *l.* 9. *d. tit.* 28. *P.* 3. en cuya *glosa* 6. dice Greg. Lop. que las Ciudades ó Villas tienen fundada su intencion de que le pertenecen los montes y término que estan en su territorio. Cotejadas las cosas de esta III. especie con las de la I. y II. al tenor de lo que dijimos al *n.* 3. se ve consistir su diferencia, en que el uso de las de la I. es comun á todos los hombres del mundo; el de las de la II. á todos los del

(1) §. 4. cod. (2) §. 6. cod.

Territorio, Reino ó Provincia en que se hallan, y el de las de la III. á todos los de la Ciudad ó Villa en que existen. Otras cosas hay que sin embargo de pertenecer tambien al comun de las Ciudades y Villas, no pueden usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas que estan en el patrimonio de la misma Ciudad, cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la Ciudad, como reparar muros, puentes y otras cosas semejantes, y pagar salarios de Corregidores y otros Oficiales, *l.* 10. *d. tit.* 28. *l.* 5. *y* 6. *tit.* 11. *y* 34. *lib.* 7. *y* 12. *Nov. Rec.* Para el buen gobierno y administracion de estos bienes se mandó una Junta dicha de *Propios y Arbitrios* al tenor de reales Instrucciones de los años 1745 y 760, *que son las leyes* 11. *y* 12. *tit.* 16. *lib.* 7. *Nov. Rec.* de las cuales se han expedido despues algunas *Adiciones.* Nuestro instituto de escribir Instituciones no nos permite entretenernos en explicarlas, que se pueden ver en Martinez en su obra Librería de Jueces, *tit.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* y en otros que han hecho colecciones de cédulas recientes. Estas cosas, aunque son de la Ciudad, pertenecen á la IV. especie siguiente.

6 A la IV. especie de cosas pertenecen aquellas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre, *l.* 2. *tit.* 28. *P.* 3. cuales son las que llamamos privadas ú de particulares, y tambien las que estan destinadas al patrimonio de alguna Ciudad ó cualquiera otro Colegio ó Universidad, en cuyo caso sirven sus frutos para el beneficio comun de aquella Universidad cuyas son; pero sin perder su naturaleza de ser cosas de esta IV. especie, como acabamos de manifestar en el *n. antecedente.*

7 La V. y última especie de cosas es de aquellas, dice la citada *l.* 2. *d. tit.* 28. que non pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes. La solemos llamar de derecho divino por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, religiosas, santas, *l.* 12. *d. tit.* 28. Sagradas son: *Aquellas que consagraron los Obispos*, como iglesias, altares, cruces.

cálices y otras semejantes, estableclas para el servicio de la Iglesia, y debe advertirse, que si alguna Iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *l.* 13. *d. tit.* 28. (1).

8 *La siguiente ley* 14. *de d. tit.* 28. adoptando la doctrina de las leyes Romanas (2), dice ser lugar religioso: *aquel en que está enterrado un hombre, ó á lo menos su cabeza.* Pero como ya advirtió Antonio Torres en sus *Instituciones* §. 6 y otros, no reconocemos en España por religioso otro lugar que el consagrado ó bendecido por los Obispos. Ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos. Seguimos en esto las leyes canónicas. Y la *ley inmediata* 15. tambien refiere lo que establecieron las Romanas de las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la Ciudad; y que por ello incurrian pena de muerte los que los quebrantaren rompiéndolos ó forzándolos. No lo aprueba formalmente, como nota Greg. Lop. en su *glosa* 2. infiriendo de ello ser oportuno el distinguir entre violacion y violacion, diciendo que si la hacia alguno con ánimo doloso, debia condenarse con pena de la vida, y si se ejecutaba sin él con pena extraordinaria.

9 Otra division de cosas se menciona en la *l.* 1. *tit.* 30. *P.* 3. que es subdivision de las de la IV. especie que hemos expresado en el *n.* 4 y es en corporales y no corporales o incorporales. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se puede tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. Corporales por lo contrario, las que pueden tocarse, como la casa, el caballo &c. De estas unas son inmuebles ó raices, que tambien se llaman bienes sitios, dichas asi porque no pueden moverse del lugar en que estan, como son los campos y casas y otros muebles que pueden moverse, ó bien por sí mismas, como las mulas, bueyes, caballos, ó por los hombres, como vestidos, mesas y los frutos de la tierra, *l.* 4. *tit.* 29. *P.* 3. Es menester tener presente esta diver-

(1) §. 8. Inst. de rer. div. (2) §. 9. eod.

sidad de cosas, por el diferente derecho que produce en varios asuntos.

10 Explicada la primera parte de este título, pasamos á la segunda, en que hemos de tratar de los modos de adquirir el dominio de las cosas corporales. Dominio es: *Derecho de disponer de una cosa segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador ó alguna convencion.* Se llama tambien en nuestras leyes *señorío* ó *propiedad, l. 27. tit. 2. P. 3.* bien que este nombre *propiedad* se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entonces *nuda propiedad.* Ademas del dominio regular hay otro que llama *útil*, de lo cual trataremos en su lugar. Con rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente tomado se extiende á las incorporales ó derechos, especialmente á los Reales en cuanto decimos que son nuestros y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11 Todos saben que la division de dominios viene del derecho de gentes, porque la exigió la necesidad de poder vivir los hombres en paz y tranquilidad; y que son varios los modos de adquirirle. De ellos, unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y otros han sido introducidos por el civil. En *este título* solo trataremos de los primeros, dejando para mas adelante el hablar de los civiles, que tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Decimos pues, que los pertenecientes al derecho de gentes se pueden reducir á dos, tomándolos con alguna extension, *ocupacion* y *accesion.* Cuanto adquirimos por hecho ú ocupacion nuestra pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion, y otras que iremos recorriendo: y á la accesion lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une con ella de modo que constituya un cuerpo con la misma. Tambien se puede reducir á dos de otra manera; diciendo ser uno *derivativo* y otro *originario.* El primero se llama asi por derivarse de otro por cuya voluntad adquirimos el dominio, cual es la tradicion,

sin que haya otro. El segundo porque á nadie debe su origen, teniéndolo todo en sí, y á él pertenecen todos los demas á excepcion de la tradicion.

12 Y por cuanto la primera division de modos nos parece mas cómoda y proporcionada para entender mejor los que vamos á explicar, empezamos, usando de ella, por la ocupacion de los animales fieros ó salvages. Y queremos ante todas cosas advertir que los animales unos sòn y se llaman absolutamente fieros ó salvages, otros que son tambien de naturaleza fiera; pero se llaman domesticados ó amansados, porque lo estan, y otros domésticos ó mansos. En los primeros y últimos se siguen reglas enteramente diversas en cuanto á la ocupacion: y en los segundos seguimos la regla de los mansos mientras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros cuando la han dejado.

13 Fieros son aquellos animales: *Que por instinto tienen inclinado de ir y vaguear por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre*, sean terrestres, acuátiles ó voladores. Y como no tienen dueño se hacen del que los coge, aunque los coja en campo ageno (1), sino es que los cogiere prohibiéndolo el amo de este, ó bien prohibiendo la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo si hubiese ya entrado en él, *l. 17. d. tit. 28, P. 3.* en cuyos casos son del dueño del campo. El señor Covarrubias fue de dictámen en el *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. part. 2.* §. 8. *n. 5. y 9.* que tambien en estos dos casos se hacian las fieras de quien las cogia. En cuanto al derecho Romano nos parece bien este modo de pensar; pero en cuanto al Español creemos no le permiten las expresiones claras en contrario de las 11. 17. y 22. *tit. 28. Part. 3.* y asi opina tambien Greg. Lop. en la *glosa 3. de d. l. 2.* Y si los animales cogidos saliesen del poder del cazador volviendo á su pristino estado, pierde este su dominio, y le adquiere el primero que los coja despues: entendiéndose salir de su

(1) §. 12. Inst. de rer. div.

poder cuando han huido y estan tan lejos, que no se ven ó aunque se vean, se considera que ya no pueden cogerse, *l.* 19. *d. tit.* 28. Si alguno hiriese alguna fiera, y persiguiéndola herida la cogiese otro, será de este, porque no estaba todavia en poder de quien la hirió y podia escaparse. Y tambien la hará suya el que la cogiere enredada en un lazo que otro hubiese puesto, segun todo lo establece la *ley* 21. *de d. tit.* 28.; bien que añade, que en algunos lugares se usa lo contrario. Y Greg. Lop. en las *glosas* 1. *y* 3. de la misma inclina á favor de esta costumbre citando á Anzon que dice ser general, y á otros, mayormente cuando estaba tan enredada la fiera que no podia escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Y la *ley* 16. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real* prohibe que pueda alguno coger la fiera mientras la persiga el que la hirió. Es pues regla entre los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiéndole tenido se han escapado y recobrado su libertad, que se hacen del que primero los ocupa.

14 Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los Príncipes modificarla ó limitarla en beneficio del mismo comun, como lo prueba latamente el señor Covar. con aquella solidez que acostumbra, *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. §. 8. Con efecto se leen varias limitaciones en las *leyes del tit.* 30. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y mas recientemente en la Ordenanza de caza, que incluye y manda guardar la *cédula de* 16 *de Enero de* 1772. *que es la nota* 5. *tit.* 30. *lib.* 7. *Nov. Rec.* En ella se prohibe generalmente el cazar desde el dia primero de Marzo hasta el primero de Agosto, y de Puertos al mar Océano desde el mismo primero de Marzo hasta primero de Setiembre; y en todo el año en los dias de nieve y fortuna. Solo se exceptúan los dueños de los sitios vedados de todo el Reino ó sus arrendadores, que podrán cazar conejos en ellos desde el dia de San Juan Bautista hasta primero de Marzo. Se prohibe tambien el uso de galgos en el expresado tiempo de la veda, ampliándose esta prohibicion en los

parages plantados de viña, hasta que su fruto sea cogido. Y sin expresion de tiempo el cazar con perdices de reclamo, lazos, perchas, orzuelos, redes y demas instrumentos, que destruyen la caza y perjudican la abundancia y diversion; pero se permite todo esto en la caza de codornices y otros pájaros de paso, aun en el tiempo de veda. Se manda que se maten los hurones, con una leve excepcion en los sitios vedados. La pesca en aguas dulces se prohibe asimismo desde primero de Marzo hasta fin de Julio, con instrumento, como no sea la caña. Solo los dueños particulares ó sus arrendadores podrán pescar desde el dia 24 de Junio. Y en el *n.* 13 se refieren los instrumentos y medios ilícitos prohibidos en todo tiempo; y en el 15 las penas de los trasgresores.

15 Entre los animales fieros ó salvages se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad que traen á los hombres, se ha introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas; el cual conserva el dominio de los enjambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan lejos que se considere imposible recogerlos; porque entonces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ageno, sino es que el amo del campo estando delante se lo prohibiese; y lo mismo debe decirse de los panales que alli hubiesen hecho, *l.* 22. *d. tit.* 28. Pero no podrá prohibir á su dueño que las persigue, el entrar en el campo y recogerlas, *l.* 17. *d. tit.* 4. *lib.* 3. *del Fuero Real.*

16 Los animales mansos ó domésticos son aquellos que nacen y se crian en las casas de los hombres, como las gallinas y los ansares ó patos. Y estos aunque vuelen y se vayan de las casas de aquellos que los crian, y no vuelvan, no por eso pierde su dominio aquel cuyas son; de suerte que se pueden pedir al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, *l.* 24. *d. tit.* 28. Es pues la regla en estos animales, que sin embargo de

cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

17 Los domesticados ó amansados son, segun dijimos, de naturaleza fiera ó salvage; pero tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Mientras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dejan la de los fieros. Refiere algunos la *ley* 23. *de d. tit.* 28., y entre ellos otra especie de ansares que no se crian en casa, y los mas conocidos y útiles que son las palomas. Pero en atencion á que derramándose en los tiempos de sementera y cosecha por las heredades y eras, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció *una Pragmática en* 16 *de Setiembre del año* 1784 *que es la ley* 4. *tit.* 31. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* en la que mejorando lo establecido en la *ley* 3. *tit.* 31. *lib.* 7. *Nov. Rec.* y en el *n.* 9. *de la Ordenanza de caza*, de que hemos hablado arriba al *n.* 14. se manda lo siguiente: I. Que los dueños de los palomares sean obligados á cerrarlos, y poner redes en los dos meses de Octubre y Noviembre, y en los tres de Junio, Julio y Agosto, sin que las Justicias puedan ampliar ó reducir este término. II. Que hallándose las palomas en dichas dos temporadas fuera de los palomares, se les podrá tirar á cualquiera distancia por los vecinos y forasteros, bien sean labradores ó no lo sean, en los sembrados y eras, sin incurrir en pena alguna; con tal que siendo dentro de la distancia del tiro, no se pueda hacer sino á espalda vuelta de los palomares. III. Que los dueños de los palomares, ademas de perder las palomas, han de pagar el daño á justa tasacion, y medio real vellon de multa por cada una, con agravacion en casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares y demas al arbitrio del Consejo. IV. Que por lo muy útil que es al comun la cria, aumento y conservacion de las palomas, subsista y quede en su fuerza y vigor para los demas

meses y temporadas del año lo dispuesto en la expresada *ley* 3. y que en su consecuencia no se pueda tirar en ellos á las palomas á las inmediaciones de los palomares, ni á la distancia de la legua de sus alrededores que previene.

18 Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, siendo la razon de su adquisicion la misma que la de las fieras, de que siendo de ninguno, se hacen del primero que las ocupa *l. 5. d. tit. 28. P. 3.* (1). Asimismo adquirimos el dominio por la ocupacion de aquellas cosas, que las desamparan ó echan sus dueños con la intencion que no sean suyas (2), bien sean muebles ó raices; pues desde entonces empiezan á ser de ninguno: con el bien entendido, de que para esto deben concurrir las dos circunstancias de haberlas echado ó desamparado su dueño, y que esto haya sido con la voluntad de que ya no fuesen suyas. Por falta de esta segunda circunstancia, no tiene lugar esta adquisicion de dominio en las cosas muebles que echamos al mar por el miedo ó peligro de la tempestad (3), ni en las raices que desamparamos sin atrevernos á ir á ellas por miedo de enemigos ó ladrones, *leyes 49. y 50. de d. tit. 28.* Ni en las que llamamos *mostrencas*, esto es, que se hallan perdidas, sin saberse de quien son; las cuales se deben pregonar por espacio de 14 meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda recoger. Y si pasado este término no apareciese, se deben vender, y aplicarse su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun el *Real decreto de 27 de Noviembre de 1785 que es la ley 6. tit. 22. lib. 10. de la Nov. Rec.* é instruccion que este cita y le acompaña. A este tenor quedan corregidas las *leyes 2. 4. y 5. de d. tit.* que hablan de este asunto.

19 La adquisicion del tesoro, esto es, dinero escon-

(1) §. 18. de rer. div. (2) §. 46. eod. (3) §. 47. eod.

dido, cuyo dueño ya no se sabe quien es, pertenecia tambien á ocupacion por su mitad, que se concedia al que lo hallaba, por razon del hallazgo, atendida la *ley 45. de d. tit. 28.* que asi lo disponia á imitacion de las leyes Romanas (1). Pero por ley mas reciente, que es la *3 d. tit.* pertenece al Rey dando la cuarta parte por galardon al denunciador. Y aunque *esta ley* solo habla al parecer de tesoros hallados en lugares pertenecientes al Rey, prueba el Sr. Covar. *in cap. Peccatum ae reg. jur. in 6. part. 3. §. 2. n. 4.* y mas latamente Gutier. *lib. 4. pract. quæst. 36. á n. 51.* deber entenderse de todos, mayormente siendo esta la costumbre general; y que en ello no hay injusticia alguna. Y pertenecen tambien al Rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal, *l. 1. y siguientes d. tit. 22.* que hablan latamente de este asunto, y de cuanta parte se debe dar al inventor, segun la diversidad de circunstancias.

20 Referimos tambien á la ocupacion la acepcion, esto es, cuando recibimos alguna cosa por tradicion que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo título idoneo para trasferir el dominio, como venta, dote, permuta ú otra semejante; pues con hacérsenos este entrego ó tradicion, la adquirimos. Solo hay que advertir, que si el título es venta, no nos pasa el dominio, si no pagamos el precio, ó la venta se haga, dando el comprador fiadores, prendas ó plazos, *l. 46. d. tit. 28.* (2). Y no es menester que la tradicion sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los intérpretes ficcion de breve mano, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, como por ejemplo, tengo yo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real; porque para ahorrar rodeos, se finge que yo se la restituí, y él me le entregó despues, *l. 47. d.*

(1) §. 39. eod. (2) §§. 40. 41. 42. eod.

tit. 28. (1). Y la otra simbólica, porque se hace por la tradicion de algun símbolo ó señal que representa y denota la tradicion de lo que se vende. Por este término se hace del comprador el trigo que hay en un almacen, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacen *d. l.* 47. *junc.* la *ley* 7. *tit.* 30 *d. P.* 3.; y véase otro ejemplo de la vista en el *tit. sig. n.* 15. (2). Y como las servidumbres y demas derechos ó cosas incorporales no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, *l.* 1. *d. tit.* 30. (3). Tambien se hacen por la tradicion fingida del que los coge los dineros ú otras cosas, que en funciones de alegria se echan al pueblo, pues aunque no los entrega corporalmente quien los echa al que los coge, como los echa con este fin, se finge que se los entrega, *l.* 48. *d. tit.* 28. *P.* 3. (4). Para tener lugar este modo de adquirir el dominio, debe ser dueño el tradente de lo que entrega, ó bien su procurador, y tener intencion de pasar su dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como dijimos arriba *n.* 11.

21 Visto los modos de adquirir el dominio por la *ocupacion*, vamos á hablar de aquellos en que se adquiere por la *accesion*: cuyo nombre tomamos latamente, de manera que no solo se extienda á aquellas cosas que juntándose ó uniéndose á las nuestras constituyen con ellas un solo cuerpo, sino tambien á las que nacen de las nuestras. A esta última especie de accesion llaman los Doctores *discreta*, por la separacion de cuerpos, y á la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas, yeguas y otras bestias, *l.* 25. *d. tit.* 28. (5); y los frutos que producen nuestros campos.

22 De la accesion continua hay dos especies, natural, que acontece por obra de sola la naturaleza y benefi-

(1) §. 43 cod. (2) §. 44 cod. (3) L. 1. tit. 3. P. 3.
(4) §. 46. Inst. de rer. div. (5) 6. 19. cod.

cio de los rios, sin cooperacion alguna del hombre, é industrial, que procede de la industria y hecho de los hombres. La primera sucede de cuatro maneras: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que en él nacen, y mutacion del alveo ó cauce de los mismos. Aluvion es: *Crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez*; y este aumento se hace nuestro por derecho de accesion, *l. 26. d. tit. 28.* (1). Pero si acaeciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno conocidamente con árboles ó sin ellos del campo del vecino, y lo dejase junto al mio que estaba mas abajo, no se haria mio dicho terreno, hasta que durase tanto tiempo esta union, que los árboles echasen raices en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, *d. l. 26.* cuyas *glosas 6. y 7.* advierte con razon Gregor. Lop. seria lo mismo, si el no haber echado raices en mi campo los árboles, fuese porque no les habia en la tierra unida: de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union: Y que el menoscabo debia regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

23 El dominio de las islas que nacen en el rio, lo adquieren por accesion los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas (2), y se debe seguir con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla naciese en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, midiéndolo con una soga, *l. 27. d. tit. 28.* Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en cuanto á la propiedad, y tambien en

(1) §. 20. eod. (2) §. 22. eod.

cuanto al usufructo; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio, pertenecerá al fructuario del campo, *l.* 30. *d. tit.* 28. Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sí que las habian formado los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece este de quien era, *l.* 28. *d. tit.* 28. (1). Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy raras veces, es del que la poblare primeramente; mas debe obedecer al Señor, en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció, *l.* 29. *d. tit.* 28. (2). Si el rio muda de alveo, el nuevo se hace público como lo es el rio, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *l.* 31. *de d. tit.* 28. (3). Si los campos se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que antes le tenian; aunque pierden la posesion mientras estan cubiertos: mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como antes lo hacian, *l.* 32. *d. tit.* 28. (4). Contamos tambien por accesion la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ageno. Cuando esto sucede, el dueño del campo adquiere el dominio del árbol, luego que este echa raices ó se alimenta de él, *l.* 43. *d. tit.* 28. (5). Y como esto acontece por obra de la naturaleza, es natural esta accesion, ademas de las cuatro que suceden por beneficio de los rios, segun acabamos de explicar.

24 A la accesion industrial pertenece en primer lugar la conjuncion, esto es, cuando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere algunas veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo. En ello se observan las siguientes reglas establecidas en la *ley 35. de d. tit.* 28. Si á una estatua mia de oro ó plata junto un pie ó brazo, y la soldadura fuese del mismo metal, que son la estatua y pie, adquiero el domi-

(1) D. §. 22. (2) D. §. 22. (3) §. 23. (4) §. 24. Inst. de rer. l. 3. §. 17. de adq. v. am. pos. (5) §. 31. Inst. eod.

nio de este, si lo junto con buena fe, creyendo era mio el pie, con la obligacion de dar al que era dueño del pie su valor. Pero si lo juntase con plomo ó materia de otro metal, no lo hago mio, tenga mala ó buena fe. Si el dueño del pie lo juntase á mi estatua, me trasfiere su dominio, si lo hace con mala fe, sabiendo ser mia la estatua, pues se presume que me le quiere dar. Y si la tuviese buena, tengo yo la eleccion ó de tener el pie en la estatua, pagando su estimacion al dueño que le juntó, ó dárselo sin pagarle el valor.

25 Tambien adquiero por la accesion lo que se escribe por otro en libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe creyendo ser suyo el pergamino, ó que tenia derecho de escribir en él, y lo quisiere el dueño del pergamino, deberá pagar al que escribió lo que estimaren peritos, que merece por ello. (1). Y si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; pero no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso. Mas si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso, *l.* 36. *d. tit.* 28. Y si alguno pinta en tabla agena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño. Pero si pintó con mala fe, pierde la pintura y debe ser de quien era la tabla, *l.* 37. *de tit.* 28. (2).

26 Por accesion adquirimos tambien el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que lo hubiesemos hecho con mala fe, sin poderlos demandar aquel cuyos eran: lo que se estableció para precaver, que arruinándose las casas, sacando de ella los materiales, se arruinasen con deformidad de la Ciudad. Pero el que metió los materiales tiene la obligacion de pagar á su dueño el valor de ellos duplicado, *l.* 38. *d. tit.* 28. (3), la cual concede esta accion al doble, hablando del que edificó, sea con mala ó

(1) §. 33. eod. (2) §. 34. eod. (3) §. 29. eod.

con buena fe. Y por cuanto la *ley* 16. *tit.* 2. *P.* 3. hablando de este mismo asunto en el *vers. Pero y siguientes*, distingue diciendo, que si el edificante tuvo buena fe, compete contra él la accion al doble, y si la tuvo mala, debe pagar cuanto jurare interesable el que recibió el daño; nos parece que cotejadas *estas dos leyes* tiene este eleccion contra el que edificó con mala fe, para pedir su interes ó el doble valor de sus materiales. En la práctica jamas hemos visto ni creemos se verá condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe.

27 Los dos modos de adquirir que se siguen no son tan sencillos, esto es, contienen en sí alguna mezcla ó diversidad. Sea el I. la especificacion, que no es otra cosa que: *Formacion de una nueva especie.* Si alguno la hace de materia agena, debe distinguirse en cuanto á su dominio el caso en que no puede tornar á su primer estado que tenia antes, del en que puede tornar. En el primero pertenece el dominio al que formó la especie, y asi será mio el vino y aceite que hice de uvas y aceitunas agenas, con tal que lo haya hecho con buena fe. Y el modo de adquirir el dominio será *ocupacion*, porque considerándose enteramente nueva especie, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia; será pues tuyo el vaso que otro hubiese hecho de plata tuya. Y es la razon, por considerarse haber permanecido siempre la misma materia (1), que como mas principal y fundamento de la forma la atrajo á sí; y por ello el modo de adquirir el dominio en este caso es *accesion.* Y adviértase que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar al otro ó el valor de la materia que perdió ó las expensas que hizo formando la especie con buena fe; pero no si la hubiese tenido mala, *l.* 33. *d. tit.* 28.

(1) §. 25. eod.

28 En II. es el que dimana de la posesion con buena fe. Si con ella compra alguno casa ó campo, de quien cree ser suyo ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos que percibiere por la obra y trabajo que puso en ellos, hasta que apareciendo el dueño de lo comprado se comenzase pleito entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse hasta la contestacion del pleito, con tal que los hubiese consumido ó despendido. Pero los no despendidos ó estantes les debe tornar al dueño de la finca, sacando primero las expensas que hubiere hecho sobre ellos, *l.* 39. *d. tit.* 28. (1). Esta doctrina debe entenderse en los frutos que llamamos *industriales*, por el motivo de que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como es el trigo y demas granos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros es la percepcion ó separacion de la tierra ó árboles que les producen; porque los no separados ó pendientes se reputan parte de la cosa. (2). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si asi fuera tendria tambien lugar en el poseedor de mala fe, lo que no sucede, como luego veremos, ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidos la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres mas por sí los da el campo, dice la *misma ley* 39. que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de ejecutarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no

(1) L. 22. C. de rei vind. (2) L. 44. D. eod.

poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida no tendria al parecer equidad. Diremos pues con Gregor. Lop. en la *glosa* 9. *de d. ley* 39. que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico; cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion sobre equitativa tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe que debia restituir los frutos despendidos, varía la locucion cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar la indica tambien en la doctrina y no puede ser otra. Y adviértase que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las expensas que hizo en su razon, *d. l.* 39. *al fin.* La siguiente *ley* 40. pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadio ú otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quien la han no tienen derecho de enagenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron y con los que hubiera podido llevar su dueño; y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro excepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fue partícipe del engaño.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa agena habla con extension la *ley* 44. *de d. tit.* 28., distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de bue-

na las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las expensas voluntarias: bien que deberá dejarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta *ley* habla con mas claridad que las 41. *y* 42. *del propio título*, que tratan del mismo asunto.

TITULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29. y 3. P. 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. *Si la usucapion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil ó del de gentes; y cómo se define.*
3. *Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.*
4. 5. 6. 7. 8. 9. *Se explican los cinco requisitos de la prescripcion.*
10. 11. 12. *Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo por qué se prescriben.*
13. *Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.*
14. *Quiénes pueden adquirir posesion.*
15. *Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.*
16. 17. *Modos de perderse la posesion.*

1 Por el uso de la cosa con justo título y buena fe se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera

(1) Tit. 2. et 3. lib. 41. D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio sin culpa ni intervencion suya: aunque no deja de tener mucha equidad fundada en exigirlo asi el bien público, como veremos: de suerte que no hallamos grande reparo en decir que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta cuestion de poco ó ningun provecho, vamos á explicarlo.

2 A este modo de adquirir llamaron las leyes Romanas usucapion ó prescripcion (1), y tambien le da este último nombre el *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*; y no es otra cosa que: *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley.* Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la República; porque sin ella estarian expuestos á infinitos pleitos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legítimo: podria clamar cualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del estado que se dejan considerar. La llamó con razon Ciceron fin de la solicitud y de los pleitos.

3 Para tener lugar la prescripcion son necesarios cinco requisitos: I. Razon derecha ó justo título idóneo para trasferir el dominio, esto es, que por él adquiriríamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enagenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadio, permuta. II. Buena fe. III. Posesion continuada. IV. El tiempo tasado por la ley. V. Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impedimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, crei que lo era y que

(1) Tit. 6. lib. 2. Inst.

me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, *l. 6. y siguiente, l. 9. l. 18. d. tit. 29. P. 3.*

4 El título necesario para la prescripcion debe existir real y verdaderamente sin que baste el existimado; y de ahí es que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado ó que se le ha dado sin ser asi; sino es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ageno que le sea tolerable ó inculpable; como por ejemplo, si habiendo dado yo orden á mi procurador que me comprase alguna cosa me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado ó la tuviese por legado, que ignorándolo yo hubiere sido revocado: en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *l. 14. l. 15. d. tit. 29.* (1).

5 La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella ó tenia facultad de enagenarla el que se la vendió ó dió, *d. l. 9.* (2). La *ley 12. d. tit. 29.*, imitando las Romanas (3), estableció que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, á excepcion de cuando la recibia por compra, que entonces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripcion la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Gregor. Lop. en la *glosa 1. de. d. l. 22.* El señor Covar. *lib. 1. var. cap. 3. n. 7.* y todos los demas Intérpretes nuestros dicen que en este particular seguimos en España al derecho canónico, que en el *cap. últ. de præscrip. de las decretales de Gregorio IX.* establece deber dudar la buena fe hasta el complemento de la prescripcion. Y el mismo Greg. Lop. en la *glosa 2. de la ley 21. de d. tit. 29.* añade, debe seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de 30 años, sin embargo

(1) §. 6. Inst. usucap. l. 11. pro empt. (2) L. 109. de verb. sign. (3) L. 2. pro empt.

de que *esta ley*, á imitacion tambien de las Romanas (1), no exige buena fe en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion* 48. *n.* 45. *y siguient.* pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y todavía avanza mas Covar. *in regula Possesor, part.* 2. §. 8. *n.* 5. Castill. *de tertiis, cap.* 26. *n.* 13. y Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 66., hasta decir con otros muchos que citan, que la mala fe impide tambien la prescripcion inmemorial: pero advierte el mismo Cov. en *d.* §. 8. *n.* 4. *y siguientes* tener lugar esta sentencia en el caso de constar ser mala la fe; porque la que solo es mala por presuncion se quita por la prescripcion de 30 años.

6 Posesion, dice la *ley* 1. *tit.* 30. *P.* 3. es: *Tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*, y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia.* La palabra *derecha* significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad; como luego lo explicaremos y con intencion en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene á empeños ó encomienda ó arrendada ó forzada; porque estos tales no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* y no la tienen creyendo que son dueños. Esta posesion ha de ser de tres años para poderse prescribir las cosas muebles, *l.* 9. *d. tit.* 29. *P.* 3., y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes si fuesen raices, *l.* 18. *d. tit.* 29. (2). Y la *siguiente ley* 19. añade ser necesarios treinta años, cuando el que enagenaba la cosa sabia no tener derecho para ello, si no es que lo supiere tambien aquel que podia enagenarla y callase: en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y explica entenderse por presente, el due-

(1) L. 3. l. 4. de præscrip. 30. an. (2) Princ. de Inst. d. usucap.

ño contra quien corre la prescripcion estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaria por la regla de los ausentes, y el otro por el de los presentes, segun la *ley 20. del mismo tit. 29.*

7 La posesion debe ser continua, *d. l. 9. tit. 29. l. 5. tit. 15. lib. 10. de la Nov. Rec.* porque si llega á interrumpirse, ó bien naturalmente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente porque se le emplaza ó pone demanda, de tal manera queda cortada la prescripcion, que debe empezarse de nuevo, *l. 29. d. tit. 29. l. 6. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec.* (1). Pero sigue la continuacion del antecesor en su sucesor tanto singular como universal; de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe, y de consiguiente si tú poseias una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me lo vendes, poseyéndola con igual buena fe otro año, completaré su prescripcion, *l. 16. d. tit. 29.* la cual extiende esta doctrina al caso en que poseyendo alguno cosa agena la empeñó y dió al acreedor en prenda, en el cual puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo se entiende para prescribir el dominio; pues para la posesion basta un año y un dia, en los términos que previene la *l. 3. tit. 8. d.* esto es, que el que tiene por un año y un dia una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede excusarse de responder sobre la posesion. Es verdad habla la ley de las Ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinion de Diego Perez contra la de Acevedo en el comentario de *d. l. 3.*

8 El V. y último requisito para la prescripcion es que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga im-

(1) L. pen. l. ult. C. de anal. excepl.

pedimento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I. Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas: y el hombre libre, *l.* 6. *d. tit.* 29. (1). II. Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de las Ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l.* 7. *d. tit.* 29. (2). III. Las forzadas ó robadas, *l.* 4. *d. tit.* 29. *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (3). IV. Las de los menores de 25 años, las de los hijos que estan en la patria potestad, y las dotales (4), sino es que siendo el marido un pródigo callase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote, *l.* 8. *d. tit.* 29. Esta doctrina en cuanto á las cosas dotales debe entenderse cuando la dote fuese inestimada, porque siendo estimada ya no son dotales las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 4. Y en cuanto á los menores téngase presente, y por repetido aqui lo que dijimos en el *lib.* 1. *tit.* 8. *n.* 3.

9 Las cosas que estan en el patrimonio de las Ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *título antecedente n.* 4. se prescriben por el tiempo de cuarenta años, pero se puede pedir la restitucion *in integrum*, *d. l.* 7. Y lo mismo sucede en las raices que pertenezcan á alguna Iglesia ó lugar religioso: mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la Iglesia Romana son menester ciento, *l.* 26. *d. tit.* 29. La jurisdiccion suprema, civil ó criminal que compete al Rey no admite prescripcion alguna, aunque sea de tiempo inmemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben, ni las alcabalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los Reyes, *l.* 4. *y* 9. *tit. d. l.* 6. *d. tit.* 29. *P.* 3. Pero segun esta *l.* 1. cualesquiera Ciu-

(1) §. 1. Inst. de usucap. (2) L. 23. de sacros. Eccles. (3) §. 2. nst. de usucap. (4) L. ult. C. in quib. cau. in int. l. 1. §. 2. de anal. except. l 4. de fund. dot.

dades, Villas y Lugares y jurisdicciones civiles y criminales, y cualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anejas y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion inmemorial, que sea probada segun previene la *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *de la Recop.* que explicaremos hablando de los mayorazgos; diciendo tambien entonces qué prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion inmemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando 40 años para la posesion, *l.* 8. *d. tit.* 15.

10 Hemos hablado hasta aqui de la prescripcion en cuanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque cuando se predica de acciones, está tan lejos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion; como que produce á favor del prescribiente el cortar la accion, dándole una excepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella misma la excepcion; y con efecto las leyes Romanas dan con frecuencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y en este sentido se toma en varias leyes del *tit.* 8, *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* La 5. dice: *El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos, la cual se guarde sin embargo de la ley del Rey D. Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.* Y por cuanto ni *esta ley* ni otra alguna de la Recopilacion habla de la prescripcion de la accion mere real, debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años que estableció la *ley* 21. *d. tit.* 29. *P.* 3. Pero debemos advertir con Antonio Gomez en el comentario de la *ley* 63. *de Toro*, que es la misma 5. *tit.* 8. *d.* entender-

(1) L. pen. de except. l. 8. l. pen. et ult. C. eod.

se esta doctrina de las acciones Real y mixta, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio concluido el tiempo que hemos referido ser necesario, y hecho ya dueño cesa contra él toda accion: Acevedo explica latamente esta *l.* 6.

11 Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes: I. La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II. La que compete á Boticarios, Joyeros y otros Oficiales mecánicos, y á los Especieros, Confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió; y para impedir esta prescripcion basta cualquier peticion de la deuda, aunque hubiese sido extrajudicial, *l.* 10. *tit.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* III. La que tienen los Letrados, Procuradores y Solicitadores para pedir sus salarios, no habiéndose contestado sobre ello antes que hayan pasado los tres años, *ley* 9. *d. tit.* la cual manda ademas, que no pueda renunciarse su contenido; y que si se renunciare no lo impida la renuncia.

12 La accion de un comunero de alguna herencia ó cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé su parte, no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que asi lo establece sin señalar la razon. Creemos puede serlo el que posee á nombre de todos los comuneros el que asi posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion que tambien es de ellos.

13 Pusimos arriba al *n.* 6. la definicion de la posesion, y de ellas se infiere que no pueden poseer propiamente las servidumbres ni otras cosas incorporales; mas usan-

do de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera de posesion, *l.* 1. *tit.* 30. *P.* 3. en cuya *glosa* 4. añade Greg. Lop. llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprende bajo la palabra *posesion.* Se divide la posesion en natural y civil. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como cuando uno está en su casa ó heredad, civil cuando sale de la casa ó heredad no con ánimo de desempararla, sino porque no puede estar siempre en ella, y vale tanto como la otra, *l.* 2. *d. tit.* 30.

14 Todo hombre sano de entendimiento puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre á excepcion de lo perteneciente al peculio castrense ó cuasi castrense, por razon del usufructo que le compete, *l.* 3. *d. tit.* 30. Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos que tuvieren en guarda, y tambien el Oficial ó Síndico del comun de alguna Ciudad para dicho comun, como si todos comunalmente se hubiesen apoderado de la cosa, *l.* 4. *d. tit.* 30.

15 Para adquirir la posesion se requieren dos cosas. La una voluntad ó intencion de ganarla; y la otra entrar corporalmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradicion fingida ó presunta en los mismos términos que hemos explicado en el *título antecedente* al *n.* 20. tratando de la adquisicion del dominio. De ello nos traen algunos ejemplos las *leyes* 6. 7. 8. *y* 9. *de d. tit.* 30. y el de *la* 6. tiene la singularidad de ser sin tradicion de símbolo ó nota, y sin ficcion de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa á voluntad del que la enagena, representándo-

se con esto la verdadera tradicion: cuyo modo de adquirir es tambien extensivo al dominio, *junt. d. l.* 6. con la 47. *tit.* 28. *P.* 3. (1). Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre las tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l.* 22. *tit.* 29. *l.* 5. *tit.* 30. *P.* 3. *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y lo mismo debe decirse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (2). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al *n.* 6. *l.* 10. *d. tit.* 30. Aquella es derecha, que procede de título que por su naturaleza sea traslativa de dominio, *l.* 11. *d. tit.* 30. Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l.* 5. *d. tit.* 30. Pero advierte Gegor. Lop. en la *glosa* 2. *de la misma* deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil estan el propietario y el dueño directo.

16 Vistos los modos de adquirir la posesion veamos cuales son aquellos por qué se pierde. Trata de ellos la *ley* 17. *d. tit.* 30. diciendo, que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raices: I. Si echan de la cosa raiz al poseedor por fuerza. II. Si la entra otro alguno no estando él delante, y cuando viene despues no le recibe dentro de ella. III. Cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá porque sospecha que no le querrán dejar en ella, ó le echarán de allí por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucedería si se la hurtasen (3). Pero debemos advertir, que el referir *esta ley* taxativamente los tres modos de perder alguno la po-

(1) L. 1. §. pen. l. 18. §. 2. de adq. v. am. pos. (2) L. 8. commod. v. cont. (3) L. 15. de adq. v. am. pos.

sesion de las cosas raices, allí: *Non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

17 Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raices, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su crecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l.* 14. *d. tit.* 30. Y adviértase, que segun la *ley* 32. *tit.* 28. *d. P.* 3. esta doctrina tiene solamente lugar mientras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas usaremos de ellas como antes lo haciamos. Y asimismo la perdemos si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion de que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *l.* 13. *d. tit.* 30. Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l.* 14., lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte que no fuese facil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habiamos cogido, con la diferencia que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l.* 14. *l.* 18. *d. tit.* 30. *l.* 19. *tit.* 28. *d. P.* 3. (1). Y que se pierde tambien la posesion desamparando el que la tenia la cosa con ánimo de no tenerla, *l.* 12. *d. tit.* 30., es cosa clara. Podriamos tratar aqui de las acciones ó juicios que llaman interdictos, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dejarlo para despues del título general de los juicios.

(1) §. 12. Inst. de rer. div.

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES

Y PERSONALES.

Tit. 31. P. 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre Real ó predial, ó cómo se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe y á que se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufructo.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

1 Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el *título* 1. *de este lib. n.* 10., pareció á los Componedores del *Libro de las Partidas* tratar de las servidumbres en el *título* 31. *de la Partida* 3., despues de haber tratado en los *dos antecedentes* del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es: *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades agenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que ha una casa en otra,

(1) Tit. 3. 4. et 5. lib. 2. Inst.

y se llama *urbana*; y la otra que ha una heredad en otra, y se dice *rústica*. Las que son de este género se llaman reales, porque dicen respecto y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas personales, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l.* 1. *tit.* 31. *P.* 3. que luego explicaremos. Estas se expresan siempre con el nombre específico que tienen; de suerte que cuando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales, que tambien suelen llamarse prediales, por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios, uno dominante por cuyo respeto y beneficio se constituye; y otro sirviente que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituirlas á excepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el Juez (1).

2 Servidumbres urbanas, que como acabamos de decir son las que há una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l.* 2. *de d. tit.* 31. (2), y son: I. El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia. II. El derecho de agujerear la pared del vecino para meter alli una viga en beneficio de mi casa. III. El mismo derecho para poner una ventana que dé luz á mi casa. IV. El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino por canal, caño ó de otra manera. V. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes Romanas llamaron á la I. de estas servidumbres *oneris ferendis*, á la

(1) §. 1. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (2) D. §. 1.

II. *tigni immitendi*, á la III. *luminum*, á la IV. *stillicidii, vel fluminis avertendi*, á la V. *altius non tollendi* (1), y la VI. no la establecieron formalmente. Sus intérpretes dijeron haber entre la I. y la II. la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en cuanto al pilar ó coluna: cuya diferencia adopta Gregor. Lop. en la *glos.* 2. *de d. ley.* 2. diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres menos frecuentes; y tambien manifiesta haberlas nuestra citada *ley* 2. diciendo al fin despues de haber referido las expresadas: *O alguna otra semejante de estas que sea á pro de los edificios.*

3 Rústica servidumbre es, segun dijimos, aquella que ha una heredad ó campo en otra, y son tambien muchas sus especies; las mas frecuentes las que se siguen (2): I. Senda, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pie ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y no en par. II. Carrera, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III. Via, esto es, derecho de ir por heredad agena á la nuestra, á pie ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madero arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho pies en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura, *l.* 3. *d. tit.* 3. *P.* 31. (3).

4 IV. La que los Romanos llamaron *aquæductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua,

(1) L. 23. §. 3. fam. ersc. l. 18. com. div. (2) Princ. eod.
(3) L. 8. de serv. rust. præd.

de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l.* 4. *d. tit.* 31. Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad agena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, sino es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l.* 5. *d. tit.* 31. (1). V. El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias con que labro mi heredad en prado ó dehesa, *l.* 6. *d. tit.* 31. VII. El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ella el aceite que recojo en la misma, *l.* 7. *d. tit.* 31. (2).

5 Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l.* 9. *l.* 13. *d. tit.* 31. (3), reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l.* 11. *d. tit.* 31. Y si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que lo otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tambien por su parte, como por la de los otros: mas si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *l.* 10. *d. tit.* 31. (4). Y lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante (5). Y adviértase, que las servidumbres son individuas, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni en los del sirviente, que posean el predio; y de con-

(1) L. 2. §. 2. de serv. rust. præd. (2) §. 2. Inst. eod. (3) §. 3. eod.
(4) L. 11. de serv. præd. rust. (5) D. §. 3.

siguiente se debe enterar á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos *l.* 9. *l.* 18. *d. tit.* 31.

6 La servidumbre es una cualidad tan inherente ó afija á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamante en cuanto es carga, ó activamente en cnanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, sí que pasa al nuevo poseedor, *l.* 8. *l.* 12. *d. tit.* 31. No podrá pues enagenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enagenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua que ya tuviere en su campo á otro, para que este riegue la suya, *d. l.* 12. y es la razon, porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad agena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7 Tres son las maneras de constituirse las servidumbres expresadas en la *l.* 14. *d. tit.* 31. I. Por contrato ó concesion entre vivos. II. Por testamento ó última voluntad. III. Por el uso. De la I. y II. cualquiera puede formarse los ejemplos; y en cuanto á la III. debe advertirse, que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego; y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las descontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y las descontinuas por el inmemorial, *l.* 15. *de d. tit.* 31., y alli Greg. Lop. en su *glos.* 3.; el cual añade en la *glos.* 12. la limitacion de no deber entenderse esta doctrina cuando el que prescribe tiene justo título por algun tercero, probando bien con las leyes Romanas, é intérpretes de ellas, que entonces bastará el tiempo largo ú ordinario de 10 ó 20 años y lo mismo advierte Ant. Gom. como cosa muy singular y cuotidiona, *l.* 2. *cap.* 15. *n.* 27. *variar. vers. Advertendum.* Continuas decimos

aquellas de que usamos cada dia, como se explica *d. ley.* 15. poniendo por ejemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba *n.* 2. Y descontinuas, por lo contrario las de que no usamos cada dia, de las que pone tambien ejemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el *n.* 3., y lo son asimismo las tres últimas que hemos explicado al *n.* 4. La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la *misma ley* 15. en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las descontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, da á entender manifiestamente, que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gomez, 2. *var. cap.* 15. *n.* 27. *vers. Item*, que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I. y II. de las urbanas, arriba *n.* 2., se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso; pero en las negativas, cual es la V. de las mismas urbanas, desde que el prescribiente prohibe al otro usar de la libertad. Si posees pues enfrente de mi casa una área ó solar que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, sino es que habiéndolo querido hacer te lo impedí, y desde entonces hubiesen pasado 10 ó 20 años.

8 En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradicion; y bajo de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gomez *d. cap.* 15. *n.* 27. *vers. Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. Y añade alli mismo, que si el prescribiente apoyase se uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso del

tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño, y lo mismo dice por via de limitacion Greg. Lop. en la *glosa 3. de d. l. 15.*, como sucederia si creyendote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ú utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquirian por el uso aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de aquirir servidumbres por el uso, lo establecieron y fundaron muy bien las leyes Romanas (1). Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gomez y Greg. Lop. en los lugares citados; y es muy conforme á lo que establecen de la prescripcion de las cosas corporales las *leyes 6. 9. y 18. tit. 29. P. 3.* como hemos notado en el *título antecedente num. 3.*

9 Son tambien varios los modos de perderse ó extinguirse las servidumbres: I. Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se extingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *l. 17. d. tit. 31.*, porque el hombre no usa de sus cosas en manera de servidumbre, ó como suele decirse á ninguno sirve su cosa, *l. 13. d. tit. 31. II.* Por la remision ó condonacion de la servidumbre, que hace el dueño del campo á que se debe, *d. l. 17.* Y no es menester que la remision sea expresa, bastará que sea tácita como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciere alguna cosa que impedia su uso, *l. 19. d. tit. 31.* (2).

10 III. Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de presentes y ausentes las discontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las dos continuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *l. 16. d. tit. 31.* Pe-

(1) L. ult. C. in fin. de præsc. long. tem. (2) L. 8. puem. serv. am.

ro debemos advertir entenderse esta doctrina en las servidumbres rústicas; porque de las urbanas que se deben á los edificios, establece la *misma ley* 16. perderse por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, á buena fe, como por ejemplo, de que usa la *misma ley*, cerrar la ventana por donde entraba la luz. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el otro que no la usó: lo contrario será, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños el predio que era comun, *l.* 18. *d. tit.* 31., que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y en el segundo dos (1).

11 Servidumbres personales, que como dijimos arriba *n.* 1. se suelen expresar con sus nombres específicos de *usufructo*, *uso y habitacion*, son las que se deben á las personas, sin respecto alguno á cosas. Es la principal y frecuentísima el usufructo, que no es otra cosa que: *Derecho de usar de casas, tierras, ganados, otra cosa agena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos.* Pertenecen pues al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propiamente frutos, ó cuando lo sean, son extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Los puede vender como quisiere; pero no podrá enagenar ni empeñar la misma cosa: antes bien tiene obligacion de prestar la caucion dicha *fructuaria*, esto es, dar fiadores de que no se perderá ni empeorará la cosa por culpa suya; y cuando se acabe el usufructo la restituirá á su dueño,

(1) L. 16. quemad. serv. amit.

ó á quien se le haya mandado, *l.* 20. *d. tit.* 31. Y ademas debe aliñarla y cuidarla bien, de manera que si fuere casa, ha de repararla y cuidarla que no caiga, ni se empeore por su culpa, y si fuere heredad labrarla y cultivarla bien, plantando cepas y árboles en lugar de los que se secaren. Y si fueren ovejas, y algunas se murieren, debe poner y criar en lugar de ellas otras tantas reses de sus hijos. Y tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos, *l.* 22. *d. tit.* 31. (1).

12 Los modos de constituirse el usufructo son los mismos tres que hemos explicado arriba *n.* 7. tratando de las servidumbres reales, *l.* 14. *l.* 20. *d. tit.* 31., de suerte, que en esto no hay diferencia alguna entre unas y otras servidumbres: á excepcion del modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familias á favor del padre que le tiene en su poder, á beneficio de la *ley* 15. *tit.* 17. *P.* 5. (2), cuyo usufructo da al padre otras prerogativas, á mas de las que tienen los otros fructuarios, que pueden verse en Gomez en la *ley* 6. *de Toro nn.* 11. *y* 12. Castillo de *usuf. cap.* 3. y otros muchos que cita; siendo una de ellas el no poder el hijo enagenar sin consentimiento del padre la propiedad que es suya, Gomez en el *n.* 11. (3). Y véase lo que dijimos en el *tit.* 7. *lib.* 1. *n.* 40. Pero la hay en los modos de acabarse; porque ademas de extinguirse tambien como las servidumbres reales, por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario, y por la remision, y en cuanto á no usarse por el tiempo de 10 años entre presentes, ó 20 entre ausentes; se acaba por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l.* 24. *de tit.* 31. Y asimismo se acaba enagenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida

(1) L. 7. l. 18. l. 65. de usuf. et quemad. (2) §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. adq. (3) L. ult. §. 5. C. de bon. quæ libe.

tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l. 24. l. 3. tit.* 8. *P.* 5. Los Intérpretes para explicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario. El uno real ó de comodidad consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro personal inherente á su persona: de los cuales puede enagenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enagenar este, siempre se extingue y va á unirse con la propiedad. Quemándose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de otra manera, se extingue tambien su usufructo, *l. 25. d. tit.* 31. (1). Y si fuere dejado á alguna Ciudad ó Villa, sin expresion de tiempo, dura cien años (2), y pasados ellos se acaba y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro Lugar, les quedaria salvo el derecho que habian en aquel usufructo, *l. 26. de tit.* 31. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este: pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2. tit. 7. n. 16.*

13 La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es: *Derecho de usar de cosa agena fructífera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufructo, á excepcion de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia: y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20. tit.* 31. (3); y de consiguiente si muriere teniendo algunos percibidos

(1) §. 1. Inst. de usu et habit. (2) §. 3. eod. (3) L. 18. eod.

y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l.* 21. *d. tit.* 31. (1). III. Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos o pechos sobre ella impuestos, si no es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (2). La tercera servidumbre personal se llama habitacion o morada, es: *Derecho de habitar en casa agena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, claro está que se acaba pasado este, *l.* 27. *de tit.* 31.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1. Partida 6. y tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec. (3).

1. *Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*
3. *Solemnidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.*
4. *Solemnidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego, y de los codicilos.*
5. *Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.*

(1) L. 5. §. 2. quib. mod. ususf. v. ut amit. (2) L. 66. de ususf. et quemad. (3) Tit. 10. lib. 2. Inst.

6. *Otras divisiones de testamentos.*
7. *Los que no pueden ser testigos en ningun testamento.*
8. *Quiénes son los que solo estan prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.*
9. *Quiénes tienen prohibicion de testar.*
10. 11. 12. 13. *Se puede dar á otro poder testar, y lo que hay que advertir sobre el comisario.*
14. *Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.*

1 Los modos de adquirir, de que hasta aqui hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora á tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que: *Universal patrimonio de alguno con sus cargas.* Su adquisicion consta de dos partes, delacion y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia sin que primero se le defiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella. Se defiere por testamento, y faltando este ab intestato, *princ. y l. 3. tit. 13. P. 6.* (1).

2 Testamento, dice la *ley 1. tit. 1. d. P. 6. es una de las cosas del mundo en que mas deben los homes haber cordura cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos*: y no es otra cosa que: *Voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l. 2. d. tit. 1.* Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos ó abiertos,*

(1) L. 1. cum duab. seqq. de her. pet.

y los de la otra, *escritos ó cerrados*, *d. l.* 1. *l.* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1). Cada cual requiere sus solemnidades, que copiaremos de *estas leyes* 1. *y* 2. que las establecen, variando en parte las que habian establecido las *leyes* 2. *y* 3. *P.* 6.

3 Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con Escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin Escribano público, ha de haber á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde lo pudiere haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho lugar, á lo menos han de ser 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 otras calidades que el derecho requiere, vale el tal testamento, *d. l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* la cual manda valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento: Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro á quien substituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, el substituto ó substitutos lo puedan hacer todo. Segun esta *famosa ley*, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia: cuya proposicion en el derecho Romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

(1) §. 14. Inst. de test. ord.

4 En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la *ley* 2. *tit.* 8. 2. *de d. tit.* 18. que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano: Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5 Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa explicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen. I. Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre extraños, establecidas en *dichas leyes*; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Gomez en la *ley* 3. *de Toro* (es *d. l.* 2.) *n.* 48. II. Que la disposicion de *d. l.* 2. en cuanto dice, que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas como lo estableció la *ley* 3. *tit.* 12. *P.* 6. y lo prueba lata y fundadamente Gregor. Lop. en su *glosa* 2. y lo mismo siente Gom. en *d. l.* 3. *de Toro n.* 69. III. Que asimismo, lo que dice del testamento del ciego *d. l.* 2. se entiende del abierto, como que este no

lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lop. en *d. glosa* 2. Gomez en *d. l.* 3. *n.* 51. y Aceved. en *d. l.* 2. *n.* 25. IV. que nos parece bien por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Aceved. en *d. l.* 2. *n.* 25. *y siguientes*, de ser necesario intervenga Escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos; aunque Antonio Gom. en *d. l.* 3. *n.* 52. se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del Escribano. V. Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados; porque *dichas leyes* 1. *y* 2. que expresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Asi lo prueba Antonio Gomez en dicha *ley* 3. *de Toro n.* 29. cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria, que defiende Acevedo en *d. l.* 1. *n.* 48. *y siguientes*, y en *d. l.* 2. *n.* 5. VI. Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas lib.* 2. *tit.* 10. §. 14. *n.* 6. rechazamos con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gomez en *d. l.* 3. *n.* 47. de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no interviniere Escribano, pudiendo haberle; y en el *n.* 7. la del Señor Covar., que en el *cap.* 10. *de testament. n.* 3. pretende probar, que bastan dos testigos con el Escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6 Que ademas de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas frecuente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares; y la otra en los que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. *Pagánicos* se llaman los de los paisanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* segun fueren abiertos ó cerrados. *Militares* son llamados los que hacen los soldados (Las leyes de las Partidas les suelen apellidar *Caballeros*) estando en hueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exentos de toda

solemnidad la *ley* 4. *tit.* 1. *P.* 6., imitando en esto las leyes Romanas (1); de suerte, que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. y si no estaban en la hueste, debian testar como los paisanos. Pero en las *Ordenanzas generales del ejército, artículo* 4. *tratad.* 8. *tit.* 11., y despues mas completamente en *cédula de* 24 *de Octubre del año* 1778 *que es la ley* 8. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* declara y manda el Rey, que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de cualquier modo en que conste su voluntad. Y en cuanto á la otra division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del Rey, en cuyo caso rarísimo valdria aunque no hubiese otro testigo sino el Rey, *l.* 5. *d. tit.* 1. *P.* 6. El otro hecho con fe privada, es el que ordinariamente se hace.

7 Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y cuando deban ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quienes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden ser todos aquellos que no estan prohibidos que lo sean. Refiriendo pues los que lo estan, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley* 9. *de d. tit.* 1. segun se sigue. I. Los condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los Apóstatas, que habiendo dejado nuestra religion Católica, pasaron á ser Moros ó Judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mugeres. IV. Los menores de 14 años. V. Los esclavos. VI. Los mudos. VII. Los sordos. VIII. los locos, mientras estuviesen en la locura. IX. Los pródigos (2). En los del n. I. juzga Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.* 9. que se comprenden todos los infames con infamia de derecho, de los

(1) Princ. Inst. de mil. testam. (2) §. 6. Inst. de sest. ordin.

que hablaremos en el *lib.* 2. *tit.* 27. Y en los del n. V. añade la misma *ley* 9. al vers. *Pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazon, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque despues se averiguase ser esclavo (1).

8 Los testigos inhábiles que acabamos de referir, lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l.* 14. *tit.* 16. *P.* 3., que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l.* 11. *de tit.* 1. *P.* 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas, *d. l.* 11. (2). Los demas pertenecientes á testigos en pleyos y contratos, los trataremos cuando hablemos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l.* 13. *d. tit.* 1. *P.* 6. Estan prohibidos los siguientes. I. Los menores de 14 años si son varones, y de 12 si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (3). II. El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de la Partida al loco ó mentecato (4). III. El desgastador ó pródigo (5). IV. Los mudos ó sordos que no saben escribir ni pueden hablar, cuales son los que lo padecen desde su nacencia; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma, *d. l.* 13. V. Los religiosos profesos, *l.* 17. *d. tit.* 1. y en su *glos.* 1.

(1) §. 7. cod. (2) §. 3. cod. (3) §. 1. Inst. quib. non est perm. (4) D. §. 1. (5) §. 2. cod.

Greg. Lop. Segun las leyes de las *Partidas*, tampoco podian testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que estan bajo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley* 3. y á los hijos la 4. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* bien que de los condenados exceptúa *d. l.* 3. los bienes que por razon del delito fueren confiscados, ó se hubieren de confiscar á favor del Rey ú otro.

10 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley* 1. *y siguientes del tit.* 19. *d. lib.* Se previene en *d. l.* 1. que el Comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejorías del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion de cualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador: salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera; el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da el poder por su nombre, á quien manda que el Comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el Comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder y nada mas.

11 Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al Comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos expresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento; puede el Comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudos, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocare heredarle ab intestato; y si parientes tales no tuvie-

re el testador, estará obligado el Comisario, dejando á la muger del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l. 2. d. tit.* 19. El Comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4 meses, si estuviere en la Ciudad, Villa ó Lugar donde se le dió el poder, al tiempo en que se le dió; y si entonces estaba ausente, pero dentro de los Reinos de España, dentro de 6 meses; y si estuviere fuera de estos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos términos, que corren tambien contra el Comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos ab intestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal Comisario, en cuyo caso deberá hacerlo; y si pasado el término no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l. 3. d. tit.* 19. Matienzo en esta *l. 7. glosa 2. n. 3.* citando á muchas, y Antonio Gomez en la 33. *de Toro* (es la misma *ley* 3.) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

12 Si el Comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de este ó sus herederos ab intestato: los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y si no lo cumplieren dentro de un año, contándole desde la muerte del testador, podrá compelerles la Justicia, á peticion de cualquiera del pueblo, *l.* 13. *tit.* 20. Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el Comisario disponer mas de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, sino es que este le hubiese dado poder para mas, *l. 6. d. tit.* 19.

13 El Comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l. 4. d. tit.* 19. Ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, aunque se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declaracion alguna, *l. 5. d. tit.* 19. Si fueren muchos los Comisarios, y muriere alguno, su derecho se funde en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la Justicia para la decision, en los términos que refiere la *ley 7. d. tit.* 19. Y para que valga el poder para testar debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l.* 8. *d. tit.* 19.

14 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el Juez, cualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l.* 1. *l.* 2. *tit.* 2. *P.* 6., y añade Gregor. Lop. en la *glosa* 1. *de d. l.* 1. citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l.* 1. (1). Si el testamento estuviese en el Lugar donde se pide que se abra, debe mandar el Juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del Juez, debe pagar al que lo demandase todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l.* 2. Y debe

(1) L. 3. C. quemad. test. aper.

ser abierto delante del Juez y los testigos que son escritos en él. Pero antes que el Juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser asi, debe ser abierto ante ellos y leido, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el Juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (1). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviese delante ninguno de los testigos ante quienes fue hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l. 3. d. tit.* 2., la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse asi, *l. 5. l. 6. d. tit.* 2. De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente.*

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO,

SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (2).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*

(1) L. 7. test. quemad. aper. (2) Tit. 13. 14. y 16. lib. 2. Inst.

4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién vaya la herencia cuando el testador instituye á los pobres.*
5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
6. *Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrescer entre los herederos.*
7. *Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.*
8. 9. 10. *Se explican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
11. *Qué sea sustitucion, sus especies, y se explica la vulgar.*
12. 13. *De la sustitucion pupilar.*
14. *De la sustitucion ejemplar.*
15. *De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
16. *Del derecho de deliberar.*
17. 18. *Del inventario.*
19. 20. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
21. 22. 23. 24. *De las desheredaciones.*
25. 26. *Modos de romperse el testamento; y penas de los que impiden testar.*
27. *De los testamentos que se reciben por la querella de inoficiosos.*

1 Aunque segun dijimos en el *título antecedente n. 3.* no es necesaria en España la institucion de heredero para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es: *Nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l. 1. tit. 3. P. 6.* Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, *l. 2. d. tit. 3.*, por lo que para saber quiénes

puedan serlo, es lo mas expedito referir los prohibidos, y son: I. Los desterrados para siempre, llamados en latin *deportati.* II. Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del Rey; pero á estos se les puede legar. III. Los Hereges y los Apóstatas (1). IV. Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra derecho y contra la voluntad del Rey, *l.* 4. *d. tit.* 3. Y adviértase, que aunque *esta ley* no hace mencion de los Moros ni de los Judíos, estan tambien prohibidos, como lo convence la *ley última tit.* 7. *d. P.* 6. *vers. Eso mesmo.* Por la *l.* 4. *de tit.* 3. la muger que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun extraño ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que concede licencia á todas las mugeres que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna

2 A los que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos; porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á excepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes: I. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del Rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres si tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dejar dichos sus padres ó madres la quinta parte de sus bienes, *l.* 5. *y* 7. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (*l.* 9. *l.* 12. *de Toro*). Y si no tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legítimos, *d. l.* 5. *con la siguiente.* Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la su-

(1) L. 3. C. de apost. l. 4. C. de hæret.

cesion de sus madres; salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dejarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entonces se dice dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre la pena de muerte natural, *d. l.* 5. Pero de la sucesion del padre estan los espurios tan excluidos, que solo les puede dejar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutierrez, *lib.* 3. *pract. quæst.* 94. de la *ley* 1, *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* II. Los hijos de los Clérigos, Frailes ó Monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, donaciones ó ventas que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l.* 5. y su *antecedente la* 4., que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por Clérigos deben entenderse aqui los ordenados de orden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Acevedo en *d. l.* 2. *nn.* 3. *y* 4. Y adviértase, que las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 3. *y* 6. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley* 4. *tit.* 3. *P.* 6. *al fin*; bien que á Gregor. Lop. en la *glosa* 11. *de d. l.* 4. ya le pareció debia limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin expresar por quienes.

3 IV. Nada pueden percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea Clérigo ó Religioso, ni sus parientes, ni su Iglesia ó Religion, confirmado por *cédula publicada en* 18 *de Agosto de* 1771, que es la *ley* 15. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en la que se añade la pena de privacion de oficio del Escribano que autorizase cualesquiera instrumentos en su contravencion; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto acordado* la justa causa de esta prohibicion de evitarse las persuasiones, sugestiones y fraudes con que se turban

las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. En explicacion de lo que dice *esta cédula* sobre la nulidad del instrumento que declara, nos parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del Confesor. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Asi vemos, que la *l.* 8. *tit.* 7. *P.* 6. *al fin*, al paso de disponer que es nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin expresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en cuanto á la desheredacion; pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la *ley* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24. *de Toro*) que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien asi las leyes Romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

4 El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad cuál es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *l.* 6. *d. tit.* 3. *P.* 6. que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (2). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que nombraba por heredero á Pedro su amigo si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cual de los dos quiso hablar; é iria en este caso su herencia á los mas próximos parientes que hubieren de suceder ab intestato. Ni tampoco valdria, si el tes-

(1) Autent. ex causa C. de liber. præt. desump. ex Nov. 115. cap. 3. in fine. (2) L. 15. C. de testam.

tador señalase al heredero por injurias ó dicterios especiales, como si dijere, nombro en heredero á Juan, que es traidor ó herege, para deshonrarle ó infamarle. Pero sí que valdria, si en general dijese de él que era malo, sin expresar la especie de maldad, *l.* 10. *d. tit.* 3. Y si instituyere herederos á los pobres de alguna Ciudad ó Villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los hospitales de aquella Ciudad, y señaladamente en aquellos, que por sus achaques no pueden salir de los hospitales. Pero si el testador no señalare Lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, 20. *d. tit.* 3., en cuya *glosa* 7. dice Gregor. Lop. deber entenderse en el caso que el testador tuviere allí su domicilio.

5 Cuando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere, pero la comun ú ordinaria division es en 12 partes, que se suelen llamar onzas (1), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas proporciones iguales que ningun otro. Al total de 12 onzas llaman las leyes Romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripundium* (2), cuyos nombres se expresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin expresion de partes. Si nombraran á varios, sin expresar partes en ninguno, todos las tendrian iguales; y si en todos las expresare, cada cual sacaria la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrian aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el as, y llenado ó excedido al as, lo que faltase hasta el dipondio, y con la misma regla hasta el tripondio (3). Si por ejemplo pues dijere el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3, Diego sea heredero, tendria este 5 que faltan para completar

(1) §. 5. Inst. de her. inst. (2) D. §. 5. §. 8. eod. (3) §. 6. eod.

el as; y si al primero señalaba 8., al segundo 7. y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaria 9. que faltan hasta el dipondio; y por la misma razon tendria 12. si entre los otros dos tuviesen señaladas otras doce, como todo esto consta en las *leyes* 17. 18. *y* 19. *d. tit.* 3. que en esto imitaron á las Romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. Tambien las imitó la *ley* 14. *de d. tit.* 3. disponiendo que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debia este llevarse toda la herencia. (1). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del derecho Romano, la consideramos corregida por la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, de la que hemos hablado en el *tit. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6 Entre las leyes Romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno parte testado y parte intestado, á cuyo tenor decidian el caso último del *n. anterior* y otros semejantes. Pero el de *d. célebre l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que arriba hemos trascrito, *tit. antecedente n.* 3. convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los Romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.* morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto, sin embargo de que lo prohibia la *ley* 15. *de d. tit.* 3. Este axioma establecido formalmente en una ley de los Romanos (2), les precisó á admitir el derecho de acrescer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doctrina tuvo lugar en España por la citada *ley* 14. *de d. tit.* 3. hasta que la corrigió, como hemos dicho, *la* 1. *d. t. y lib.* Diremos pues,

(1) L. 1. §. 4. de her. inst. (2) L. 7. de div. reg. jur.

consiguiente á esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrescer en las herencias; pero que tendrá lugar cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l.* 1. se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera, que por la misma razon siempre lo ha tenido en los legados cuando hay conjuncion real. Y segun esta regla no habrá derecho de acrescer en las herencias cuando uno solo es el instituido en cosa cierta ó parte cuota de la herencia; ó son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó ab intestato los demas bienes vacantes, ó partes de que no dispuso el testador. Véase á Vela *disput.* 47. á *n.* 58. Pero si el testador instituyese á muchos juntándolos ó en toda la herencia ó en alguna parte de ella, como por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrescer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

7 El testador puede instituir heredero no solo puramente ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien bajo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa que: *Añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse ó se promete.* Su naturaleza es, que si se cumple ó sucede el acontecimiento vale lo expresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y mientras se espera está en pendencia, *l.* 1. *tit.* 4. *P.* 4. (1). Es muy frecuente su uso en testamentos y en contratos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo cual merece que se trate de ellas con alguna extension. Sus divisiones son las siguientes: I. En posibles é imposibles. Posibles son aquellas que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen;

(1) L. 26. de cond. inst. l. 8. de per. et com. rei vend.

y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho ó por ser perplejas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijere: *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare al Cielo con la mano;* y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad ó contra derecho, *l.* 1. *l.* 3. *tit.* 4. *P.* 6. (1). Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones que dió el celebérrimo Jurisconsulto Papiniano (2), que nos ha parecido notarla aqui, á saber: *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, existimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres,* como si uno dijera: *Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo ó no le dieres á comer.* Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno ni sirven, pues se tienen por no puestas, y el heredero ó legatario cogen lo que se les deja, como si se les hubiere dejado pura y simplemente. *d. l.* 3. Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados bajo de condicion imposible son nulos. Asi lo establecieron varias leyes Romanas (3). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España que expresamente lo establezca, hemos querido notar aqui esta doctrina por sentarla Greg. Lop. en la *glosa de la ley* 17. *tit.* 11. *P.* 5. Gomez *lib.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 60. y todos nuestros Intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que asi contraen se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse: cuya inteligencia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento que se hace pensando en la muerte; y por su favor se han constituido muchas

(1) L. 15. de cond. inst. (2) D. l. 15. (3) §. 10. Inst. de inut. stipul.

cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplejas*, que ellas en sí mismas se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que quiere, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dijeres: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro, l. 5. d. tit. 4. P. 6.* (1). Tambien hará nulo el testamento la condicion imposible de hecho, *l. 4. d. tit. 4.* que pone un ejemplo, sobre el cual puede verse la *glosa 1* de esta *ley* de Greg. Lop. y la 4. de la *l. 6. tit. 4. P. 4.* en que trata latísimamente de este asunto.

8 Dejando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *l. 2. d. tit. 4.*, pasamos á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber: II. En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que extrae en nuestro poder, como si dijera Pedro, que te lega cien pesos si fueres á Madrid. Casuales, las que penden de la casualidad ó aventura, como si te los legaba si te hacian Obispo. Y mezcladas ó *mixtas*, las que en parte estan en nuestro poder, y en parte penden de otro ó de la casualidad, como si te los legare si te casares con Fulgencia, la que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concurra la de esta, *ll. 7. 8. y 9. de d. tit. 4.* III. En expresas y tácitas. Son expresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los ejemplos que hemos referido: y tácitas las que asi no se manifiestan; pero se entienden expresadas. De estas unas se sobreentienden, porque asi lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos que na-

(1) L. 16. cod. cond. instit.

cerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion *si nacieren*, *l.* 20. *tit.* 11. *P.* 5. (1). Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las expreso se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murio primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no expresó esta condicion (2). Lo contrario será si los instituidos son extraños, *l.* 10. *d. tit.* 4. *P.* 6. Y si uno fuese hijo y el otro extraño, juzga muy bien Gregor. Lop. en la *glosa* 13. *de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo si fuese él quien muriese primero. Y adviértase que el dia incierto se considera condicion cuando se duda si existirá ó no, como si el testador dijere: *Lego á Pedro cien pesos cuando le hicieren Capitan, ó cuando cumpliere 50 años, ley* 31. *tit.* 9. *P.* 6. (3). Pero si se sabe que existirá, ignorándose solo el cuando, como el dia de la muerte, no hace condicion si se pone á la persona del interesado; y la hace si se pone á la de un extraño, como probamos en *nuestras instituciones lib.* 2. *tit.* 14. §. 9. *n.* 5. No encontramos tratada en las leyes de España la celebérrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion se entiende repetido en la sustitucion, que tanto ha dado que discurrir á los Intérpretes de las Romanas. Si sucediese en España nos inclinariamos á que deberia resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos cuando la examinamos latamente en nuestro Digesto, *lib.* 35. *tit.* 1. *n.* 4. Y en los siguientes *nn.* 5. 6. 7. 8. *y* 9. explicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del

(1) L. 1. §. ult. de cond. et demonst. (2) L. cum avus 102. eod.
(3) L. 75. de cond. et demonst. L. 21. cum. sec. cuand. dies. leg. eod.

tiempo en que deben cumplirse las condiciones, que omitimos aquí por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la *ley* 14. *de d. tit.* 4. estableciendo en el *vers. Pero* que aquel á quien se deja algo bajo de condicion de casarse con persona determinada no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese antes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él dejase de casar con la determinada persona (1), sino es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella segun derecho. Mas si queriendo casarse él no lo quisiera la tal persona, sí que lo ganaria.

9 Cuando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se deja, *l.* 8. *d. tit.* 4. Y lo mismo en las potestativas, sino es que suceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, *l.* 7. *d. tit.* 4. *l.* 22. *tit.* 9. *P.* 6. Pero debe advertirse, que si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por ejemplo: *Lego á Pedro cien pesos sino fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores que los restituirá si fuese, *d. l.* 7. (2), á cuya famosa caucion llamaron los Romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los Intérpretes tanto extraños como nuestros, y entre estos Gomez. 2. *var. cap.* 11. *n.* 37. En *nuestras instituciones lib.* 3. *tit.* 16. §. 4. *n.* 6. notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente y al otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l.* 12. *d. tit.* 4. Y cuando instituye heredero bajo de dos condiciones, deberán cumplirse todas si las pone coyunctivamente, como si dijera: *Sea Pedro heredero si se casare y fuere á Madrid*; pero si lo ha-

(1) L. 31. de condit. et demonst. (2) L. 7. l. 8. eod.

ce disyunctivamente diciendo, *ó va á Madrid*, bastará se cumpla cualquiera de ellas, *l.* 13. *d. tit.* 4. (1).

10 Y últimamente concluyendo este asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica y apoyada por nuestros Autores, por útil al estado y conforme á las buenas costumbres la doctrina de las leyes Romanas (2), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse cuando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere muger; pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gomez, *in l.* 4. *Taur. n.* 8. Covar. Gutier. y otros. Tratamos tambien con extension de ella en nuestro *Digesto lib.* 35. *tit.* 1. *n.* 11. *y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos sacados de leyes Romanas (3). De que sea nula la condicion de no casarse no debemos inferir que lo sean tambien las adyecciones ó expresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras las mejoran *mientras se mantengan doncellas ó sin casarse*; porque no respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del estado, sino el de socorro á las hijas mientras estén destituidas del auxilio de marido; y no hacen la mejora condicional sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adyecciones en caso de duda antes deben considerarse modos que condiciones, Castill. *lib.* 4. *controv. cap.* 55. Parlador. *differ.* 147. Barbos. *de dict. usufrequent. diction. Donec.* 93. *n.* 4.

11 En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en grado si-

(1) §. 11. Inst. de her. inst. (2) L. 22. et passim. de cond. et demonst. (3) L. 63. l. 64. §. 1. de cond. et demonstr.

guiente, que se llaman sustitutos, y su institucion sustitucion, que es *Institucion en segundo ó ulterior grado.* De ella pone seis especies la *ley* 1. *tit.* 5. *P.* 6. que iremos explicando, y son: I. Vulgar. II. Pupilar. III. Ejemplar. IV. Compendiosa. V. Brevilocua ó recíproca. VI. Fideicomisoria. La V. no tanto es especie de sustitucion como modo de sustituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de sustituir, como luego veremos. La vulgar llamada asi, porque la puede hacer cualquiera del Pueblo, y á quien quisiere, *l.* 1. *d. tit.* 5., se hace regularmente por palabras negativas, bajo esta fórmula: *Pedro sea heredero, si no fuere séalo Juan.* Y por cuanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l.* 1. *l.* 2. *d. tit.* 5. (1), suelen explicarlo los Intérpretes diciendo, que el caso general de esta sustitucion comprende los particulares de impotencia y de noluntad. Se puede tambien hacer sin expresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dijera que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por noluntad del uno lo seria el otro de toda la herencia, como lo establece *d. l.* 2. manifestando con ello, que bajo del caso de la impotencia se comprende el de la noluntad: lo que era muy cuestionable entre los Intérpretes de las leyes Romanas. Si el testador nombrara tres ó mas herederos, señalando á cada uno partes y sustituyéndoles vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la sustitucion, y uno de ellos no fuese heredero, tendrian los otros su porcion vacante segun las partes que tenian señaladas en la institucion y no por partes iguales, *l.* 3. *de t.* 5. (2), cuya razon es clara por creerse que el testador les amó de la misma manera en la sustitucion, que en la institucion á uno mas y á otro menos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la sustitucion vulgar hecha en estos términos de estar sustituidos en-

(1) L. 3. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst. (2) §. 2. eod.

tre sí los mismos instituidos, es la que se llama recíproca (1). Como para tener entrada el sustituto vulgar es preciso que no sea heredero el que está instituido, no lo tendrá si este tomare la herencia, ó diciendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, *l. 4. d. tit. 5.*

12 Pupilar sustitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder y es impúbere, *l. 1. l. 5. d. tit. 5.* (2). Y por cuanto esta *ley 5.* en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade, é á los que descienden de ellos, de suerte que segun ella podrian los abuelos sustituir pupilarmente á los nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues la *l. 3. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Rec.* (*47. de Toro.*), que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlo sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso poco frecuente podria servir la citada añadidura de *d. l. 5. de las Partidas.* La fórmula expresa y ordinaria de esta sustitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro.* Y tambien puede hacerse calladamente sin esta expresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de 14. años, y Pedro y Juan mis amigos; y cualquiera que sea mi heredero lo sea tambien de mi hijo, l. 5. d. tit. 5.* la cual establece asimismo que bajo la sustitucion vulgar expresa se comprende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14 años si es varon, ó de 12 si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea *Pedro*, lo será tambien este en el caso de que habiéndolo sido el hijo murió en la referida edad. Pero pone una excepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras*

(1) L. 4. §. 1. de vulg. et pup. subst. (2) Pr. Inst. de pup. subs.

ende en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad, el uno mayor de 14 años, y el otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entonces no sería el mayor sustituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la excepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales, y por lo mismo fue su voluntad que el mayor solo recogiese á su favor la sustitucion vulgar del menor; puesto que este no podia recoger otra por ser el mayor incapaz de tener sustituto pupilar. Y que lo mismo seria si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño aunque menor por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entonces, muerto este en la edad pupilar, heredaria el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *l.* 6. *d. tit.* 5. (2). Y aunque esta *ley* exige en este caso, que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el *tit.* 4. *de este lib. n.* 3.

13 Es efecto de la sustitucion pupilar que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquier parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *l.* 7. *d. tit.* 5. (3), como total exclusion de la madre del pupilo, como expresamente lo establece la *ley* 12. *del mismo tit.* 5. *vers. E si aquel*, hablando de la pupilar comprendida en la compendiosa, y lo prueba Gom. 1. *var. cap.* 4. *n.* 7. Y añade al *siguiente n.* 8. suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en textos del derecho Romano que

(1) L. 2. C. de impub. et al. subs. (2) §. 4. Inst. de pup. subst. (3) Pr. eod.

á nuestro dictámen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib. 2. tit. 16. n. 17. y siguientes*: Solo se exceptúa el sustituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará mas bienes que los que el arrogado hubo del padre arrogador ó por su contemplacion, *l. 9. d. tit. 5.* (1). La causa de haberse introducido esta sustitucion es, porque no pudiendo testar los que estan en la edad pupilar por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potestad estan, *l. 11. d. tit. 5.* Y como esta es necesaria para su subsistencia, de ahí es que siempre que cese, de cualquiera manera que sea, desfallece ó se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de edad pupilar, *l. 10. d. tit. 5.* Por esta misma ley no era admitido el sustituto pupilar, cuando el hijo instituido no queria la herencia de su padre. Pero por cuanto la famosa *ley 1. d. tit. 18.* que acabamos de citar dispone, que si el heredero no admite la herencia, vale, y debe observarse todo lo demas que se halla ordenado en el testamento, diremos que en este particular corrige á *d. l. 10.*

14 Ejemplar sustitucion se llama aquella que hacen los padres ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura ó enagenacion de potencias que padece, establezco por heredero suyo ó en su lugar á Juan* (2). Se llama asi por haberse introducido á ejemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *cuasi pupilar*. Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias: I. Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la

(1) L. 10. §. 6. de vulg. et pup. subst. (2) §. 1. Inst. de pup. subst.

ejemplar tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre (1); y es la razon, porque la ejemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II. Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos. (2) III. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento, *l.* 11. *d. tit.* 5. (3). Y en el caso en que éste despues de haber recobrado el juicio lo volviese á perder, es cuestion si debe considerarse que dura ó se ha restablecido la sustitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el Sr. Covar. *in cap. Raynutius.* §. 6. *n.* 11. con la solidez que acostumbra, inclinando á la media sentencia de que dura, si el intervalo del recobro es breve, y no si es largo: lo que penderá del arbitrio del Juez. A la misma inclina Greg. Lop. en la *glosa* 9. *de d. l.* 11. Y todos convienen que puede darse sustituto ejemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los demas que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. *d.* §. 6. *n.* 1.

15 Compendiosa sustitucion, que segun dijimos arriba *n.* 8. mas es modo de sustituir, que propia especie de sustitucion distinta de las otras, es aquella: *Que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes*, de suerte que comprende la vulgar, la pupilar, y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como lo explica Antonio Gomez, 1. *var. cap.* 7. La *ley* 12. *de d. tit.* 5. *P.* 6. pone su siguien-

(1) L. 9. C. de impub. et al. subst. (2) D. l. 9. (3) §. 1. Inst. *de pup. subst.*

te fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y cuando quier que él muera, sea su heredero Juan.* Si el heredero no fuese el hijo, deberia omitirse su expresion. Tampoco es mas que modo de sustituir la que se dice sustitucion *breviloqua*, *recíproca* ó *mútua*, la cual acontece cuando el testador dispone que sean sustitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos les estableciese herederos diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos, y les establezco por sustitutos al uno del otro.* Asi lo explica la *ley* 13. *d. tit.* 5. añadiendo, que hecha de esta manera contiene cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de d. l.* 13., que el hablar esta de hijos asi sustituidos, es por ejemplo, porque tambien puede tener lugar esta sustitucion en herederos extraños: bien que entonces no podia comprenderse la pupilar. Y últimamente sustitucion fideicomisaria es aquella en que el testador pone de algun modo en la fe del heredero que nombra, que restituya á otro la herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando que restituya mi herencia á Juan.* Y el heredero establecido de esta manera debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trebeliánica*, *l.* 14. *d. tit.* 5. (1). Lo que añade al fin *esta ley*, que el heredero asi instituido puede ser apremiado por el Juez á que admita la herencia, está derogado por la célebre *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos citado, y dispone lo que dijimos arriba *tit.* 4. *n.* 3.

16 Como no sea justo que se precise á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dejan, sin examinar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas sus cargas que los bienes, á las que queda obligado por la admision de la herencia; se les concedió el derecho de deliberar, *pr. del tit.* 6. *P.* 6. (2),

(1) §. 5. Inst. de fideicom. her. (2) L. 9. de jur. delib.

que no es otra cosa que: *Facultad para tomar acuerdo por sí ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechar la herencia.* Compete este derecho tanto á los herederos ab intestato, como á los testamentarios. Y pueden pedir plaza para hacer uso de él al Rey ó al Juez del Lugar donde es la mayor parte de la herencia del difunto, debiéndolo hacer antes que se otorguen por herederos de palabra ó de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia para instruirse mejor de lo que les conviene, *l.* 1. *d. tit.* 6. (1). El Rey puede dar un año de plazo, y el Juez nueve meses (2), cuyo término puede coartar hasta cien dias, si entendiere poder bastar estos. Y si acaso muriese el heredero antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, tendrá su heredero el que restare (3). Pero si falleciere despues de concluido el plazo, sin haber admitido la herencia y fuese extraño, esto es, no descendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la cual el finado habia obtenido el término de deliberar. Mas si descendiese del testador que le habia dejado heredero, podria su heredero haber la herencia, aunque aquel á quien heredaba hubiese muerto despues del plazo que se les concedió, *l.* 2. *d. tit.* 6. *P.* 6., la cual recomienda Gregor. Lop. en su *glosa* 10. Despues de admitida la herencia ya no la puede desamparar, *l.* 18. *d. tit.* 6. (4). Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia sin preceder mandato del Juez, dado por alguna justa razon, como seria para pagar el entierro del difunto ú otras cosas precisas, que sino se hiciesen tendrian daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *l.* 3. *d. tit.* 6., que pone varios ejemplos (5). Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas

(1) L. 5. de adq. vel om. her. (2) L. ult. §. 13. C. de jur. delib. (3) L. 19. C. eod. (4) §. 5. Inst. de her. qual. (5) L. 5. l. 6. de jur. delib.

cosas de ella, las debe restituir á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuántos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creido, estimando el Juez, segun su arbitrio la suma en que debe jurar, *l. 4. d. tit. 6.*

17 Despues de establecido el derecho ó beneficio de deliberar, establecieron los Romanos otro llamado del *inventario*, que ambos han sido adoptados por nuestras leyes. Inventario es: *Escritura que se hace de los bienes del finado*, el cual es mas desembarazado y útil á los herederos, porque hecha esta escritura ó inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Y debe comenzarle dentro de 30 dias desde que supiere que es heredero, y acabarle hasta tres meses. Pero si todos los bienes del difunto no estuviesen en un lugar, se le puede dar el plazo de un año, de mas de los tres meses, para que pueda reconocerlos y ponerlos en la escritura. Esta escritura debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que esten presentes cuando se hiciere. Y si por ventura alguno de estos fuese en otra parte ó estando en el Lugar no quisiere ir cuando le llamaren, entonces debe hacerse la escritura ante tres testigos, que ademas de ser hombres de buena fama conozcan al heredero ó herederos: Y al fin de la escritura debe el heredero escribir de su mano que todos los bienes del testador estan escritos en el inventario lealmente y sin ningun engaño. Y si no supiere escribir debe rogar á un Escribano pùblico que lo escriba en su lugar delante de dos testigos, *l. 5. d. tit. 6.* Gregor. Lop. en la *glosa 8. de esta ley*, juzga que tambien deben ser citados los acreedores (1). Si los legatarios no hubiesen estado presentes á la confeccion del inventario y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que jure el heredero que no encubrió cosa alguna ni hizo engaño ninguno en aquella

(1) L. ult. C. de jur. delib.

escritura; y tambien que juren los testigos que se hallaren presentes que el inventario fue hecho bien y lealmente; y asi lo debe mandar el Juez, *l.* 6. *d. tit.* 6. *P.* 6.

18 Hasta que sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden pedir cosa alguna al heredero aquellos á quienes se deja algo en el testamento. Pero durante este tiempo nada pierden estos de su derecho. Ni tampoco debe el heredero pagar las mandas que dejó el testador hasta que primero haya pagado sus deudas, en conformidad de lo que dijimos de no deber pagar mas de lo que restare despues. Y aun despues de pagadas estas puede retenerse la cuarta parte de la herencia que llaman *falcidia*; de la que trataremos mas adelante, *l.* 7. *d. tit.* 6. Los gastos que hubiese pagado el heredero por el entierro del difunto ó por otra justa razon, no los debe notar el inventario; y si acaeciere alguna contienda sobre ellos lo deberá probar por testigos ante quien los pagó, ó por su juramento. Y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el difunto, le quedará salvo, *l.* 8. *d. tit.* 6., á diferencia del heredero que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se mezclan y confunden con los del finado, por la admision de la herencia, *l.* 10. *d. tit.* 6. En el dia la *ley* 9. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (30 *de Toro*), mandando que los gastos del entierro se saquen del quinto de la hacienda, y no de su cuerpo, nos precisa á que digamos que esta decision corrige limitando la doctrina de *d. l.* 8. *tit.* 6. *P.* 6. en cuanto dice que no deben notarse en el inventario los gastos del entierro á que solo tenga lugar cuando el testador á nadie dejó el quinto de sus bienes, porque si lo hubiese dejado á alguno deberian notarse como cargo que habria este de pagar ó tomar sobre sí en la division de la herencia. Si al heredero le fuese probado que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes del difunto, deberá pagar el doble valor de lo encubierto ó hurtado á aquellos que deben recibir algo del testador. Y los pleitos que ocurrieron

sobre inventario, les ha de sentenciar el Juez dentro de un año á mas tardar, *l.* 9. *d. tit.* 6. Y si hubiere admitido la herencia, dejando pasar al tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, á pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la cuarta parte, *d. l.* 10.

19 El heredero, tanto que lo sea ab intestado como por testamento, puede admitir la herencia, ó en voz diciendo llanamente que quiere ser heredero, ó con hechos sin expresarlo con palabras, como si usase de los bienes como heredero y dueño de ellos, labrando las tierras, ó arrendándolas; ó usando de los bienes en otra manera semejante (1). Pero si usara de ellos por piedad, ó para que no se perdiesen ó menoscabasen las cosas, como por ejemplo, dando á comer á los ganados ó caballerías, ó cuidando de los enfermos; por tal uso como este, no se diria que quiso mostrarse heredero: bien que será bueno que manifieste ó proteste ante algunos, que lo hace por piedad, y no con intencion de ser heredero, *l.* 11. *d. tit.* 6. Al primer modo de admitir la herencia llamaron los Romanos *adicion*, y al segundo *gestion por heredero* (2). Para que el establecido por heredero, ó el que tenga derecho para serlo por parentesco lo pueda ser, debe ser cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar; pues si lo dudare, no puede entrar ni ganar la herencia, ni la puede renunciar aunque quiera. Y la misma prohibicion tiene, pendiente la condicion, el que estuviere instituido bajo de ella, y el que ignorase la condicion del que le estableció, si podia ó no hacer testamento, *l.* 14. *d. tit.* 6. (3), y cualquiera de admitir la herencia so condicion, sea la que fuese, pues la admision debe hacerse siempre puramente, *l.* 15. *d. tit.* 6.

20 En cuanto á los hijos que estan en poder de sus

(1) §. 6. Ins. de her. qual. (2) L. 5. §. 7. de adq. her.
(3) D. §. 6.

padres, y los menores de 25 años, debe admitirse lo siguiente, prevenido todo en la *ley* 9. *de d. tit.* 20. Si alguno estableciere por heredero á un hijo que está en poder de su padre, con la intencion que gane la herencia para su padre, no la podria ganar para sí, sino para su padre, y con otorgamiento de este, y seria peculio profecticio. Pero si la madre ó cualquier otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia, y tenerla sin consentimiento del padre; y no estando el hijo en el lugar, puede entrar en ella el padre, y será peculio adventicio del que tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufructo. Si el heredero fuere loco, mentecato ó menor de siete años, deberá entrar en la herencia el que les tenga en su guarda, ó el padre á nombre del hijo, si le tuviere en su poder. Y si fuese menor de catorce años, podrá el mismo entrar en ella; pero con otorgamiento de su padre ó de aquel que le tuviese en guarda. Si muriere alguno sin testamento dejando á su muger en cinta, ó creyendo que lo está, debe esperarse á que para, y en el entre tanto no puede ninguno entrar en la herencia, *l.* 16. *d. tit.* 6. Las diligencias que han de practicarse en este caso para la custodia y seguridad del parto, y evitar todo engaño, las explica con mucha extension la *ley* 17. *d. tit.* 6. La *ley* 21. *tit.* 6. *P.* 6. adoptó la division de herederos en suyos, necesarios y extraños, establecida en las leyes Romanas (1). Pero por cuanto los esclavos que eran los necesarios, apenas les tenemos, y los rigores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y sustituciones; es mejor division decir que unos son necesarios, esto es, que deben necesariamente ser instituidos ó desheredados, cuales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes; y en voluntarios que son todos los otros. A los descendientes para poder ser herederos,

(1) Pr. Inst. de hered. qual.

les basta que tengan capacidad de serlo al tiempo en que muere el testador, aunque no la tuviesen cuando se hizo el testamento; pero los demas la deben tener en tres tiempos, que son, cuando les establecen ó se hace el testamento, el de la muerte del testador, y cuando aden ó admiten la herencia, *l.* 22. *d. tit.* 3. Por los dos mismos modos que puede el heredero admitir la herencia, puede desecharla, esto es, en voz ó por hechos que manifiesten su voluntad de no querer ser heredero, *l.* 18. *d. tit.* 6. (1). Desechando un descendiente la herencia de su ascendiente, puede entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes á la misma no hubiesen sido enagenadas, en cuyo caso solo podria entrar siendo menor de 25 años, *l.* 20. *d. tit.* 6.

21 Hasta aqui hemos hablado de la institucion de heredero, beneficios que este tiene para entrar con seguridad en la herencia, y modos de admitirla: debemos ahora hablar de la desheredacion. Desheredar es: *Excluir de la herencia á aquel, que por derecho le pertenecia, l.* 1. *tit.* 1. *P.* 6. Los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes, que esten en el primer lugar para heredarles ab intestato (cuya circunstancia debe entenderse en todos los que desheredan) si dieren justa causa, y fueren de edad de 10 años y medio á lo menos; y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto de sus ascendientes, *l.* 2. *tit.* 7. *d. P.* 6., la cual añade lo mismo de los parientes de travieso, respecto de sus colaterales: bien que dice: que lo pueden hacer sin razon ó con ella, y que omitiéndolos á ellos, pueden instituir á un extraño. La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal cierta, sea varon ó hembra, esté ó no en poder de quien deshereda, de manera que pueda saberse ciertamente quien es el desheredado. Y no quita la fuerza á la desheredacion el que hable mal de su hijo el padre

(1) §. 6. eod.

que le deshereda, como si teniendo un solo hijo dijera, *Desheredo á mi hijo ladron, que no merece llamarse mi hijo* (1). Debe ser la desheredacion sin condicion (2), y de toda la herencia, y no de una cosa solamente: si no se hiciese asi no valdria, *l.* 3. *d. tit.* 3. (3).

22 La desheredacion hecha por justa causa priva al desheredado de la herencia de quien le desheredo, que le pertenecia por parentesco. Y si este alegare varias causas, basta que el heredero pruebe una para que produzca su efecto la desheredacion, *l.* 8. *d. tit.* 7. Las *leyes* 4. 5. 6. *y* 7. *de d. tit.* 7. refieren 14 de dichas justas causas que puede tener el padre para desheredar á su hijo, previniendo la citada *ley* 8., que por ninguna otra le puede desheredar, adoptando en todo esto lo que Justiniano estableció en las leyes Romanas (4). Pero debemos advertir haber otras dos causas de desheredacion mas recientes que las *leyes de las Partidas*, las que hemos notado de paso en el *lib.* 1. *tit.* 4. *nn.* 16. *y* 30. y son el haber contraido matrimonio clandestino, *l.* 5. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, y el casarse los hijos sin el consentimiento de sus padres ú otros en su defecto, segun el tenor *de la pragmática del año* 1776 que hemos referido en el *lib.* 1. *tit.* 4. *nn.* 3. *y* 4., que contiene otras penas que pueden verse en ella, como tambien hay contra los que contraen matrimonio clandestino en *d. l.* 5. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.*

23 Las justas causas para desheredar los hijos á los padres son 8 expresadas en la *ley* 11. *d. tit.* 7. (5). Son menos porque á los padres les son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les estan prohibidas á estos para con sus padres. Si los padres ó los hijos no expresan en la desheredacion alguna de las justas causas, son nulos sus testamentos, *l.* 10. *l.* 11. *d. tit.* 7. Y en

(1) L. 3. de liber. et posth. (2) L. 3. §. 1. de inoffic. testam. (3) L. 19. de liber. et posth. (4) Nov. 151. cap. 3. (5) Nov. 115. cap. 3.

cuanto á las desheredaciones de los hermanos, establece la *ley* 12. *d. tit.* 7., que puede desheredar ó preterir un hermano á otro con razon ó sin ella, con sola la limitacion de que no instituya heredero á hombre que fuese de mala vida ó infamado: en cuyo caso podria el hermano quebrantar su testamento, y haber la herencia, sino es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas que expresa la *misma ley* 12 (1), y la probare el heredero escrito.

24 Si el testador que tuviere descendientes, ó en su defecto ascendientes, no instituyese herederos, ni desheredase á los que estan en primer lugar, sino que les omitiese sin hacer mencion de ellos, instituyendo heredero á otro, en cuanto á su herencia seria nulo el testamento, *l.* 10. *d. tit.* 7. *l.* 1. *tit.* 8. *P.* 6. Pero si les preteriera sin nombrar heredero alguno, juzgamos seria válido despues de la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, por la cual para que el testamento valga, no es necesario que contenga institucion de heredero, como tenemos dicho arriba *tit.* 4. *n.* 3. Asi no sienten entre otros muchos Matien. en *d. l.* 1. *glosa* 10. *n.* 49. Ayllon *ad. Gom.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 2. y Pichar. *in* §. *igitur quartam de inof. test. n.* 24. Y es la razon de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas que dejó el testador, en cuanto no le mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio, como le recibiria en el primero, si en su lugar se nombrase heredero á un extraño.

25 El testamento bien hecho puede romperse ó perder su fuerza de varias maneras. Se rompe en primer lugar, si al testador despues de haberlo otorgado le naciese algun hijo que estuviese preterido, el cual naciendo lo romperia. A este hijo llaman las leyes *póstumo*, aunque con rigor solo se llaman asi los que nacen despues de muerto su padre, *l.* 20. *tit.* 1. *P.* 6. (2). Se rompe

(1) D. Nov. 115. cap. 4. §. 1. et seqq. (2) L. 3. §. 1. de injur. rup. et irr. fac. test.

tambien por otro testamento cumplido ó perfecto que otorgare despues el testador, *l.* 21. *d. tit.* 1. (1): porque su voluntad es tan libre en este particular, que la puede mudar siempre que le parezca, sin que hombre alguno pueda hacer testamento tan firme que no lo pueda mudar despues cuando quisiere hasta el dia de su muerte, *l.* 25. *d. tit.* 1. (2). Pero si el segundo testamento no fuese acabado ó perfecto, no romperá al primero, *l.* 23. *de d. tit.* 1. (3). Tampoco lo romperá aunque acabado fuese, en el caso que la *ley* 21. *tit.* 1. pone por excepcion de la regla establecida en la misma, á saber, cuando el testador instituyó á alguno heredero en su primer testamento, y habiendo oido nuevas que habia muerto, y creyéndolo asi otorga segundo en que diga, que por cuanto no puede ser su heredero el que tiene nombrado, á causa de ser muerto, segun se ha dicho, nombra á otro; y despues fue hallado ser vivo el instituido en el primero; pues entonces valdrá este, y tendrá la herencia el que fue instituido en él, por haber sido falsa la razon en que se fundó el testador para hacer el segundo testamento; pero valdrán las mandas que hizo el testador en ambos testamentos. (4).

26 Otros tres casos propone la siguiente *l.* 22. *d. tit.* 1. *P.* 6., de los cuales omitiremos el tercero, por considerarlo derogado por las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Es el primero, cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituyó herederos á sus hijos hace otro segundo, el cual no romperá el primero, sino hiciere mencion de él. (5). Y el segundo, cuando el primero contiene cláusula derogatoria; porque entonces para romperse por el segundo, es preciso se haga en este mencion del primero, diciendo el testador señaladamente que le revocaba, y que no hiciesen daño á

(1) §. 2. Inst. quib. mod. test. inf. (2) L. 22. de legat. 3.
(3) §. 7. Inst. eod. (4) L. ult. de her. inst. (5) Nov. 107. cap. 2.

aquel testamento que entonces hacia, las palabras que hubiese dicho en el primero. Pero como esto pende de la voluntad del testador, dice el Señor Covarrub. *de testam. part.* 2. *rubr. á n.* 57., y Greg. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.* 22. citando á otros, que derogará el segundo al primero, siempre que se conozca por las conjeturas quererlo asi el testador. Otro modo hay de romperse el testamento sin que el testador haga otro, y solo tiene lugar en el cerrado ó escrito. Sucederia si el testador á sabiendas quebrantase el sello del Escribano, rayase las firmas ó lo rompiese; pero si esto aconteciese por casualidad, no perderia su valor, *l.* 24. *d. tit.* 1. (1). Debiendo ser tan libre la voluntad de testar, y estando tan aprobada por las leyes esta libertad, es justo sufran penas los que la embarazan. Cualquiera pues que impidiese á otro el poder testar, pierde el derecho que debia haber en los bienes de aquel á quien impidió, en cualquier manera que los debiese haber, y lo que perdiere debe ser de la Cámara del Rey, *l.* 26. *d. tit.* 1. *P.* 6. Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño, probado esto tendria obligacion de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *l.* 29. *d. tit.* 1. Los modos reprobados de impedir los refiere la *ley* 27. *del mismo tit.* 1.

27 Tambien pueden rescindirse ó perder la fuerza los testamentos á instancia de los desheredados que acusan de inoficioso: esto es, hecho contra la piedad ó merced que debian guardar los testadores, el testamento en que fueron desheredados, cuya acusacion llamaron *querella inoficiosi testamenti* las leyes Romanas. Tiene lugar esta querella ó acusacion cuando pretende el desheredado ser falsa la causa de desheredacion que expresó el testador, y obtendrá victoria, y se rescindirá el testamento, si no probare ser cierta el heredero instituí-

(1) L. 2. de his quæ in test. del.

do á quien toca probarlo, *l.* 8. *l.* 10. *l.* 12. *tit.* 7. *d. P.* 6. (1), como insinuamos arriba *n.* 22., y en el 24. dijimos tambien ser nulos los testamentos en que los ascendientes, instituyendo heredero á otro, pretieren á sus descendientes, ó estos á aquellos, sin hacer mencion de ellos; y por lo mismo de no valer ó ser nada, dice la *ley* 1. *tit.* 8. *P.* 6. que no se quebrantan, pues no puede quebrantarse lo que no vale. Y asimismo dijimos en el *n.* 23. al *vers. Si los padres*, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin expresar causa alguna, fundados en las *leyes* 10. *y* 11. *de d. tit.* 7., que lo prueban bastantemente; y hablando de lo mismo *d. l.* 1. dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contexto, parece quiere significar que no vale, previa la rescision, esto es, que deben antes rescindirse: de modo que la cuestion de si eran nulos, ó necesitaban rescindirse tales testamentos, tan reñida, atendido el derecho Romano entre sus Intérpretes, queda á nuestro entender tambien dudosa en las leyes de las Partidas, é inclinamos mas á que necesitan de rescision. Si el desheredado callase dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querella de inoficioso testamento (2), salvo si fuese menor de 25 años, que puede hacerlo durante su menor edad, y cuatro años despues, *l.* 4. *d. tit.* 8. y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dejaba, ó defendiendo el testamento, como Abogado ó Procurador de otro, ó le consintiese de cualquiera otra manera semejante, no podrá querellarse contra él, *l.* 6. *d. tit.* 8. (3). Si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legítima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de

(1) Nov. 115. cap. 1. (2) L. 8. §. últ. l. seq. de inof. test.
(3) L. 23. §. 1. cod.

pedir el suplemento de su legítima; porque ni está preterido, ni desheredado, *l.* 5. *d. tit.* 8. (1). Quebrantado el testamento va la herencia á los herederos ab intestato; pero se conservan los legados que en él se dejan, *l.* 7. *d. tit.* 8. (2), y las mejoras de tercio y quinto, *l.* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24 *de Toro*) como tenemos dicho.

TITULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO,

LEGADOS, FIDEICOMISOS, LEY FALCIDIA Y DE LOS CODICILOS.

Tit. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. tit. 9. P. 6.

1. *De las legítimas de los hijos y de los padres; y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.*
2. *Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.*
3. *Dónde pueden hacerse las mejoras, y cuándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.*
4. *De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.*
5. *Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.*
6. 7. *Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos; y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.*
8. 9. *Tres ejemplos que explican la doctrina antecedente.*
10. 11. 12. *Cosas que no se llevan á colacion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.*

(1) Nov. 115. cap. 1. (2) D. Nov. cap. unde, auth. Ex causa de lib. præter.

13. *Qué sea legado, y quiénes y á quiénes puede legarse.*
14. 15. *Del legado de las cosas agenas y de las empeñadas; y qué deba decirse cuando el testador legare la escritura y cosas no existentes.*
16. *Del legado de las cosas que estan fuera del comercio, y de las incorporales.*
17. *Del legado general.*
18. *Qué deba decirse cuando el testador erró en el nombre de la persona ó de la cosa.*
19. 20. *Del legado que se hace con causa ó con modo; cuándo pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y se le deben sus frutos: y qué ha de decirse cuando se lega á dos una misma cosa.*
21. 22. *Cuándo se extinguen los legados.*
23. *Cuándo se lega dos veces una cosa.*
24. *Dónde se puede pedir la cosa legada.*
25. 26. *De la ley Falcidia.*
27. 28. *De los Fideicomisos.*
29. *De los Codicilos.*

1 Es digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de tercio y quinto, porque apenas hay testamento de padres entre hijos que no las contenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de su quinta parte, que hablando substantivadamente solemos llamar el *quinto*, el cual, y no mas pueden dejar por su alma, y á quien les parezca, *l.* 8. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (28. *de Toro*). Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á excepcion del *tercio*, del cual, y no de mas, tienen libertad de disponer, como quisieren, *l.* 1. *tit.* 20. *d. lib.* 10. (6. *de Toro*). Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dejar el quinto á extraños, tiene libertad para dejar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos,

aunque á estos les viva su padre, *l.* 2. *tit.* 6. *de l.* 10. (18. *de Toro*). Y aun añaden Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 5. y Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 19. *n.* 4, *vers. Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere, cuya opinion nos parece bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gomez en *d. l.* 18. *de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr. que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los extraños, en cuanto no puede darse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2 Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó el quinto de sus bienes, se dice, que les mejora, y de ahí viene, que el *tit.* 6. *del lib.* 10. *de la Nov. Rec.* tiene la inscripcion: *De las mejorías de Tercio y Quinto*; porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros en cuanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, *l.* 214. *del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del alma del testador, como dice Gomez en la *l.* 17. *de Toro n.* 2. Pero exceptúa bien Angulo *de meliorat.* en la *ley* 9. *glosa* 2. *n.* 45. el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio; porque entonces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le restaba al testador despues de extraida la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse antes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuentes en la *ley* 25. *de Toro*, *cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere asi, porque estando instituido por favor del alma del mismo testador, que se saque antes el quinto que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3 Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque

hasta entonces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, si no es que hubieren entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo menos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de Escribano, ó finalmente si no es que la mejora se hubiese hecho por causa honerosa con otro tercero, como de matrimonio, ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse cuando el padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas, en que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo á derecho, *l.* 1. *tit.* 6. (17. *de Toro*). Y en cuanto á promesas de mejorar ó no mejorar establece la *ley* 6. *del mismo tit.* 6. (22. *de Toro*) estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes, que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo, que tambien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha pasados los dias de su vida. Se exceptúa de este último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4 Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l.* 7. *d. tit.* 6. (23. *de Toro*). Y de ahí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otros donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley* 9. *d. tit.* 6. (25. *de Toro*); porque estas salieron ya de patrimonio del padre cuando se otorgaron. Y en la misma razon se funda la *ley* 5. *de d. tit.* 6. (21. *de Toro*). en cuanto dice, que los mejorados sufran por rata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que so-

brare despues de haberse pagado las deudas (1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, ni disminuya sus bienes, sí solo carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l.* 9. *tit.* 20. *l.* 10. (30. *de Toro*). Ni puede dejar de ser asi, porque no pudiendo el padre imponer gravamen á la legítima de sus hijos, *l.* 11. *tit.* 4. *P.* 6. (2), y siéndolo todos sus bienes, á excepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aqui la especial doctrina de la *ley* 11. *d. tit.* 6. (27 *de Toro*), que permite á los padres imponer gravamen de restitucion al tercio que dejaren á sus hijos en el siguiente orden: I. A favor de sus descendientes legítimos. II. De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III. De los ascendientes. IV. De los parientes. V. y último de los extraños. Cuya imposicion de gravamen perpetuo cesa en el dia por la *cédula del año* 1789 que explicamos mas abajo en el *tit. sig. n.* 2. Por la misma razon de no ser legítima de los padres el tercio de los bienes de los hijos, nos parece bien la opinion de Cobarr. en el *cap. Reynaldus*, §. 3. *n.* 4. *et Angulo de meliorat. l.* 3. *glosa* 3. *n.* 7. citando á otros, de que no teniendo el testador descendientes, sino solo ascendientes, se sacarán del tercio de sus bienes estas cargas de gastos de entierro y legados.

5 Está permitido á los padres señalar las mejoras que hiciere en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona alguna esta facultad, *l.* 3. *d. tit.* 6. (19. *de Toro*), que no admite, á nuestro dictámen, la restriccion de Azev. en *d. l.* 3. *n.* 32. y Angulo *de meliorat. l.* 3. *glosa* 4. *n.* 1., de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debieron haber observado, que dicha *ley* 3. tuvo los mismos Autores, y fue establecida en el mismo tiempo y Ciudad de Toro.

(1) L. 39. §. 1. de verb. sign. (2) L. 32. C. de inof. testam.

que la 1. *tit.* 19. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (31. *de Toro*); y de consiguiente, que si la intencion de sus Autores hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrian expresado asi, como lo hicieron en la citada *ley* 1. hablando de la facultad de mejorar, desheredar y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibicion á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora, y asi vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I. Dicha *ley* 3. cuando prohibe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor mencion del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creible quisiese incluirle en la prohibicion general; puesto que en la obligacion general no se comprenden las cosas, que por no ser verosimil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, *l.* 5. *tit.* 13. *P.* 5. (1), lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el *axioma* 206. II. Porque la facultad de señalar bienes en que consista la mejora; versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y cuando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiere señalamiento, sin que les sea permitido á los demas descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, si no es que la cosa no tuviere cómoda division, *l.* 4. *d. tit.* 6. (20. *de Toro*). Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando por rata las deudas del difunto, *l.* 5. *de tit.* 6. (21. *de Toro*); pues deben sufrir esta carga, como dijimos arriba *n.* 4., y tambien quedan válidas cuando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como insinuamos en el *n. ult. al fin del título antecedente.*

6 Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus

(1) L. 6. de pignor.

hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima, *l.* 10. *d. tit.* 6. (26. *de Toro*). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y cualquiera donacion que exceda estos cotos de legítima y mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, *l.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*). Puede verse á Acev. en *d. l.* 10. *n.* 26. y á Covar. *in cap. Reynaldus* §. 2. *n.* 16. *et seqq.*, que concilian de esta manera las citadas *leyes* 26. *y* 29. *de Toro*, que á algunos han parecido contrarias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiere, lo haya perdido ó pierda, *l.* 6. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido alli en el año 1534.

7 No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en fraude de ella, como lo prueba Acevedo comentándola latamente, y explicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. *En el n.* 6. *y siguientes* examina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutierrez, fundado en otras varias. Inclinamos á la de este Autor, principalmente por la poderosa razon de que siendo el vivo espíritu de dicha *ley* 1. en todas sus partes, el coartar los excesos en las dotes,

deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, antes con estrechez, que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, cuando á las mugeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien en que las dotes que se las dieren ó prometieren, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l. 5. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (29. de Toro).*

8 Pongamos tres ejemplos, que abrazando casi toda la doctrina que hemos sentado, den mas cómoda instruccion: I. Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorando en el tercio á Pedro y á Juan en el quinto. Tenia 1700 pesos: debia 200: legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baja quedarán 1500, de los cuales tocarán á Juan 300 por su quinto, y de los restantes 1200 pertenecerán á Pedro 400 por el tercio; y los 800 sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon de quinto; de suerte que de este solo le quedarán 150. Si en este ejemplo tuviere el testador un nieto, podrá dejarle las mejoras, y dejándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II. ejemplo: El mismo padre ademas de lo referido en el primer ejemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se acumularán pues ó unirán estos 400 pesos á los 800 que quedan despues de extraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200 que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por cuanto la hija tenia ya recibidos 400 habrá de restituir 100 por ser la dote en este exceso inoficiosa;

sino es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el cual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 dotales, y los restantes 800 se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9 III. ejemplo: El mismo padre no habiendo dejado mas hijos que los tres referidos en el I. ejemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000, y á Juan otros por causa de 300. Pedro se entenderá mejorado en los 1000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legítima. Y en atencion á que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que segun hemos visto solo importaba 1500, será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores ejemplos. Se ejecutará pues la division en la manera siguiente: De los 1500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1300: importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2100, y dividido este en partes iguales importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Segun esto de los 1500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que juntos con los 1000 que tenia por su donacion, forman su total haber de 1400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos á los 300 que tiene por su donacion, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

10 Con lo que hemos dicho hasta aqui, está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta examinar las dudas que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para ejecutarse ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres, lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos los bienes que hubieren recibido de sus

padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias* ú otra cosa que los hijos han recibido de sus padres y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentando con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos: bien que si los hijos que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, lo podrán hacer, salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demas herederos el exceso en que lo fueren, *d. l. 5. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (29 de Toro)*. Y asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l. 3. tit. 15. P. 6.*; pero no el castrense ni cuasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan libres para sí sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, *l. 5. d. tit. 15.*

11 Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, *l. 3. tit. 4. P. 5. d. l. 5.* Pero quieren nuestros Intérpretes que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contexto de *d. l. 5.*; porque ademas de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, exclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exento en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en cuanto á los libros, en el caso de que en sí ó equivalente existieren en poder del mismo hijo, porque aumentan su patrimonio y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos que no aumentan el patrimonio, y de los alimentos no hay imputacion.

12 Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio, los Doctorados ú otros grados de las Universidades, ú otras cualesquiera dignidades que no tienen salario, ni otros frutos civiles, sí que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, sí que antes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celebérrimo Jurisconsulto Papiniano (1). Y en verdad, si la cosa se mira á fondo, ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad que: *Premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigilias en beneficio de la República?* ¿Y quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa pretender los demas hijos que su hermano asi condecorado imputе en parte suya el dinero expendido por este testimonio que ya se consumió? Diremos pues que si un hijo condecorado asi fuese mejorado en tercio y quinto, sacaría sus mejoras enteras sin que las disminuyera en parte alguna lo gastado en su grado. Asi lo dispusimos en la division de la herencia de D. Josef Perez Mesia, Corregidor que habia sido de Salamanca, que tuvimos el honor de ordenar: en la cual era uno de los herederos su hijo el Señor D. Francisco Perez Mesia, Doctor del derecho civil en la Universidad de dicha Ciudad, que murió despues Consejero del Supremo Consejo de Castilla. Y aunque uno de los coherederos manifestó disentir al principio, cedió despues á la fuerza de las razones que hemos referido, que conoció muy bien por su notoria pericia: y no deja de hacer al caso lo que expresa *d. l. 5. tit. 15. P. 6. al fin.*

13 El nombre general de *mandas*, de las que trata el *título 9. de la Partida 6.* comprende en nuestras

(4) L. 1. §. 16. de collat.

leyes á lo que hablando con separacion llamamos legados y fideicomisos particulares ó singulares, que fueron ya igualados en los efectos en las leyes Romanas por Justiniano (1). Dejó sin embargo alguna muy leve diferencia, y siempre quedó que una cosa fuese legado y otra fideicomiso. Hablaremos nosotros con esta separacion llamando *legados* á las mandas que deja el testador con palabras directas; porque con efecto está mucho mas recibido en el uso el nombre *legado* que el de *manda*. Y decimos, que legado es: *Una manera de donacion que deja el testador ó en codicilo á alguno.* Puede hacerlo todo hombre que pueda hacer testamento o codicilo; porque en ellos deben hacerse y pueden dejarse á todos aquellos que pueden ser instituidos herederos, bastándoles para coger el legado el tener capacidad de adquirirle al tiempo en que muriese el testador, *l.* 1. *d. tit.* 9. *P.* 6. Y para que valga el legado deberá constar ciertamente de la persona del legatario, en los mismos términos en que lo dijimos del heredero al *n.* 3. *del título antecedente, l.* 9. *d. tit.* 9. (2).

14 Puede el testador legar las cosas suyas y las de su heredero, y tambien las agenas, esto es, que son de algun otro. Pero para que el legado de estas valga es menester sepa el testador cuando las lega, que no son suyas, sino es que las legára á persona que tuviese alleganza con él, asi como á su muger ó algun pariente, en cuyo caso valdria aunque lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si hubiere duda de si el testador lo sabia ó lo ignoraba, toca al legatario probar que lo sabia. Y cuando vale este legado, debe el heredero comprar la cosa legada para darla al legatario; ó no queriéndola vender su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dar su estimacion á juicio de dos peritos al mismo legatario, *l.* 10. *d. tit.* 9. (3). La razon de ha-

(1) §. 3. Inst. de legat. (2) L. 9. §. 8. de her. inst. (3) §. 4. Inst. de legat.

ber de probar la ciencia el legatario, es por ser el actor á quien toca la prueba, *l.* 1. *tit.* 14. *P.* 3. (1). A que se añade tener el heredero á su favor la presuncion (2). Si el testador legare una cosa empeñado que lo estaba por tanto ó por mas de lo que ella valia, débela luir ó redimir el heredero y darla franca el legatario, tanto en el caso que sabia estar empeñada como si lo ignorára. Pero si estaba dada á peños ó en prenda por menos de lo que valia, solo en el caso de que supiere el testador que estaba empeñada tendrá esta obligacion; porque si lo ignoraba, será del mismo legatario la obligacion de redimirla, *l.* 11. *d. tit.* 9. (3). Y si teniendo el mismo testador en su poder alguna cosa empeñada á su favor por dinero que hubiese dado sobre ella la legára al que la empeñó, vale el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega, pero queda este con la obligacion de haber de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *l.* 16. *d. tit.* 9., y de consiguiente solo se entiende legado el derecho de prenda y no la deuda. Pero si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que lo lega ó condona la deuda, *l.* 47. *d. tit.* 9. (4).

15 No solo pueden legarse las cosas ya existentes, sino tambien las que estan por venir, como los frutos que han de nacer de tal campo, *l.* 12. *tit.* 9. (5). Si dijere el testador que legaba cien pesos que tenia en el arca, los deberá dar el heredero al legatario si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare menos cumplirá dando lo que se hallare. Y si se encuentra mas solo debe dar los cien pesos, *l.* 18. *d. tit.* 9. la que con esta decision da mucha prueba de que en caso de duda siempre está la presuncion á favor del heredero.

(1) D. §. 4. (2) D. §. 4. (3) §. 5. eod. (4) L. 3. §. 1. de liber leg. (5) §. 7. Inst. de legat.

16 Las cosas que estan fuera del comercio de los hombres absolutamente por todo respeto, como son las sagradas, no se pueden legar; y á esta clase pertenecen de alguna manera las cosas que señaladamente son de los Reyes, como los Palacios, que no pueden enagenarse sin mandato de los mismos Reyes, ni tampoco las que son del pro comunal de alguna Ciudad ó Villa, como las plazas y los egidos. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio solamente por cierto respecto que está en ella misma. No valdrá pues el legado de los mármoles, pilares ó maderas que estan puestas como parte integrante de los edificios; de suerte que ni aun su estimacion deberá dar el heredero, *l.* 13. *d. tit.* 9. (1). Se ha prohibido este último legado para conservar la hermosura de la Ciudad y precaver la fealdad de los edificios, *d. l.* 13. *l.* 16. *tit.* 2. *P.* 3. (2). Si la cosa legada mudase de condicion sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio cuando se legó dejase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana fue consagrada, no valdria el legado, quedando el heredero sin obligacion de pagar la estimacion que antes tenia, *d. l.* 13. (3). No solo puede legar el testador las cosas corporales, sino tambien las incorporales, como los derechos, deudas que se le debieren y servidumbres en cosas suyas. Y si despues pidiere y cobrare la deuda que habia legado se acaba el legado, pues se entiende que le revocó. (4). Otra cosa seria si el deudor la pagare de su grado ó voluntad sin habérsele pedido; porque entonces debería el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion que hubiese cobrado el testador, por entenderse ser la intencion de este tenerla guardada á este fin. *l.* 15. *d. tit.* 9.

17 Cuando el testador legare una cosa generalmente

(1) §. 4. Inst. de legat. l. 41. §. 1. cum duab. seqq. de legat. 1.
(2) L. 42. C. de ædif. privat. (3) §. 2. Inst. de inut. stipul.
(4) §. 21. Inst. de legat.

sin señalar ninguna determinadamente, como por ejemplo un caballo, será del legatario el derecho de escogerle si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor. Mas si no tenia, será en escogencia del heredero comprar uno comunalmente bueno, esto es, mediano ó regular para darlo al legatario, *l.* 23. *d. tit.* 9., que pone en un siervo el ejemplo que acabamos de poner en un caballo; y añade, que debe tener lugar esta doctrina en las bestias ú otras cosas semejantes, esto es, segun entendemos, que tengan sus límites por la misma naturaleza. Porque hablando en seguida en el *vers. Pero* de casas que no los tienen por naturaleza, sino por obra ó disposicion de los hombres, establece otra regla, á saber que si el testador lega unas casas sin señalarlas, debe dar el heredero unas de las del testador, cualesquiera que sean; y si solo tuviere algunas (usa del número plural por el singular), aquellas mismas: Y que si por ventura el testador no tuviese casas ningunas, no vale el legado (1). Si lega el testador á alguno la escogencia ú opcion de dos cosas para que escoja la que le pareciere, no podrá el legatario arrepentirse, despues de haber escogido una (2). Y si la escogencia fuese puesta en el arbitrio ó mano de un tercero, y este no escogiere dentro de un año por no poder ó no querer, pasa al legatario el derecho de escoger, *ley* 25. *d. tit.* 9. (3).

18 Para que valga el legado, basta que el testador señale la persona del legatario, y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular por su voluntad, como si dijese Pedro al que se llama Juan, ó campo Tusculano al que se dice Ticiano, con tal siempre que conste de la persona y cosa por otras

(1) L. 13. l. 71. de legat. 1. (2) L. 5. de legat. 1. (3) L. ult. §. 1. C. commun. de legat.

señales ó demostraciones seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres en todas las tierras sin imposicion particular, como son pan, paños, laton, oro y otras semejantes, no valdria el legado aunque quisiese probar el legatario ser la voluntad del testador que valiese en lo que era la cosa, en cuyo nombre erró, como si queriendo legar oro le apellidase laton, *l.* 28. *d. tit.* 9. (1).

19 A las veces añade el testador en los legados algunas expresiones que forman condicion, causa ó modo. De las condiciones hablamos ya latamente en el *título antecedente*, sin que haya necesidad de añadir cosa alguna. Causa es: *Motivo de cosa pasada, que expresa el testador tener para legar*, como si dijera: *Lego á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios, ó me hizo este ó el otro servicio.* Y cuando asi sucede, no impide el valor del legado el que sea falsa la causa, *l.* 20. *l.* 21. *d. tit.* 9. *P.* 6. (2). Modo es: *Expresion del fin para que se hace el legado*, por ejemplo, si el testador dijere: *A Juan lego cincuenta pesos para que me haga un sepulcro.* Y entonces debe entregarse desde luego á Juan el legado, dando fiador de que cumplirá lo que mandó el difunto, y gana su dominio luego que lo cumpliere ó hizo cuanto estuvo de su parte para cumplirlo, *d. l.* 21. Y en todo legado de cosa cierta, que se deja puramente ó sin condicion, pasa al dominio de la cosa al legatario luego que muere el testador, de manera que aunque él falleciese antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, perteneceria esta á su heredero. Pero en los legados condicionales si muere el legatario antes de la existencia de la condicion, no vale el legado, y queda el dominio de la cosa legada en el heredero del testador, *l.* 34. *d. tit.* 9. (3). De cuya

(1) §. 29. Inst. de legat. l. 4. de legat. 1. (2) §. 31. Inst. de legat. (3) L. un. §§. 1. 5. et 7. C. de cad. tol. l. 5. quan. dies leg. v. fideic. cedat.

doctrina hay una excepcion al fin de *d. l.* 34 de que no tiene lugar cuando el legatario tuviere compañero, al que tambien se le hubiese legado juntamente la misma cosa ó sustituto; en cuyos casos, verificada la condicion perteneceria la cosa al compañero ó al sustituto (1). Si se legase el usufructo de alguna cosa, se deberá al legatario desde que el heredero entrare en la herencia y no antes, *l.* 35. *vers. El cuarto*, *d. tit.* 9. (2).

20 Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, *l.* 37. *d. tit.* 9. (3). Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia, *d. l.* 37. en cuya *glos.* 4. juzga Greg. Lop. ser muy probable, que despues de la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se le deben desde la muerte del testador. Si el testador lega á dos una misma cosa, ó bien ayuntadamente en una misma oracion ó á cada uno de por sí, esto es, separadamente en dos oraciones, la partirán igualmente entre sí; y si uno de ellos, ó por haber muerto ó haber renunciado su parte no lo tomare, acrescerá al otro, *l.* 33. *d. tit.* 9. (4). Es libre el legatario en admitir ó no lo que se le deja; pero no podrá admitir una parte de alguna cosa que se le lega y desechar la otra, aunque sea un cuerpo que contiene en sí muchas cosas, como una manada de ganado que tiene muchas cabezas (5): mas de sus herederos podrá uno admitir la que le toca, y el otro desechar la suya, como tambien el legatario á quien dejan muchas cosas, podrá tomar la que quisiere y dejar las otras, si no es que le dejaren una cosa con carga y la otra sin ella, en cuyo caso no podria tomar esta y dejar aquella, *l.* 36 *d. tit.* 9.

21 Veamos ahora los modos por los que desfallecen ó pierden el valer los legados que lo tuvieron en su prin-

(1) L. un. §. 7. C. de Cad. Tol. (2) §. 19. Inst. de legatis. (3) D. l. un §. 6. (4) §. 8. Inst. de legat. (5) L. 6. de legat. 2.

cipio. Se extingue en primer lugar el legado por la revocacion del testador, aunque la haga en codicilo, conservando el testamento en que le dejó ó borrando la escritura en que estaba escrito, *l.* 39. *d. tit.* 9. (1). Tambien se extingue si la cosa legada se perdió ó murió sin culpa del heredero, *l.* 41. *d. tit.* 9., y si de la cosa legada hiciese el mismo testador una nueva especie que no pudiese reducirse al pristino estado de la materia, como de lana paños, de madera una casa ó una nave, *l.* 42. *d. tit.* 9. (2). Y añade *esta misma ley*, que si lega el testador un carro ó carreta se le debe dar al legatario con la bestia que la traia; y que si esta muere, se extingue el legado, si no es que el testador en su vida metiese otra en lugar de la muerta. No pone la razon, que creemos no poder ser otra que la de considerarse la bestia lo principal y el carro lo accesorio; pues es bien sabida la regla, de que no consistiendo lo principal no tiene lugar lo accesorio (3). Si diere el testador la cosa que tenia legada, se entiende ó presume que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará extinto. Lo contrario se presume si la vendió ó empeñó, y por ello en este caso tendrá el heredero la obligacion de dar al legatario el precio por qué fue vendida ó empeñada; bien que en uno y otro podrá probar lo contrario de la presuncion el que interesase en ello, *l.* 17. *l.* 40. *d. tit. P.* 6. (4).

22 Se extinguirá tambien el legado si despues de hecho el testamento adquiere el legatario el dominio de la cosa, por donacion ú otro título lucrativo, pero no si la adquiere por oneroso, como compra ó cambio; porque entonces puede pedir al heredero la estimacion de ella, *l.* 43. *d. tit.* 9. (5). Es título lucrativo el que nada cuesta, como donacion, legado; y oneroso el que

(1) L. 16. de adim. vel transf. leg. (2) L. 88. de legat. 3. (3) L. 129. §. 1. de div. reg. jur. l. 2. de pecul. leg. (4) §. 12. Inst. de legat. l. 8. l. 24. §. 3. de adim. v. transf. leg. (5) §. 6. Inst. de legat.

cuesta algo, como compra, permuta. La razon de extinguirse en el primero de los dos casos que acabamos de referir es el axioma, que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa* (1). En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una misma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad en términos de que no se pudiese quitar, nada podia pedir en su razon por el otro testamento. Pero si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de dicha cosa, bien podia pedir despues la cosa en virtud del otro, *l.* 44. *d. tit.* 9. (2).

23 Si legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña á uno mismo, no está el heredero obligado á darla mas de una vez; y lo mismo seria si le legara muchas veces cierta cantidad de dinero ú otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, si no es que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces los expresó (3). Pero si habiéndole legado en el testamento cierta cuantía, se la legara otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, salvo si probare haber sido la voluntad del testador que solo se le diere una vez, *l.* 45. *d. tit.* 9., de suerte que en el primero de estos dos últimos casos está la presuncion á favor del heredero, y en el otro del legatario.

24 Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en Lugar donde existiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se hallare la cosa legada: y si el heredero mudase engañosamente la cosa de un Lugar á otro para hacer perjuicio al legatario, la debe llevar á su costa al Lugar de donde la traspasó, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en

(1) L. 17. de oblig. et act. (2) D. §. 6. Inst. (3) L. 34. §. 3. de legat.

general, como si el testador dijese: *Lego á Pedro un caballo*, sin expresar cuál, ó legare cierta cantidad de cosa que se puede contar, medir ó pesar, podrá pedir Pedro el legado en el Lugar de la morada del heredero ó donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquier otro en que el heredero empezare á pagar los legados; si el testador señaló Lugar y tiempo, si se ha de cumplir, *l.* 48. *d. tit.* 9.

25 Es muy famosa en el derecho Romano la *ley Falcidia*, establecida para menguar los legados, á fin de asegurar la adicion de la herencia, sin la cual no podia, segun aquel, susistir testamento alguno (1). De ella se trata tambien con bastante extension en el *título* 11. *de la P.* 6. Pero como por derecho mas nuevo contenido en la célebre *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que tantas veces hemos citado, no es hoy necesaria en España la adicion de heredero para que el testamento valga, opinó Antonio Gomez, *lib.* 1. *var. cap.* 12. *n.* 11. y otros, que en el dia no tiene lugar entre nosotros dicha ley Falcidia. Pero tenemos por mucho mas probable la opinion contraria que latamente defienden, soltando las objeciones Pichard. *in Inst. pr. de lege Falcidia n.* 33. *et seqq.* Matienz. *in d. l.* 1. *glos.* 19. *nn.* 18. *et* 19. Molina *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 17. *nn.* 10. *et* 11. Castillo *de usuf. cap.* 60. y otros muchos. Sentada esta sentencia decimos, que por esta ley debe quedar al heredero la cuarta parte de la herencia, la cual tomando el nombre de la misma ley se llama tambien la *cuarta falcidia.* Si el testador pues consumiera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará á cada legatario la cuarta parte de lo que se le deja para formar su falcidia; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion lo que le falte para completarla. Y si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador á quienes se debe su legítima en los términos que hemos expli-

(1) Pr. Inst. de leg. Falcid.

cado hablando de las mejoras de tercio y quinto, deberá siempre sacar dicha su legítima; pero no podrá sacar ademas la falcidia, como lo prueba bien Greg. Lop. en la *glosa* 3. *de la ley* 1. *de d. tit.* 11., cuya *ley* establece lo que llevamos dicho; y añade, que tambien se saca la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte (1).

26 Antes de sacar el heredero su cuarta se deben bajar y pagar las deudas que debia el difunto, las despensas de su muerte, y las que se hicieren por razon del testamento ú otros escritos pertenecientes á los bienes del mismo difunto, *l.* 2. *d. tit.* 11. (2): asi lo dispone *esta l.* 2.; pero en cuanto á gastos de entierro, téngase presente lo que dijimos en el *tit. preced. n.* 18. que solo son carga de la herencia que bajan su valor cuando á ninguno se deja el quinto, porque si se dejare á alguno, de este y no de la herencia son cargo, *l.* 9. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (30. *de Toro*). El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del difunto; de manera que el aumento ó diminucion de su patrimonio sucedido despues de ella, es en beneficio ó perjuicio del heredero; porque á los legatarios siempre les quedaria la misma porcion que si no se hubiese aumentado ó disminuido, *l.* 3. *d. tit.* 11. que pone ejemplos (3). No estan sujetos á la detraccion de la falcidia los legados siguientes: I. Los que deja el testador á la Iglesia, Hospital de pobres, lugar religioso ú otra obra de piedad. II. Los que fueren dejados en testamento militar, *l.* 4. *d. tit.* 11. (4). III. Los de cosa cierta que hiciere el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enagene, *l.* 6. *d. tit.* 11. (5). Si el heredero hubiese pagado algunos legados sin sacar su cuarta, creyendo ser bastante la herencia para pagar-

(1) L. 2. C. de don. mort. caus. (2) §. 2. Inst. de leg. Falc. (3) §. 2. eod. (4) Aut. similiter C. de leg. Falc. l. 12. C. de test. milit. (5) Nov. 119. cap. 11.

los asi todos, deberá pagar todos los otros cumplidamente, sino es que despues que comenzó á pagar asi se descubriese alguna deuda grande del difunto que no se supiese antes; porque entonces bien la podria sacar de aquellos legados que todavía no hubiese pagado, . *l.* 6. Pierde el derecho de sacar la falcidia aquel heredero que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados para que no valiesen, y aquel que hubiese hurtado alguna de las cosas que legaba el testador, ó negase maliciosamente diciendo ser suya propia, si fuere vencido en juicio por cualquiera de estas razones. Ni se saca tampoco la falcidia cuando lo prohibe el testador, *d. l.* (1). Ni cuando el heredero no hubiese hecho inventario, *l.* 7. *d. tit.* 11. (2).

27 Expuesto lo perteneciente á legados, pasamos á hablar brevemente de los fideicomisos, comprendidos tambien como dijimos en nuestras leyes bajo el nombre general de *mandas*, y con efecto lo mismo manda ú ordena el testador unos que otros. Se dividen los fideicomisos en universales y singulares ó particulares. De los primeros hablan la *ley* 14. *tit.* 5. y la 8. *tit.* 11. *P.* 6., y de los segundos la 3. y *algunas siguientes del tit.* 9. *de la misma P.* 6. Fideicomiso en general es: *Todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno.* Universal ó hereditario es aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero que restituya la herencia á otro. Cuando esto suceda tiene el heredero derecho de retener la cuarta parte de la herencia, que habiendo adoptado tambien el nombre latino, llamamos *trebeliánica*, y es muy semejante á la falcidia. Debe imputar en ella el heredero las cosas que el testador le hubiere mandado, si las hubo. Y si los frutos que tomó de la herencia mientras la tuvo montaren tanto como la cuarta, no debe tomar cosa ninguna de la herencia, sí que la debe dar libre y entera; y si importaren menos,

(1) Nov. 1. cap. 2. (2) L. últ. C. de jur. delib.

los tendrá á cuenta de la cuarta, y tomará de la herencia lo que faltare para completarla. Si los frutos montaren mas que la cuarta, se quedarán con todos ellos en lugar de la cuarta, si el testador señaló dia en que hubiese de restituir la herencia, y él cumplió el plazo. Pero si el testador no señaló dia cierto, y aquel á quien debia restituirse la herencia fue negligente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los frutos sin contarles en la cuarta. Y si el heredero fue rebelde, diferiendo maliciosamente la restitucion, cuanto quiera que valgan mas los frutos que la cuarta que debe haber, será obligado á darlos con la herencia. Toda esta doctrina es literal en *d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 6., la cual ademas expresa no deber entenderse en el caso de ser hijo del testador el que debe restituir la herencia; porque este retendrá todos los frutos que hubiere percibido de la herencia sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe: y lo mismo creemos deberá decirse cuando el heredero fuere ascendiente del testador, por persuadirnos concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independiente de la voluntad del testador. Pero acordamos con Gregor. Lop. en la *glosa* 9. *de d. l.* 8., en conformidad de lo que dijimos de la cuarta falcidia *arriba n.* 25., que el hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima y cuarta trebeliánica.

28 La diferencia que añade en seguida la misma *ley* 8. entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que la ade por premia de que solo aquel y no este puede sacar la cuarta y tomar frutos, no tiene entrada en el dia en que cesa la precision de apremiar al heredero á que admita la herencia, por poderla admitir por sí el sustituto cuando él la desecha, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Y advertimos últimamente en este particular de fideicomisos universales, que el heredero que restituye debe pagar por razon de su cuarta á proporcion las deudas del difunto, *d. l.* 8. *al fin.* Fideicomiso singular es aquel en que el testador ruega al he-

redero ó á aquel á quien lega algo, dé á otro alguna ó algunas cosas singulares: en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella cuantía que montare lo que se le legó (1). Y adviértase que puede uno gravar con fideicomisos no solo en su testamento sino tambien en codicilo, y tanto á los herederos ab intestato como á los testamentarios, *l.* 3. *tit.* 9. *P.* 6. (2).

29 Falta para concluir este título que digamos algo de los codicilos. La *ley* 1. *tit.* 12. *P.* 6. dice ser codicilo: *Escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos ó antes*; y que esta escritura tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer ó menguar las mandas que hubiesen hecho en el testamento: Y que la puede hacer el que no tiene prohibicion de hacer testamento (3): Y que tambien son dos sus especies, nuncupativo y escrito. Las solemnidades que en uno y otro deben observarse, las hemos notado en el *n.* 4. *del tit.* 4. Solo pues añadiremos ahora que en el codicilo no se puede instituir heredero directamente, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento (4), ni tampoco desheredar (5); pero sí que podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase ó rogase en él sin haber hecho testamento, que su heredero ab intestado diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado lo mandará ó rogare al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar este la cuarta parte de herencia, llamada *Trebeliánica* en latin, *l.* 2. *d. tit.* 12. *l. ult. tit.* 11. *P.* 6., cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el *n.* 27. hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca querer quien lo hizo, que no valga el primero (6); ni por haberle nacido despues un hijo al que le

(1) §. 1. Inst. de sig. reb. per. fideic. rel. (2) §. 10. Inst. de fideic. her. (3) L. 6. §. 3. de codic. (4) §. 2. Inst. de codic. (5) L. 3. C. de testam. (6) L. 3. C. de codic.

otorgó á diferencia del testamento en que sucede todo lo contrario, *l. 3. d. tit.* 12. como hemos visto.

TITULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Los mayorazgos se semejan mucho á los fideicomisos familiares, y su definicion.*
2. *Antes se podian fundar sin licencia del Rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados antes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.*
3. *Orígen de los mayorazgos.*
4. 5. 6. 7. 8. *Division de los mayorazgos en varias especies, con explicacion de estos.*
9. *I. regla: Varias cosas que deben observarse en los mayorazgos: Que todos se deben gobernar en caso de duda, al tenor del regular, cual lo es el Reino de España.*
10. *II. regla: Los mayorazgos son indivisibles.*
11. *III. regla: La sucesion en los mayorazgos es perpetua, y los bienes que comprende no se pueden enagenar.*
12. *IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, línea, grado, sexo y mayor edad.*
13. *V. regla: Concluida una línea se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.*
14. *VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescrito del Príncipe, y en el hijo arrogado.*
15. *Otras líneas que han inventado los Intérpretes.*
16. *VII. regla: La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.*

17. *VIII. regla*: *En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.*

18. *IX. regla*: *Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes que comprende al inmediato sucesor, por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria la voluntad en este.*

19. *X. regla*: *Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo ceden al mayorazgo.*

20. *XI. regla*: *Modos de probarse el mayorazgo.*

21. *XII. regla*: *Todas las leyes ceden á la voluntad del testador, que puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.*

22. 23. 24. 25. *Qué sea mayorazgo incompatible, y se explican todas sus especies.*

1 Es celebérrimo en España el asunto de mayorazgos, por los muchos que hay, y las gravísimas cuestiones que sobre ellos se suscitan, y ocupan tanto á los tribunales, aunque en el dia está cortada la libertad de fundarlos, como luego veremos. Los romanos no los conocieron; pero tuvieron fideicomisos familiares que se les asemejan lo bastante, aunque no dejan de diferenciarse en algo; y por esta semejanza, cuando nuestros Autores mayorazguistas se ven apurados en las cuestiones que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las Romanas que hablan de los fideicomisos. No lo reprobamos, porque faltando las leyes que nos deben gobernar, no puede negarse que tienen mas fuerza para la persuasion las sabias de los Romanos, que el modo de pensar de los Autores particulares. ¿Quién no se embelesa al ver la moralidad, justicia y finura de las sentencias de Papiniano, Ulpiano y otros, de que estas se formaron, recibidas con tanto aplauso en todas las naciones, y adoptadas en la mayor parte con respecto en las nuestras sapientísimas de las Partidas? de suerte que su insigne glosador Greg. Lop. no tuvo reparo de decir

en la *glosa* 10. *de la ley* 10. *tit.* 5. *P.* 6. no ser la intencion de estas leyes corregir las Romanas cuando no lo expresan; sí que antes bien deben por ellas suplirse, entenderse y limitarse. Nuestro célebre mayorazguista Luis de Molina en su famoso tratado *de primog. Hispan. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 22. define el mayorazgo, diciendo ser: *Derecho de suceder en los bienes dejados con la obligacion que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo.* Y añade, que no debe abandonarse esta definicion por el motivo de haber algunos mayorazgos en que no sucede el primogénito, sino el segundogénito, y otros que no son perpetuos, sino temporales, porque estos modos de suceder, ó no son mayorazgos, ó cuando mas lo son impropios. Y por otra parte las definiciones en el derecho todas son peligrosas (1); pues no pudiéndose formar con la exactitud y escrupulosidad que las de filosofía, basta que expliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

2 Antes no era necesaria la licencia del Rey para fundar mayorazgos, como lo prueba Molina en *d. cap.* 1. *n.* 25. Pero por *Real cédula de* 14 *de Mayo de* 1789, *que es la ley* 12. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se manda, que en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raices ó estables, por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del Rey, la cual se ha de conceder á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo ó mejora llega ó excede, como deberá ser, á tres mil ducados de rentas, si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en las carreras militar ó política con utilidad del estado, y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices.

(1) L. 202. de div. reg. jur.

lo que se deberá moderar disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de Villa, acciones de Banco ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Y se declaran nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren en contrario, con derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se expidió *otra cédula de* 3 *de Julio de* 1795, que es la *ley* 13. *d. tit.* en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la otra citada del año 1789, aunque los fundadores murieren despues. Y en 24 de Agosto del mismo año 1795, *que es la ley* 14. *d. tit.*, se manda en *otra cédula*, que las referidas vinculaciones anteriores á la prohibicion del año 1789, deben estar sujetas al pago de 15 por 100 para aumentar el fondo de amortizacion de Vales Reales; como tambien las nuevas que se hicieren con Real licencia en los términos que la permite la expresada de 14 de Mayo de 1789.

3 El citado Molina en dicho *lib.* 1. *cap.* 2. deriva el orígen de los mayorazgos de la ley divina; porque ya en el *cap.* 25. *del Génesis* se hace mencion de la venta del derecho de primogenitura que Esaú hizo á su hermano Jacob, y en el 17 se lee, que Isaac concedió su bendicion y derecho de primogenitura á su hijo Jacob; cuyo orígen comprueba la *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 2., refiriendo varias cosas en honor de los primogénitos. Pero esto lo entiende rectamente de los mayorazgos ó primogenituras tomados generalmente; porque segun el mismo prueba en *d. lib.* 1. *cap.* 1. no puede dudarse de que nuestros mayorazgos se diferencian mucho de aquellas primogenituras. Por lo cual contraidos á los mayorazgos de España, diremos con el mismo Molina en *d. lib.* 1. *cap.* 2. desde el *n.* 7., que se derivan del mismo Reino de España, y

el modo de suceder en él, establecido en la citada *ley 2. tit. 15. P. 2.*

4 Los mayorazgos considerados latamente, en cuanto comprenden tambien á los impropios, se dividen en regulares é irregulares. Regulares son aquellos: *En que se sucede segun el orden prescrito para la sucesion de este Reino*, en *d. l. 2. tit. 15. P. 2.* Y por lo contrario irregulares aquellos: *Cuya sucesion se desvia poco ó mucho del modo de suceder señalado en la misma ley 2.* De estos refiere nueve especies principales Rojas de Almansa *de incompatibil. disp. 1. quæst. 1. n. 3.*, á saber: I. De agnacion verdadera. II. De agnacion fingida ó artificiosa. III. De masculinidad nuda. IV. De femineidad. V. De eleccion. VI. Alternativos. VII. Saltuarios. VIII. De segundogenitura. IX. Incompatibles. De todos los cuales vamos á dar alguna nocion.

5 El de agnacion verdadera ó rigurosa es aquel: *A cuya sucesion son admitidos únicamente los varones descendientes de varon en varon del fundador, sin mediar hembra alguna.* La *ley de las XII. tablas*, tan famosa en el derecho Romano, hizo tal distincion entre la agnacion y cognacion, que llamaba á la legítima sucesion y tutela á los agnados, y excluia totalmente á los cognados, aun en el caso de no haber agnados, de suerte que ni aun á los hijos admitia á la sucesion de sus madres. Este rigor se fue templando poco á poco por varios senadosconsultos; y despues los Pretores llamaron tambien á la sucesion á los cognados, aunque en orden posterior, hasta que desagradado Justiniano de esta diferencia, la abolió enteramente, haciendo una masa de agnados y cognados, llamándolos indiferentemente (1). Esta abolicion ha sido adoptada por nuestras leyes, que llaman tambien con indiferencia á agnados, esto es, parientes de parte de padre, que son de la misma familia y apellido, y á los cognados que lo son de parte de madre, y

(1) Nov. 118. capp. 4. et 5.

de consiguiente de familia distinta. Pero sin embargo de esta indiferencia en nuestras leyes, nos manifiesta la experiencia, que animados muchos hombres, y con especialidad los de superior gerarquía, del espíritu de un amor preferente hácia sus agnados, les anteponen en todo á sus cognados; y aun otros llamando á aquellos, excluyen del todo á estos, respirando el mismo humor que la *ley de las XII. tablas*, que solo atendia á la conservacion del honor y riquezas de la familia, sin hacer caso de la cognacion. Y como nuestras mismas leyes se han esmerado tanto en sostener la voluntad de los testadores, con notable exceso á las Romanas, como lo hace ver á todas luces, entre otras, la 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos alabado, no es de extrañar que se observen entre nosotros tantos mayorazgos de rigorosa agnacion en que esten excluidas del todo las hembras y sus descendientes, aunque lo sean tambien del mismo fundador, y estos son los que llamamos de agnacion rigurosa ó verdadera.

6 De agnacion fingida ó artificial se llama aquel mayorazgo: *A cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó algun extraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes varones de varones.* Se dice asi, porque el fundador que no tiene agnacion propia en que perpetuar su mayorazgo, la finge y la llama. Pues por lo regular los que les fundan exigen, que los poseedores lleven siempre su apellido y armas: flaqueza humana, de que adolecen algunos hombres. Rojas de Almansa, en *d. quæst.* 1. §. 4. *n.* 103. lo ilustra con los ejemplos de la legitimacion por oblacion á la Curia, y de la adopcion. Y añade, que á las veces fundan tambien estos mayorazgos algunos que teniendo agnados verdaderos, lo disponen asi, faltando estos, y lleva en ejemplo de esto *la ley* 5. *t.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, que varió de esta suerte la sucesion de nuestra Monarquía. Mayorazgo de pura ó simple masculinidad es aquel: *A cuya suce-*

sion se admiten solamente los varones, sin distincion de si vienen por varon ó por hembra. Y de femineidad aquel: *En que solamente suceden las hembras, ó por lo menos son preferidas á los varones.* Tres de sus especies refiere Rojas en *d.* §. 4. *n.* 150. Convendria tal vez reformar todos los de esta clase, reduciéndolos á la de regulares, porque lejos de contribuir á mantener el lustre de honor y riquezas en una familia que debe ser el fin de todos los mayorazgos; hacen necesariamente saltuario este lustre de familia en familia, con las malas consecuencias que es facil considerar. Estos son mis clamores siempre que oigo hablar de uno de esta especie que fundo como unos 50 años há en esta Ciudad de Valencia Doña Vicenta Romeu, viuda de Don Josef Mallent, sin embargo de tener á la sazon tres hijos varones.

7 Mayorazgo de eleccion ó electivo se llama aquel: *En que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador, de elegir en sucesor al hijo ó pariente suyo que le pareciere, con tal que existiendo parientes del fundador sea uno de ellos.* La facultad, aunque esté indefinidamente concedida, no es tan libre que pueda el poseedor elegir á un extraño, habiendo parientes del fundador, como lo resuelve Rojas de Almansa en *d. quest.* 1. §. 6. *n.* 159. citando á muchos, y entre ellos á Aguila, que refiere haberse decidido asi en un mayorazgo *de los Ibarras.* Mayorazgo alternativo, ó de alternativa naturaleza es aquel: *A cuya sucesion llama el fundador á uno de una línea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que asi siga en adelante la sucesion, alternando las líneas.* Saltuario llaman los Autores á aquel mayorazgo: *En el cual no se atiende á la primogenitura, sino solo á la prerogativa de mayor edad entre todos los parientes del fundador, de manera que muriendo el poseedor, sucede el mas viejo de los parientes, aunque no sea hijo ó descendiente del último poseedor, que haya muerto con ellos.* Se dice saltuario, por-

que en él la sucesion no sigue por líneas como los otros, sino que salta de una en otra, esto es, busca siempre la mayor edad, sin atenderse á líneas, y por ello se suele tambien llamar *de hecho*. La regularidad de estos dos últimos mayorazgos participa algo del defecto que hemos notado en el de femineidad. Mayorazgo de segundogenitura propia se llama aquel: *A cuya sucesion son siempre llamados los segundogénitos, por orden sucesivo*: cuyo uso es muy raro. Cuando el fundador llama al segundogénito por primera vez, y despues á los descendientes de este por orden de primogenitura, solo puede decirse impropiamente de segundogenitura; porque el orden perpetuo de suceder, en que consiste la esencia del mayorazgo, es de primogenitura. El uso de estos ya no es tan raro, porque ocurren á las veces muchas razones que lo persuaden. Y finalmente, mayorazgo incompatible es aquel: *Que no puede estar juntamente con otro en una misma persona*: de los cuales hay varias especies como luego veremos. La irregularidad de estos consiste solamente en la incompatibilidad, porque nada impide que en lo demas sean regulares.

8 Las especies de mayorazgos irregulares que hemos referido hasta aqui, son las principales, conocidas por los Autores por sus propios nombres que hemos notado. Hay otras muchas mas que no lo tienen, y tantas cuantas se antojen á los fundadores, que pueden poner los llamamientos y condiciones que les pareciere, con tal que sean posibles y honestas. A qué especie pertenezca el mayorazgo, es tratado largo, que contiene muchos y difíciles casos; y por ello excede los límites de un Institutista. Los mas frecuentes se pueden ver en Rojas de Almansa, que les examina latamente en toda *d. quæstion* 1. *disp.* 1., en Molina, Torre y otros, que han escrito largamente de mayorazgos. Solo pues expondremos las reglas principales de los mayorazgos regulares, tocando muy poco de los irregulares.

9 Sea pues la I. regla: El Reino de España es un

verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas mayorazgos, que como á miembros se derivan y toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda, el mayorazgo se reputa regular, *l.* 8. *t.* 17. *l.* 10. *de la Nov. Rec.* Y si se disputa sobre el orden de suceder, se debe decidir la causa segun las leyes de suceder establecidas por la sucesion del Reino, como enseñan Molina *lib.* 1. *de primog. cap.* 2. *n.* 16. *y siguientes*, y otros. Pero debemos advertir no entenderse por estas leyes *la* 5. *tit.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, que hemos citado en el *n.* 6.; porque esta solo dice respecto á la sucesion de la Monarquía, sin que sirva de ejemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida *ley* 2. *tit.* 15. *P.* 2.

10 II. regla: Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles; no solo porque tambien lo es el Reino cabeza de todos los mayorazgos *d. l.* 2., sino tambien porque el fin principal de los mayorazgos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el cual como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en cuanto al ejercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna cualquiera division, como lo enseña Molina en *d. lib.* 1. *cap.* 11. Solo un caso rarísimo exceptúa el mismo en el *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 19., de que naciesen dos varones, ó no estando varones, dos hembras en un parto, y en tales circunstancias, que no se pudiere saber quién nació primero: en el cual el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos, *l.* 12. *tit.* 33. *P.* 7.

11 III. regla: La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad, que faltando la descendencia del primogénito, que-

dasen sus bienes libres, si dejara otros descendientes suyos; sí que por lo contrario se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte, que de sola la palabra *mayorazgo* se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas que las de la regla antecedente, Molina *d. lib.* 1. *cap.* 4. Gomez en la *ley* 40 *de Toro n.* 64 y otros. De ahí viene, que los bienes mayorazgados son por naturaleza inagenables. Solo el Rey puede conceder facultad para enagenarles, y lo suele hacer cuando lo exige la pública causa, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella, que directamente mira á la utilidad pública. Y necesidad ó utilidad del mayorazgo la hay, cuando las cosas en que consiste el mayorazgo han de perecer ó arruinarse si no se reparan, ó se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concede sino con conocimiento de causa, y citado primero el inmediato sucesor, Molina *lib.* 4. *cap.* 3. y en el *cap.* 7. *n.* 4 *y siguiente* añade, que esta facultad no se pone en ejecucion, sino faltando bienes libres, aun cuando no se exprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace, que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de 10 ó 20 años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de 30 ó 40 años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gomez en *d. l.* 40. *de Toro n.* 90. Pero añade alli mismo tener lugar la prescripcion inmemorial, y en esto todos convienen, por el motivo que el haber pasado tanto tiempo, hace presumir que concurrió la licencia del Rey, y todo lo necesario para la enagenacion, Molina *lib.* 4. *cap.* 10. Greg. Lop. en la *glosa* 3. *al fin de la ley* 10. *tit.* 26. *P.* 4. en donde da tambien la razon que suele darse, que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio (1).

(1) L. 3. §. 4. de aq. quot et æst.

12 IV. regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, que recomienda mucho Molina en el *lib. 3. cap. 4. nn. 13. y 14.* diciendo deben conservarse en la menoría. La primera, la línea para que los de la línea del último poseedor sean primero, que los de las otras líneas. La segunda, el grado, esto es, que el mas próximo pariente de dicho poseedor excluye al mas remoto. La tercera, el sexo; porque siempre el varon excluye á la hembra siendo de la misma línea y grado. Pero si la hembra fuese de mejor línea y grado, no se entenderá excluida por los varones mas remotos, antes se preferirá á ellos, y se juzgará llamada, especialmente despues de la *ley 8. tit. 17. libr. 10. de la Nov. Recop.*, que en los mayorazgos que despues de ella se fundaren, esto es, despues del dia 5 de Abril de 1615 que es el de su fecha, no quiere sean excluidas las hembras, si no fuere en caso que el fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas por precisas, claras y evidentes que sean. Y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexo. Y adviértase por lo tocante á la proximidad, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea sino tambien en la trasversal; y de ahí es que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto antes de fundarse el mayorazgo, si no es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras y literalmente, sin bastar argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren: lo que manda observarse asi la *ley últ. d. tit. 7.* en los mayorazgos que en adelante se fundaren. Dicha ley tiene la misma antigüedad del dia 5 de Abril de 1615.

13 V. regla: Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y asi en adelante á la del tercero ó cuarto, Molina *lib. 3. cap. 6. nn. 30 y 31.*; y los que estan en la línea recta del fundador, se prefieren á

los demas. Pero debe advertirse que para tener lugar esta prelacion, es menester que los de dicha línea sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes, sin añadir *legítimos*; porque cuando se trata de honor de la familia, como en los mayorazgos, bajo la apelacion de hijos, no se entienden los ilegítimos, Greg. Lop. en la *glosa* 10. *quæst.* 8. *v. Et. quod de d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2. Mol. *d. lib. cap.* 3. *n.* 45. Y adviértase que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron de putativo, contraido segun los ritos de la Santa Iglesia, ignorando los contrayentes, ó alguno de ellos el impedimento que tenia para contraerle, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 4. lo que dice Molina, *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador, que solo debian suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

14 VI. regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contrajeron el matrimonio. Y de consiguiente, si su padre antes de este matrimonio, nacido ya el legítimo, hubiese contraido otro, y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogénito, y será preferido al legitimado. Y es la razon, porque habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, seria cosa inicua privarle de este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legítimo, Molina *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 7. Antonio Gomez latamente en la *ley* 9. *de Toro n.* 63 *y siguientes*, citando á otros. Si el hijo fuere legitimado por rescripcion del Príncipe, le excluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, como puede verse en el Hermenegildo de Rojas *de incompatibilit. part.* 1. *cap.* 6. §. 6. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 44. *y lib.* 3. *cap.* 3., que examinan con extension este asunto. Y el hijo ar-

rogado ó adoptivo está enteramente excluido, el mismo Rojas *d. part.* 1. §. 10.

15 Ademas de las líneas recta y trasversal de parentesco, que á todos son notorias, han inventado otras los Intérpretes, dándoles nombres, como son la actual ó efectiva, habitual, paterna, materna contentiva, de sustancia, cualidad, simple masculinidad, femineidad y eleccion. Las explica dicho Rojas en el citado *cap.* 6. latísimamente. Todas pertenecen á la recta ó á la trasversal; y las omitimos aquí porque contienen mas confusion que provecho; y con dificultad se decidirá por ellas algun caso, que no puede resolverse por las claras reglas que ponemos.

16 VII. regla: La proximidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador, *d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2. y en ella Greg. Lopez *glosa* 18. *al fin*: y mas claramente en la *ley* 9. *tit.* 1. *P.* 2. allí: *O alguno de los otros, que son mas propincuos parientes de los Reyes al tiempo de su finamiento.* Y tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso que el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solo pertenece la sucesion de los mayorazgos, Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 2.

17 VIII. regla: En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre, *d. l.* 2. allí: *Do quier que el señorío hubieron por linage, e mayormente en España, l.* 9. *tit.* 7. *P.* 2. allí: *Por razon de linage.* Y de ahí es que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque éste le hubiese desheredado. Pero respecto del fundador todos suceden por derecho hereditario; porque le consigue por su voluntad, Molin. *d. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 10. De esto se infiere, que el poseedor deberá pagar todas las deudas á que está tenido el fundador, si no es que las hubiese contraido despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que con-

trajo su antecesor, como no esten contraidas por necesidad precisa en conservar los bienes del mayorazgo. Mol. *d. l.* 1. *cap.* 10., que todo lo emplea en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se propone. Antonio Gomez en la *ley* 40 *de Toro n.* 72. en donde habla tambien latamente. Alli lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta discusion de casos.

18 IX. regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes pertenecientes á él, al sucesor, sin ningun acto de aprehension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos, en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto ó el mismo tenedor le haya dado la posesion de ellos, *l.* 1. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (45 *de Toro*). Y por cuanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley, sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los Autores *civilísima*, y dicen unánimes tener lugar aunque el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo, Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 24. Gomez en *d. l.* 45. *de Toro*, *n.* 112. Mieres *de majorat. part.* 3. *quest.* 2. Y tambien en los mayorazgos fundados sin licencia del Rey, como lo prueban Mol. *lib.* 1. *cap.* 1. *desde el n.* 25. y Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 5. *n.* 5. contra Anton. Gom. en *d. l.* 45. *n.* 116. Y tiene extension á la cuasi posesion de las cosas incorporales ó derechos, Mol. *d. cap.* 12. *n.* 23.; y asi lo prueban las mismas palabras de la ley, alli: *O de otra cualquier calidad que sean.*

19 X. regla: Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las casas de mayorazgos, labrando, reparando, reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las mugeres de los que los hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos, *l.* 6. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (46 *de Toro*). Solo habla

esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios, en los términos que acabamos de referir. Pero sin embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por ejemplo, como que es lo mas regular; por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes, Mol. *d. lib.* 1. *cap.* 26. *n.* 15. *y siguientes*. Azev. en *d. l.* 6. *n.* 2. Algunos han querido notar sin razon de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos Autores, Antonio Gom. en *d. l.* 46. *n.* 4. y otros, tienen justicia.

20 XI. regla: El mayorazgo, segun la *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (41 *de Toro*), se puede probar por tres modos: I. Por la escritura de institucion de él con la escritura de la licencia del Rey que la dió. II. Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. III. Por costumbre inmemorial probada con las calidades que incluyan haber tenido y poseido los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo; y que los testigos sean de buena fama y digan, que asi lo vieron ellos pasar por tiempo de 40 años, y asi lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que ellos siempre asi lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que asi es la pública voz y fama y comun opinion de los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de *d. l.* 1. sobre el cual advertimos con Molina y otros, que el I. de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del Rey, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como antes se podia hacer y hacia, no es precisa, Mol. *lib.* 2. *cap.* 8.; bien que añade en el *n.* 9 ser muy raro que se funden sin escritura, y que no le consta haber sucedido: que el modo II. se entiende cuando habiéndose perdido la escritura deponen de su tenor los testigos, que la vieron, y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba

cancelada ni viciada en parte alguna, Acev. en *d. l.* 1. *n.* 6 *y siguientes*: que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo, no es menester que sea pública; porque la ley solo requiere que haga fe, alli: *Siendo tales las dichas escrituras, que hagan fe*; y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen, Mol. *d. cap.* 8. *n.* 10.: que dichos tres modos estan puestos por via de ejemplo, y no taxativamente, pues podrá probarse por otros, de los cuales refiere varios Molina, *d. cap.* 8. *n.* 5.: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley, dice Acevedo en su comentario *n.* 27. citando á Burgos de Paz y Cov., ser peculiar en este asunto; porque en los otros no es menester, que digan los testigos, que asi lo oyeron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covar. en el *cap. Possesor part.* 2. §. 3. *n.* 7., que asi está admitido en la práctica. Y convendria tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia; porque incluyéndola los litigantes en sus preguntas, la contestan los testigos ignorándola ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la experiencia.

21 XII. y última regla: En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, *l.* 5. 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Es pues permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento que no cumpliéndolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dicen ser indubitable Molina *d. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 34, en donde examina tambien cuando son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y cuando son modos. Y de ahí viene ser inumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula. Las 12 reglas que aqui van puestas, y hemos formado con el posible cuidado, entresacándolas de las mismas leyes y nuestros Autores mas célebres, estan acomodadas á los mayorazgos regulares, y son como sus primeros elementos, y sirven tambien para los irregulares, á excepcion de la circunstancia por la cual lo son; porque

en las demas siguen la naturaleza de los regulares, como por ejemplo, en la femineidad, cesa sola la regla de preferir el varon á la hembra, y las demas se observan.

22 En conclusion del asunto de Mayorazgos, pasemos á examinar algunas cosas dignas de saberse, que ocurren en los incompatibles. Mayorazgo incompatible dijimos arriba *n.* 7. ser aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. Son varias sus especies. En primer lugar es la incompatibilidad, ó por la ley ó por el hombre: en segundo es expresa ó tácita: en tercero es personal, ó real ó lineal: en cuarto es absoluta ó respectiva; y quinto y último es, ó para adquirir ó para retener. Incompatibilidad por la ley es la que establece la *ley 7. tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* mandando, que si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es, 58823 reales, ó 5347 ducados, 6 reales y 18 maravedises, como lo explica Herm. de Rojas de *incomp. part.* 8. *cap.* 1., se deben dividir entre los hijos, dando al primogénito la eleccion para que elija el que quisiere, y pasando el otro al segundogénito, y faltando él á la hija. Y si de dicho matrimonio hubiese un solo hijo, tendrá los dos, difiriéndose la division para sus hijos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en el caso de juntarse dos mayorazgos no por matrimonio sino por derecho de sucesion, es cuestion harto dificil, que tiene por una y otra parte muchos patronos, examinada latamente por Herm. de Rojas en *d. part.* 8. *cap.* 1. *n.* 26. *y sig.*, y por el otro Rojas *disp.* 3. *cuest.* 2. *desde el n.* 5., en donde juzga mas verdadera la opinion negativa; y desde *el n.* 10. explica, que sí que alcanza á aquellos mayorazgos que despues de contraido el matrimonio se difieren al marido ó á la muger. Pero añade el mismo Rojas de Almansa en *d. disp.* 3. *cuest.* 9. *n.* 14. no estar en uso esta incompatibilidad. Incompatibilidad por el hombre es: *La que viene por voluntad del fundador.*

23 Incompatibilidad expresa es: *La que con palabras*

de la ley ó del fundador se expresa: cual es la legal que hemos explicado. Tácita: *La que no expresándose con palabras, se infiere de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundacion.* Sucede esto cuando el fundador pone la condicion que el poseedor haya de llevar sus armas solas sin mezcla de otras; en cuyo caso será incompatible con otro que deba llevar las de su fundador; porque es imposible llevar las solas armas de uno, y al mismo tiempo las de otro, Herm. de Roj. *part.* 1. *cap.* 1. *n.* 32.

24 Personal incompatibilidad es: *La que impide á una sola persona que tiene un mayorazgo que pueda tener otro, pasando su derecho en cuanto al que no quiere á su primogénito ó inmediato sucesor.* Real ó lineal es: *La que impide que el poseedor de un mayorazgo, y toda su línea pueda obtener otro, que deberá por lo mismo pasar á su hermano segundogénito ó á su línea.* Averiguar si la incompatibilidad es personal ó real, es cuestion de las mas dificiles en este asunto en varios casos que se ofrecen, que debe resolverse interpretando bien la mente del fundador. La trata latísimamente Rojas de Almansa, *disp.* 1. *cuest.* 4. *y* 5., é inclina á que cuando no se pueda salir de la duda, se ha de reputar antes real que personal; y al *n.* 32. *y siguientes de d. cuest.* 4. señala la diferencia, porque las incompatibilidades de Oficios de la República, Beneficios y Dignidades son personales y no reales. Absoluta incompatibilidad es: *La que impide que el poseedor de un mayorazgo tenga otro, sea el que fuere.* Respectiva: *La que solamente impide al que posee un mayorazgo, que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas.*

25 Incompatibilidad para adquirir es: *La que impide al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro de cualquier manera que sea* De ahí es, que si vacare otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor saltándole á él, se diferiria al otro mas próximo que le se-

guia. Incompatibilidad para retener es: *La que solo impide al que posee un mayorazgo, que pueda retener juntamente con el otro que le viene despues.* En este caso se le difiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la *ley* 1. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*, en los términos que hemos explicado al *n.* 18., y solo está obligado á dejar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la *referida l.* 7., Rojas de Almansa *d. disp.* 1. *quæst.* 3. *n.* 54. y *disp. n.* 2. *quæst.* 10. *n.* 9. Los modos de fundar los mayorazgos son los mismos que hemos notado, *n.* 3. *n. tit. antec.* ser los de hacer las mejoras de tercio y quinto, *l.* 4. *de tit.* 17. *lib.* 10.

TITULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS.

Tit. 13. P. 6. y tit. 20. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Quién se dice intestado.*
2. 3. *El primer orden de suceder á los intestados comprende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y qué sea suceder en estirpes y en cabezas, y cuándo el hijo se considera abortivo.*
4. *Cuándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y cuando los adoptivos, y quiénes son naturales.*
5. *De la cuarta marital que se debe á la muger en la sucesion de su marido.*
6. *El segundo orden de suceder es el de los ascendientes.*
7. *El tercer orden de suceder es el de los laterales, y cómo se regula en los legítimos.*

(1) Tit. 1. lib. 3. Inst.

8. 9. 10. *Cómo suceden en este tercer orden los legítimos á los naturales, ó al contrario.*

11. *Término de este tercer orden de suceder.*

12. *Los religiosos profesos, y los Conventos en su representacion, estan enteramente excluidos de la sucesion intestada.*

13. *A quiénes y cómo se han de entregar los bienes de los intestados.*

14. 15. 16. *De la obligacion que tiene el cónyuge sobreviviente de reservar á favor de sus hijos los bienes que adquiere trayendo causa del difunto ó sus mismos hijos, en el caso de contraer segundo matrimonio.*

1 Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo, ó aunque le hubiese hecho válido se rompió ó rescindió en los términos que hemos referido, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 6. (1), la cual cuenta tambien por intestado al que habiendo otorgado testamento no quiere ó deshecha la herencia el heredero que él instituyó: lo que está expresamente derogado por la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* como ya hemos notado. Las leyes Romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á sus descencientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso (2).

2 Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, *l.* 2. *y siguientes d. tit.* 13. Es pues en España el primer orden de suceder abintestato el de los descendientes del difunto, sin distincion de varones ó hembras, retenidos

(1) Pr. cod. (2) Nov. 118.

en la patria potestad ó salidos de ella, *l. 3. d. tit.* 13. Comprende á todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos cuyo padre haya ya fallecido. Estos entonces entran ocupando el lugar de su padre, y ello mediante, se consideran tan próximos del difunto como los hijos de este en el primer grado. Y por lo mismo de ser admitidos en lugar y representacion de su padre, no sacan mas porcion que la que sacaria su padre si viviera, *d. l. 3.*, y esta se la dividirán entre sí en partes iguales. Los Intérpretes para explicar esto con claridad y generalidad, han formado una regla fundada en las mismas leyes, diciendo que las sucesiones, ó son en estirpes ó en cabezas. Estirpe no es otra cosa que origen de generacion, y asi el padre es estirpe de los hijos, el hijo de los nietos. Suceder pues en estirpe es suceder representando su estirpe, y por ello este modo de suceder se llama por derecho de representacion: Y suceder en cabezas, es suceder por su propia persona sin representacion de otra. Cuando se sucede en estirpes se hacen tantas partes ó porciones cuantas son las estirpes; y cuando en cabezas, cuantas son las personas. Declarémoslo mas en un ejemplo: Muere uno dejando á Pedro hijo, dos nietos nacidos de otro hijo Juan ya difunto, y tres de otro hijo Diego tambien difunto. Pedro sucederá en cabeza, y los nietos hijos de Juan y Diego en estirpes ó en representacion de sus padres, y por ella se consideran en el primer grado en que está Pedro, y la herencia se dividirá entre partes iguales, una para Pedro, otra para los hijos de Juan, y otra para los tres hijos de Diego, *d. l. 3.* (1).

3 Y adviértase que en esta línea de descendientes la representacion es infinita, esto es: no tiene término señalado; y de ahí es, que si falleciese un padre dejan-

(1) §. ult. Inst. de her. quæ ab int. def.

do á un hijo, y de otro hijo un bisnieto, cuyo padre y abuelo fuesen ya muertos, sucederian igualmente al difunto su hijo y el bisnieto, aquel por la sucesion en cabezas y este por la de en estirpes, *d. l.* 3. (1). El hijo que muere recien nacido no hereda á sus padres cuando se considera abortivo. Para que no lo sea es menester que haya nacido vivo todo, y que á lo menos despues de nacido haya vivido 24 horas naturales, y sido bautizado. Y de la misma suerte se considerará parto abortivo y no natural cuando naciese el hijo en tiempo que no pudiese vivir naturalmente, aunque faltaran las tres circunstancias referidas, *l. 2. tit. 5. lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en cuyo comentario examina latamente Acevedo desde el *n.* 90. con relacion á la *ley* 4. *tit.* 23. *P.* 4., si es tal el que nació al octavo mes de la preñez de su madre, inclinando á la afirmativa. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; y ceden á ellos los legitimados para heredar á sus padres por rescripto del Principe, aunque este fuere anterior al nacimiento ó legitimacion de aquellos, tanto en la sucesion del padre como en la de la madre. Pero para suceder en los bienes de los otros parientes, y en las honras y preeminencias, son iguales á los hijos legítimos, *l. 7. tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (12 *de Toro*), que corrige á la *ley* 11. *d. tit.* 13. *P.* 6., en cuanto llamaba á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre.

4 Si el padre difunto no dejó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las doce en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, *l.* 8. *d. tit.* 13., sin que lo embarace la viuda de dicho difunto, *l.* 9. *d. tit.* 13. De los espurios no hallamos que esten llamados á la sucesion de su padre: antes persuade no estarlo la *ley* 5. *de d. tit.* 20. (9. *de Toro.*), que solo los llama para su-

(1) D. §. ult.

ceder á su madre como vamos á ver. Suceden pues á su madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes por su orden y grado, segun expresa *d. l. 7.* esto es, primero los naturales, y en su defecto los espúrios segun la mayor proximidad. Y en atencion á que esta *ley 7.* dice que los tales hijos son herederos de su madre *ex testamento y abintestato*, nos parece que esta tendrá obligacion de instituirles herederos, porque no encontramos que pueda explicarse de otra manera la sucesion *ex testamento.* Pero los nacidos de dañado y punible ayuntamiento estan excluidos, *d. l. 5.* Dijimos quienes son estos al *n. 2. del. tit. 5.*, y la misma exclusion tienen los nacidos de Clérigos ordenados en Ordenes mayores, ó de Frailes ó Monjas profesas, *d. l. 5. y su antecedente la 4.* Hijo natural es, segun nuestras leyes: *El que es nacido de padres, que al tiempo que naciere ó fuere concebido, podian casar justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa ni sea una sola.* Esta definicion está sacada á la letra de la *ley 1. tit. 5. lib. 10 de la Nov. Rec.* (*11 de Toro*): segun la cual hay dos medios para probar ser el hijo natural, el uno al reconocimiento del padre, y el otro el haber nacido de una concubina ó muger que tenia el padre en su casa, sin tener otra, Aceved. en *d. l. 1.* Gomez en *d. l. 11.* Y adviértase no ser necesario que el reconocimiento sea expreso: bastará el tácito, que se acredita por hechos y conjeturas, como prueban latísimamente refiriendo algunos hechos Castillo *de conject, et interpret. ultim. volunt. cap. 125. desde el n. 18.* Cervantes en *d. ley 11. n. 139.* y otros varios. En cuanto á los hijos adoptivos les dan el derecho de suceder á su padre adoptivo las *leyes 8. y 9. tit. 16. P. 6.* Pero nuestros Intérpretes, atendiendo á las *leyes 5. tit. 6. lib. 3. 1. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real*, y á las *1. y 7. tit. 20. de d. l. 10.*, juzgan que debe esto entenderse cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales, Greg.

Lop. *glosa 5. de d. ley* 8. Pichard. *l. 3. inst. tit.* 1. §. 4. *n.* 4.; y aun en este caso es de dictámen Acevedo en *d. l.* 1. *de la Rec. n.* 66., que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo excluyen á dichos hijos bien fundado *en d. l.* 1.

5 Este primer orden de suceder, al paso que excluye á los otros dos admite con los descendientes á la muger del difunto que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente: la cual tiene derecho de heredar la cuarta parte de sus bienes, que no ha de montar mas de cien libras de oro. Del valor de estas libras puede verse á Covar. en el tratado *de veter. num. col. cap.* 6. Anton. Gom. 2. *var. cap.* 4. *n.* 6., y alli á Ayllon que cita á muchos. Gutier. *de jur. confirmat. part.* 1. *cap.* 4. quiere que en esto se atienda la práctica de los tribunales. Esta cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, porque es deuda legal, á cuyo pago estan sujetos todos ellos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese este tan rico que dejándole menos le dejaba con que vivir, *d. l.* 7. *d. tit.* 13. *P.* 6. alli: *que si non dejare á la tal muger en que pudiere bien é honestamente vevir.* Ni derogan este derecho de la muger las posteriores leyes de la Recopilacion, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, cual es la muger; pero estará sujeta esta cuarta á la reservacion de que hablaremos á lo último de este título. Gregor. Lop. en las *glosas de d. l.* 7. examina varias cuestioncillas sobre su contenido, en las que nuestro instituto no nos permite entretenernos.

6 Faltando el primer orden de sucesion, entran á ella los del segundo, que comprende á los descendientes del difunto segun la proximidad de su grado; porque en este orden no tiene lugar la representacion, y el mas cercano siempre excluye al mas remoto. Si alguno pues muriere sin tener ya padre, dejando madre y abuelos paternos, llevará la madre toda su herencia. Y no debe hacerse division de bienes paternos y materno si

pues todos se dividirán igualmente entre los que son del mismo grado, *d. tit. l. 4. d. tit.* 13. *P.* 6. salvo en las Ciudades, Villas ó Lugares en donde, segun el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco ó la raiz á la raiz, *d. l.* 1. *al fin.* Pero debe advertirse, que si los ascendientes que han de heredar son abuelos del difunto, porque ya habian fallecido sus padres; la division debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número; es decir, que si por parte de padre solo quedaba el abuelo, y de madre ambos abuelos, será la mitad para el abuelo paterno, y la otra mitad para los abuelos maternos, *l. 4. tit.* 13. Será pues este modo de suceder medio entre los dos famosos de en estirpes y en cabezas. No es en estirpes, porque no hay lugar á la representacion, excluyendo siempre el mas próximo al mas remoto; y no es en cabezas, porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. Algunos autores le llaman en líneas. A falta de ascendientes legítimos sucederán los naturales en los mismos términos que los hijos naturales suceden á sus padres. *l.* 8. *d. tit.* 13. *P.* 6. *en el fin.*

7 El tercer orden de suceder es el de parientes laterales ó de travieso, que nunca llegan á concurrir con los ascendientes aunque sean hermanos del difunto, *l.* 2. *d. tit.* 10., que corrige á la 4. *d. tit.* 13., que llamaba á los hermanos de ambos lados, y sus hijos juntamente con los ascendientes. Faltando pues descendientes y ascendientes del difunto, le suceden sus hermanos de ambos lados y sus hijos; y si no hubiere de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. Y si concurrieren hermanos de padre, ó sus hijos con hermanos de madre ó sus hijos, se dividirán los bienes de modo, que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demas bienes se repartirán entre todos ellos con igualdad, *l.* 5. *y* 6. *d. tit.* 13. Si el difunto no dejase tampoco hermano alguno, sino hijos de hermanos, le sucederán estos en cabezas, haciéndose tantas partes iguales entre

ellos cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tios, que suceden en estirpes *d. l. 5. l. 2. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Rec.* con exclusion de los tios del difunto, como lo prueba la *ley 6. d. tit. 13.*, que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por sola la razon de mayor proximidad. Por lo que se ha expuesto se han formado dos axiomas dignos de tenerse en la memoria: I. *En la línea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos cuando concurren con sus tios.* II. *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia al mayor parentesco ó su doble vínculo*, esto es, tenerlo por parte de padre y madre respecto del que solo tiene por un lado.

8 Lo que hemos dicho de la sucesion entre los laterales debe observarse entre los legítimos. Pero si el difunto ó el que le ha de suceder fuere ilegítimo, se observarán las reglas que se siguen. Si el que murió era natural, le sucederán los hermanos de madre y sus hijos, *l. últ. d. tit. 13.*: y si algunos de estos hermanos fueren legítimos, serán preferidos á los que no lo son, como se prueba del vers. *Fueras ende, y sig. de esta ley*, y lo advierte Greg. Lop. en su *glosa 2.*, bien que Antonio Gomez defiende lo contrario en la *ley 9. de Toro, n. 49.*, y en el siguiente *n. 50.* nota, que los hermanos naturales por los dos lados excluyen á los que lo son solamente por uno, y del mismo sentir es en esto Greg. Lop. en su *glosa 3. de la misma ley últ.* Y si solo dejare hermanos de parte de padre y no de madre, serán admitidos á la sucesion, y entre ellos serán preferidos los legítimos, como en este caso está expresada *d. l. últ.* en su citado vers. *Fueras ende.*

9 Y si se trata de suceder á un legítimo que no dejó parientes legítimos sino solamente naturales, le sucederán los que lo son por parte de madre, *d. l. últ. al fin.* pero los parientes por parte de padre estarán del todo excluidos aunque sean hermanos. Aunque no hemos visto

otro que defienda esta opinion, creemos deberse sostener firmemente por conforme á dicha ley últ. *vers. Otrosí*: allí: *Otrosí, decimos, que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros, que les pertenecen por parte de su padre.* Porque la palabra *legítimos* puesta relativamente en *d. vers.* se refiere manifiestamente á la palabra *fijos*, que no se repite porque se acaba de expresar; como si dijera la ley: *Los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los fijos legítimos*: y los hijos naturales é hijos legítimos son hermanos entre sí. Y esto mismo persuaden las siguientes palabras: *Nin de los parientes otros*; puesto que la voz *Otros* se refiere á parientes otros de los hermanos, por no aparecer otros á quienes pueda referirse; y esta voz *Nin* es conjuncion excluyente: de suerte, que segun la sentencia de la ley estan excluidos de suceder al legítimo sus hermanos naturales, con todos los demas que son sus parientes de parte de padre.

10 Lo contrario defienden Greg. Lop. en la *glosa 7. de d. l. últ.* Ant. Hom. en *d. l. 9. de Toro n. 48.* y otros; pero ademas que esta opinion no puede acomodarse á la sentencia de la ley, como hemos manifestado, es muy débil y despreciable el argumento en que se pretende fundar, de que la sucesion debe ser recíproca, y que por ello sucediendo el hermano legítimo al natural, como hemos visto, deberá este suceder al legítimo. Porque si hubiese sido la intencion de esta *ley* establecer aqui la recíproca sucesion, lo hubiera expresado como lo expresó la *ley 8. del mismo tit. 13.* hablando de la línea recta. Ni se comparan aqui naturales con naturales, como en *d. l. 8.*, sino naturales con legítimos, y es bien notorio ser mejor la condicion de estos, y tal la hace la misma *ley últ.*, y por ello puede creerse que quiso esta desigual sucesion legítima. Por otra parte, aunque es regular que la sucesion sea recíproca no es perpetuo ó preciso; así vemos que el adoptado por otro que no sea ascendiente suyo es su heredero y no al contrario.

11 Por la *ley* 6. *tit.* 13. *P.* 6. el derecho de suceder abintestato los parientes de travieso del difunto, se termina en el grado décimo. Y posteriormente parece que la *Instruccion para la recaudacion de los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos*, mandada observar por *Real Decreto de 27. de Noviembre de* 1785. *que es la ley* 6. *tit.* 22. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* previene, que no pase del cuarto, y que en su defecto vaya al Fisco con destino de los bienes á la pública utilidad. Asi lo senté en mis *Instituciones Romano-Hispan.* hablando de la sucesion de los cognados *n.* 12. Pero ahora, mirado con escrupulosa atencion el *cap.* 9. de dicha Instruccion, nos parece no ser seguro este modo de pensar. A que se añade que el *cap.* 2. *del Real Decreto*, inserto en la *cédula del 25 de Setiembre de* 1798 sobre los pagos que deben hacerse en los pases de bienes á los parientes trasversales por sucesion testada ó intestada, manifiesta que esta debe extenderse mas allá del cuarto grado. Y con efecto, por sentencia dada en 15 de Julio del año último 1802 declaró el Superintendente General de los referidos bienes, que los de la sucesion intestada de Don Felipe Tinajero, Presbítero de esta Ciudad de Valencia, pertenecian á Doña Josefa Dávila y de Vega, consorte de Don Fernando Vicente Alfonso, abogado del Colegio de la misma, y á una prima suya, parientas las dos en quinto grado de dicho Don Felipe, como hijas de dos primos hermanos suyos: las que en conformidad de ello se hallan ya en la pacífica posesion de dichos bienes. Segun esta sentencia no se puede pretender que la sucesion se termina en el cuarto grado, sino es que se diga que los grados deben contarse aqui segun la computacion canónica. Es esto cuanto podemos decir en este asunto.

12 Es preciso advertir que por *Real pragmática de* 6. *de Julio, publicada en* 8 *de Agosto de* 1792 *que es la ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se prohibe que los Religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes abintestato, por ser tan opuestos á su absoluta in-

capacidad personal, como repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos; quedando por consecuencia sin accion los Conventos á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representacion ni otro concepto. Cuya solidísima razon parece podria tambien obrar para extender la prohibicion á que pudiesen ser instituidos herederos, y testar de sus bienes antes de la profesion, con extension á los que adquirian despues si permanecieran en el siglo, y es imposible los adquieran habiendo profesado. Los sólidos y verdaderos principios del derecho apoyan este modo de pensar; y si se mandara asi, cesarian innumerables pleitos muy embarazosos que edifican poco al pueblo, al paso que turban la tranquilidad y abstraccion de las cosas del mundo, que deben observar los Religiosos. Y aun creemos, que si se atiende bien á dicha *pragmática*, considerando su espíritu en las incontrastables razones en que se funda pueden muy bien obrar en las sucesiones testamentarias.

13 Tambien debe advertirse lo prevenido en la *pragmática publicada en Madrid en 6. de Febrero de 1766*, que hoy es la *ley 14. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Rec.*, mandada observar aunque haya costumbre inmemorial en contrario; y es: Que los bienes de los intestados se han de entregar enteramente sin deduccion alguna á los parientes á quienes pertenezcan por derecho de sucesion. Y que estos parientes deben hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto: Y que en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna Justicia Eclesiástica ni Secular en hacer inventario de los bienes. Esta prohibicion de poderse mezclar la Justicia á formar inventario de la he-

rencia del difunto intestado la entendemos, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerlo á título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien del alma. Pero cuando ocurra ser menores ó estar ausentes, lo podrá formar; con la limitacion de que sea necesario para contar el dinero ó inventariar alhajas preciosas, y sin gastar en ello mas que dos dias, ni tener mas derechos que 30 reales por mañana y otros tantos por la tarde, como puede verse en Febrero adicionado *part. 2. lib. 1. cap. 1. §. 1. n. 16.* Lo que deba hacerse de la herencia intestada de aquel, que habiendo nombrado comisario para testar no consiguió que este testara queda expuesto al *n. 12. del tit. IV.*

14 Vamos ahora á tratar brevemente de la sucesion de los bienes, que el cónyuge que sobrevive al otro y contrae segundo matrimonio, tiene la obligacion de reservar á sus hijos del primero; porque debiendo gobernarse por las reglas de la intestada, hemos creido ser este el lugar mas oportuno. Usaremos de la palabra *cónyuge*, porque la obligacion de reservar es la misma en el marido que en la muger, como expresamente lo establece la *ley 7. tit. 4. lib. 10. de la Nov. Rec.* (*15. de Toro*); y asi lo que digamos de padre entiéndase tambien de la madre, y al contrario. Cuando muere un cónyuge dejando hijos, y el otro que sobrevive contrae segundo matrimonio, se debe saber de qué clase son los bienes de este. Si los obtiene habidos de su difunto cónyuge, ó alguno de sus hijos del primer matrimonio, estan sujetos á reservacion en los términos que luego veremos; y si los tiene por otro título, en que no haya vínculo ó fideicomiso, puede disponer de ellos como de cosa suya. Tiene lugar la reservacion en los que adquiere del cónyuge difunto, por cualquier título que fuere, ó bien universal como sucesion de herencia testada ó intestada, ó singular, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio, pues les debe reservar privativamente para sus hijos del primer matrimonio, excluido cualquiera otro.

Y lo mismo sucede en los que le han pertenecido por sucesion intestada de alguno de sus hijos, *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *del Fuero Real*, Gomez en *d. ley* 15. *de Toro* (1), Pero no alcanza la reservacion á la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, que pertenece á cada uno de los cónyuges, como expresamente lo dispone la *ley* 6. *tit.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (14. *de Toro*); y da de ello la razon Antonio Gom. en *d. l.* 14. *n.* 3. de que esta ganancia no le va á un cónyuge por el otro, sino por disposicion de la misma ley.

15 Los bienes del hijo que van al cónyuge, su padre ó madre, por título, no de sucesion intestada sino por otro que nace de la voluntad del mismo hijo como testamento, no estan sujetos á la reservacion, y puede el cónyuge disponer de ellos como á libres, por la razon de que sucede en ellos como cualquier extraño, Gom. en *d. l.* 15. *de Toro n.* 2. (2). Y aunque por la misma parece debia decirse, que habia de tener tambien libertad para disponer de los que heredó por testamento del otro cónyuge premuerto, juzga lo contrario el mismo Gom. en *d. n.* 2. diciendo ser esta opinion de todos. Ni es de extrañar esta diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge que por el de sus hijos, á causa de que contrayendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Gom. en *d. n.* 2. (3). Para seguridad de la obligacion de reservar estan hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, *l.* 26. *tit.* 13. *P.* 5., y si de hecho enagenare los que debe reservar, se sostendrá

(1) L. 3. C. de secund. nupt. (2) Auth. Ex testam. C. de secund. upt. (3) D. Authent.

entretanto la enagenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder, que sus hijos muriesen antes que ella, y entonces subsistiria la enagenacion, Gom. en *d. l.* 15. *n.* 5. Lo que hubieren dado á la muger los parientes ó amigos del marido entra tambien en la reservacion, como latamente lo prueba el mismo Gomez en el *n.* 7. soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Gom. *al fin del n.* 3. (1).

16 Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará si estos no extaren cuando muere el cónyuge que sobrevivió al otro, sino es que existieren descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiria la reservacion, Aceved. *d. l.* 7. *tit.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n. últ.* Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraer segundo matrimonio. Y si lo contrajese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, como prueba Gomez *n.* 6. *de d. l.* 14. Aceved. en *d. l.* 7. *n.* 36., en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinando á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la muger, que por haber contraido el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez *d. n.* 3. Aceved. en *d. l.* 7. *n.* 36. (2). Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados velados, como lo prueba Aceved. en *d. l.* 7. *n.* 35. Si la muger sin haber contraido segundo matrimonio, viviera despues de viuda lujuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gomez en *d. l.* 14. *n.* 16. está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa que defiende Aceved. en *d. l.* 7. *n.* 10. *y siguientes.* Uno y otro alegan sus razones.

(1) Auth. Lucrum C. de secund. nupt. (2) Auth. Sed. ut si ead.

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EN GENERAL Y TRANSACIONES.

Tit. 1. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea obligacion, y su division en tres especies.*
2. 3. *Qué sea nudo pacto, qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.*
4. *De los pactos reprobados.*
5. *Qué sea transacion, y cuándo puede tener lugar.*
6. 7. *Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.*
8. *De la transacion sobre delitos.*
9. *La transacion es de interpretacion estrecha.*
10. *Causas por las cuales puede rescindirse la transacion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.*

1 La *l. 5. tit. 12. P. 5.* nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural sola ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera, que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se

(1) Tit. 14. lib. 3. Inst. et tit. 15. lib. 2. Diges.

le puede acomodar el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la *ley 56. tit. 5. P. 5.* Explicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego, que cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso frecuente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser: *Vínculo del derecho que nos tiene ligados á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien llamarse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del derecho; pero tan débil, que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, *d. l. 56.*, y de ahí es, que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el derecho no ha querido darles fuerza obligatoria: cuales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próximos á la pubertad, los de fiadores que otorgan las mugeres, y de préstamo los hijos que estan en la patria potestad, segun de ello hablaremos mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien los recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2 Segun las leyes Romanas, la principal fuente de estas obligaciones naturales eran los nudos pactos, á los cuales no concedian fuerza de producir accion (2), sí solo obligacion natural. Pero segun las nuestras de todo pacto serio nace obligacion civil y accion; *l. 1. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Rec.*, á excepcion de algunos reprobados, que

(1) Princ. Inst. de oblig. (2) L. 10. C. de pact.

luego expresaremos. Tienen pues entre nosotros la misma fuerza que las famosas estipulaciones de los Romanos, de lo que trataremos hablando de las obligaciones verbales, notando la notable diversidad que nace de su diferente modo de contraerse, aplicable á toda la especie de contratos. Pacto en general es: *Convencion ó consentimiento de dos ó mas, de dar ó hacer alguna cosa* (1), y se divide en nudo y no nudo. Nudo es aquel: *Que se contiene en los límites de convencion, sin pasar á ser contrato*; y no nudo, ó por un solo nombre contrato es: *Convencion que tiene nombre cierto, ó faltando este, causa civil de obligar*; y de ahí es, que los contratos se dividen en nominados é innominados; y sea esta la I. division. Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; é innominados los que no lo tienen, y son de cuatro especies, *doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas, l. 5. tit. 6. P. 5.* (2); y este dar ó hacer es la causa de obligar que hemos expresado en la definicion. En estos contratos el que cumplió por su parte, tiene derecho de escoger, ó bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, ó que pague los perjuicios que le ha ocasionado de no cumplirlo, y debe ser creido por su juramento con la tasa del Juez, *d. l. 5.*

3 II. division de contratos en unilaterales y bilaterales. Se llaman unilaterales aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, cual es el préstamo ó mútuo, en que solo se obliga el que lo recibe; y bilaterales, en que ambos lo estan, como la compra, locacion ó arrendamiento; y adviértase haber algunos, que al principio solo se obliga uno, y despues por incidencias se obliga otro, como el comodato y depósito, segun explicaremos hablando de ellos. III. division, que nace del diferente modo de contraerse ó perficionarse en consensuales, verbales, reales y literales, segun se per-

(1) L. 1. §. 2. de pact. (2) L. 5. de præscript. verb.

ficiona por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo iremos notando cuando hablemos de cada uno de ellos. De todos los contratos nace obligacion (entenderemos siempre la civil y natural), porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, cuasi contrato, delito ó cuasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa *ley* 1. *tit.* 10. *de la Nov. Rec.*, queda obligado el que de cualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Ademas hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respeto hácia el bien público. De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales agenos, el que los puso en su edificio. El célebre Jurisconsulto Romano Cayo dijo, que estas nacian de varias figuras de causas (1).

4 Es menester advertir aqui, que hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo estan muy lejos de poder producir obligacion, como son: I. El que suele llamarse con el nombre latino de *quota litis*, esto es, el que hace, el que ha de litigar con su Abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleito: el cual ademas de no valer imposibilita al Abogado á poder abogar por otro como á infame, *l.* 14. *tit.* 6. *P.* 3. (2). II. El que llaman *antichreseos*, esto es, el que se hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos mientras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, *l.* 2. *tit.* 13. *P.* 5. El derecho canónico tambien lo ha reprobado como á usurario, *capp.* 1. *y* 2. *de usur. capp.* 4. *y* 6. *de pignor. en las Decretales de Gregor. IX.* III. Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, *l.* 28. *l.* 38. *tit.* 11. *P.* 5. (3), á los cuales creemos pueden referirse

(1) L. 1. de oblig. (2) L. 53. de pact. l. 5. C. de postul.
(3) L. 7. §. 7. 28. de pact.

algunos que expresamente reprobaron las leyes Romanas, y no hallamos expresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el Médico de pagarle mas de lo que le corresponde (1), y los de la futura sucesion de uno que vive sin su consentimiento (2). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gomez en la *l.* 22. *de Toro.*

5 Transacion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lop. en la *glosa* 1. *de la ley* 5. *tit.* 6. *P.* 5., y lo prueba latamente Valeron *de transact. tit.* 1. *quæst.* 3. *y* 4., porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mutuamente alguna cosa (3). Es: *Decision convenida, no gratuita de cosa dudosa.* Se dice: *decision*, porque decide ó termina los pleitos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus Intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, por lo que hemos dicho, que no se hace sin dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleito ó amenaza, ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con extension á todos los pleitos ó desavenencias que puedan tener entre sí los litigantes (4). Pero si no hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleitos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron *tit.* 2. *quæst.* 1. *n.* 22. (5).

6 Como la transacion es especie de enagenacion, claro está, que no pueden hacerla aquellos que no pueden enagenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice expresamente la *ley* 19. *tit.* 5. *P.* 3., que puede transigir el que tuviere poder especial

(1) L. 9. C. de Profes. et Med. (2) L. ult. C. de pact. (3) L. 38. C. de transact. (4) L. 9. l. 12. de transact. (5) L. 8. §. 20. eod.

para ello; y tambien el que le tenga general, libre y llenero para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito, que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con libre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lop. en las *glosas* 8. *y* 9. *de esta ley*, que aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los Escribanos que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrub. 1. *var. resol. cap.* 6. *n.* 3. y Valeron *de transact. tit.* 4. *quæst.* 5. *nn.* 27. *y* 28., citando á otros muchos. Y con efecto vemos, que en la práctica para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador, que no tenga poder especial.

7 Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á excepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite bajo ciertas limitaciones. En primer lugar no puede transigirse, ni vale la transacion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse este; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieran antes, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 6. Y creemos tener lugar esta doctrina tambien en el caso que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros que se deben por testamento, sin autoridad del Juez. Varias leyes Romanas lo establecieron expresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer contra la voluntad de quien los dejó (1).

(1) L. 8. de transact.

Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aqui, por defenderla todos nuestros Autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden. Valeron *de transac. tit. 3. quæst. 3.* Castillo *de alimentis cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados; ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (1), los mismos Val. y Castillo en los lugares *citados.* Y el Juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (2).

8 En cuanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (3), porque se presentaria asa ú ocasion para delinquir. Sobre pasados, se ha de distinguir en si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transacion, porque tratándose entonces solamente de interes pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla (4); pero podrá el Juez imponer al reo que transigió la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l. 22. tit. 1. P. 6.*, que exceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade, que si el que transigió pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa para libertarse de la vejacion de seguir el pleito, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; antes bien deberá pagar el acusador el cuadruplo de lo que recibió, si se le piden dentro de un año, y si despues del año el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede impedir el pacto de los particulares la pública coercion ó castigo de los delitos (5), ni permite el vigor de la pública disciplina que los delitos que-

(1) L. 8. C. eod. (2) D. l. 8. de transact. (3) L. 54. §. ult. de furt. (4) L. 38. tit. 11. P. 5. (5) L. 5. de pact. dotal.

den sin castigo (1). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo pena de muerte ó perdimiento de miembro, y por medio de ellas quisiere transigir con su acusador dándole algo, le es permitido; porque es cosa justa que cada cual pueda redimir su sangre, á excepcion del adulterio, que no admite transacion en que se reciba dinero; pero puede el marido remitir ó perdonar el delito sin precio alguno, *d. l.* 22. Gregor. Lop. en la *glosa* 11. *de esta ley*, y Ant. Gom. 3. *var. cap.* 3. *n.* 55. *sigg.* examinan latamente los efectos que produce la transacion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque ademas de no ser conforme á nuestro instituto derramarnos tanto en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del Fiscal, sin intervencion de acusador particular ó privada.

9 La transacion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que expresa, sin extenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los Autores, Castillo *tomo* 4. *controvers. cap.* 42. Valeron *de transact. tit.* 5. *quæst.* 2., citando muchísimas leyes Romanas y varios Doctores (2). El efecto de la transacion es terminar el pleito sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5. (3); de suerte, que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepcion de pleito acabado, como lo veremos mas latamente al tratar de las excepciones. Y se considera muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleitos, Castillo *lib.* 8. *controvers. cap.* 36. §. 2. *n.* 32. (4).

10 Sin embargo de la firmeza de las transaciones en utilidad del público, para que los pleitos no resuciten, se rescindirán cuando se otorgaron en vista y con apoyo

(1) L. 51. §. 2. ad leg. Aquil. (2) L. 5. l. 9. §§. 1. et 3. de transact.
(3) L. 20. C. eod. (4) L. 10. C. eod.

de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dijeran relacion á alguno de los capítulos de la transacion, solamente en cuanto este obraria la rescision, y quedan firmes los otros (1), y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., ó por miedo que cae en varon constante (2), Valer. *tit.* 6. *de transact. quæst.* 3. *n.* 7. El mismo Valeron en el *propio tit.* 6. *quæst.* 2. y Castillo *lib.* 8. *controvers.* ó *de alimentis*, *cap.* 36. *desde el n.* 84 tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Convienen los dos apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en cuanto á la enormísima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., y Castillo prueba con fervor que segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se rescinde: rechazando varias modificaciones de otros celebérrimos Intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un Institutista á la vista de una cuestion tan reñida y dificil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de Autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de *este título*, ser lesion enormísima la que excede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no expresan la cantidad del exceso, y por ello juzgan los Autores deber definirse por el arbitrio del Juez. El Señor Covar. pone dos ejemplos prácticos en el *lib.* 2. *var. resol. cap.* 4. *n.* 5. y Parlador, *lib.* 2. *rer. quotidian. cap.* 4. *n.* 51 dice, que basta si excede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que excede algun poco la mitad del justo precio.

(1) L. 42. cod. (2) L. 13. cod.

TITULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tit. 5. P. 5. Tit. 12. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Cuáles son las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones; y la division de los contratos por el diferente modo de contraerse.*
2. *Qué cosa sea venta.*
3. *El precio debe ser en dinero, y cierto, y cómo lo es.*
4. 5. *Este contrato se perficiona por el solo consentimiento: cuán estrecha es esta obligacion: y se puede contraer por cartas ó procurador, y cómo.*
6. 7. *Deben concordar los contrayentes en la cosa, y el precio: y cuándo hay discordancia.*
8. 9. 10. *Quiénes pueden comprar y vender, y quiénes estan prohibidos.*
11. 12. *Cosas que no pueden venderse; y casos en que pueden.*
13. 14. 15. *Cosas que solo se pueden comprar ó vender con alguna limitacion.*
16. *Las demas cosas se pueden vender: y de las ventas de cosas no existentes, y de las herencias.*
17. *Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas; y casos de excepcion.*
18. *De los que compran con dinero ageno: y de cuando la cosa se vende á dos.*
19. *De las ventas en que interviene dolo, ó se hacen por miedo.*
20. *Valen los pactos que no son contra las leyes ó buenas costumbres.*

(1) Tit. 24. lib. 3. Inst.

21. *Del pacto llamado* adicion en dia.
22. *Del pacto llamado* comisorio, *y otro semejante.*
23. 24 *Qué cosas abraza la venta.*
25. 26. 27. *A quién pertenece el daño y provecho de la cosa vendida.*
28. 29. *Está obligado el vendedor á la eviccion, cuyos efectos se explican.*
30. 31. *Casos en que no tiene lugar la obligacion de la eviccion.*
32. *Ademas del contrato de venta tiene lugar en otros la eviccion.*
33. *Si el vendedor no manifiesta el vicio de la cosa que vende, está tenido á las acciones dichas* redibitoria, *y* quanti minoris, *las que se explican.*
34. *Casos en que cesan estas acciones.*
35. *Dos casos sobre ventas de cosas empeñadas, ó que se empeñaron despues de vendidas.*
36. *De las ventas en que hay engaño en mas de la mitad del justo precio.*
37. *Se explican cuáles circunstancias son esenciales, cuáles naturales, y cuáles accidentales en los contratos.*
38. *Se explica qué cosas deben prestarse en los contratos.*

1 Dijimos al *n.* 3. *del tit. antecedente*, que las causas ó fuentes ordinarias y regulares de donde nacen las obligaciones, son contrato, cuasi contrato, delito, ó cuasi delito: y que por el diferente modo de contraerse, se dividen los contratos en consensuales, verbales, reales y literales. Empezamos por los consensuales, por ser los mas sencillos y usuales. Son cuatro, compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato. Se llaman consensuales, porque se perficionan ó constituyen por el solo consentimiento. El mas famoso, útil y frecuente es la compra, formado despues de haberse inventado el dinero, al cual llama con razon Aristóteles el fiador de la humana

indigencia; pues por él se socorren los hombres en sus necesidades, lo que antes se hacia con mucho embarazo por el medio de las permutas.

2 Lo que ahora llamamos *venta* lo llamaron tambien asi las leyes de la *Recopilacion*; pero las de las *Partidas* lo apellidan *vendida*, y por este nombre se significa todo el contrato de que hablamos, como asimismo por la palabra *compra*, lo que se ha introducido para la mayor expedicion y comodidad en el hablar, para no haber de repetir á cada paso las dos palabras *compra y venta* ó *vendida*, para designar el contrato. La *ley* 1. *tit.* 5. *P.* 5. dice ser la vendida: *Una manera de pleitos que usan los omes entre sí, e se face con consentimiento de las partes por precio cierto en que se avienen el comprador e el vendedor.* Los Lógicos censurarán esta explicacion, porque ni expresa que debe haber cosa que se vende, ni que el precio haya de consistir en dinero, cuyos dos requisitos son de la esencia de este contrato; pero uno y otro se dejan entender por sus palabras. El primero por la palabra *precio*, que no pudiendo ser de la nada, porque no lo tiene, es preciso sea de alguna cosa; y el segundo por la voz *cierto*, que solo puede verificarse en el dinero. Debe pues sentarse como indubitable, que no puede haber venta sin cosa que se venda, ni sin precio cierto que consista en dinero, *d. l.* 1. *l.* 9. *d. tit.* 5.

3 En cuanto á ser cierto el precio no es necesario que lo sea absolutamente, como si dijera el vendedor, te vendo mi caballo por 100 pesos: basta lo sea por relacion á otra cosa. Valdrá pues el contrato, si dijere, te lo vendo por tanto dinero, cuanto tengo en el arca, ó por cuanto le compré: bien que en ambos casos claudicaria la venta por falta de precio, si no se encontrare dinero en la arca del vendedor, ó él no tuviese el caballo por compra, sino por donacion ó herencia, *l.* 10. *d. tit* 5. (1). No vale si se pone el precio en el arbitrio ó voluntad de

(1) L. 7. §. 1. de contr. emp.

alguno de los contrayentes. Pero si ambos convinieren en que le señalara alguna otra persona cierta y determinada, valdria si esta le señalaba: bien que si lo señalare desaguisadamente, mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, deberia ser enderezado ó regulado, segun el arbitrio de hombres buenos. Y si el tal muriere antes de señalar el precio, no valdria la venta *d. l.* 9. (1).

4 Se constituye este contrato por el solo consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, si no es que convinieren en que fuese hecha escritura de la venta, en cuyo caso seria menester ademas que la escritura fuese hecha ú otorgada, pudiéndose hasta entonces arrepentir cualquiera de los contrayentes. Pero perficionado el contrato, ó bien por solo consentimiento, ó por la escritura en los términos explicados, ambos estan tenidos á cumplirlo, sin que haga falta que el comprador no haya dado al vendedor señal alguna, á la que comunmente llaman *arrhas*, *l.* 6. *d. tit.* 5. (2). Y adviértase con cuidado que esta señal se puede dar antes de estar perficionado el contrato, cuando todavía hay lugar de arrepentimiento; y entonces si se arrepiente el comprador que la dió, la debe perder; y si el vendedor, debe tornar la señal doblada al comprador, y no valdrá la venta. Pero si cuando el comprador dió la señal dijo, que la daba por señal y por parte del precio, ó por otorgamiento, esto es en prueba de estar perficionado el contrato, entonces no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni deshacer la venta que no valga, *l.* 7. *d. tit.* 5., y con arreglo á ella Gregorio Lopez en la *glosa* 3. *de la misma*, Hermosilla en la *propia glosa*, Acevedo *l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n.* 5.

5 Y es tan estrecha la obligacion de los contrayentes de cumplir el contrato, sin poderse arrepentir ninguno de ellos, despues de estar perficionado, que aunque alguno sacare carta del Rey para deshacerlo, subsistiria

(1) §. I. Inst. de empt. et vend. (2) Princ. Inst. de empt. et vend.

y no valdria la carta, *l.* 61. *d. tit.* 5. (1). Ni tendria obligacion el comprador de consentir que se deshiciese el contrato, aunque el vendedor le ofreciese el precio doblado, *d. l.* 61. *d. tit.* 5. (2). Perficionándose este por el consentimiento que puede manifestarse por cartas ó procuradores, se podrá celebrar estando uno de los contrayentes en un lugar, y el otro en otro, y no estando la cosa delante de ninguno de ellos, *l.* 8. *d. tit.* 5. (3). Y si se hace por procurador, parece exigir la *l.* 48. *d. tit.* 5. *P.* 5. que se señale el precio, alli: *señalándole por cuanto precio*, Pero Gregor. Lop. en la *glosa* 5. *de la misma* dice que parece se señala bastante si se comete al arbitrio del procurador; y que si no se señala precio: parece mandar el dueño, que al justo precio, fundado en dos textos del derecho Romano (4); y asi lo vemos recibido en la práctica.

6 Si los contrayentes discordasen en el precio, queriendo el vendedor que fuese mayor, y el comprador menor, no valdria el contrato; pero valdria por lo contrario si el comprador estuviese por el mayor, y el vendedor por el menor, *l.* 20. *d. tit.* 5., que no explica el cómo, ni tampoco Greg. Lop. al sumarla, contentándonos en alegar en su apoyo la *ley si decem* 52 *de las Pandectas, tit. locati conducti*, que en términos semejantes habla de la locacion ó arrendamiento, y establece valga en el precio menor, lo que dicta tambien la razon; porque siempre que el que ha de soltar el precio, lo señala mayor que el que lo ha de recibir, se reputa que tambien quiere recibir la cosa por menos; y el vendedor que lo recibe, tiene el menor que le contentaba, y de consiguiente no hay agravio en ninguno en que se entienda el mutuo consentimiento de ambos de que se trasfiera la cosa del vendedor al comprador por el menor precio que aquel quiso.

(1) L. 3. de rescid. vend. (2) L. 6. eod. (3) L. 1. C. de contr. empt. (4) §. 1. Inst. de empt. et j. 16. §. ult. de pignor.

7 La discordancia en la cosa, claro está que impide el valor del contrato. Y en cuanto el error en ella se considera discordancia, no vale cuando consiste en la sustancia de la cosa que se vende, como si yo comprara laton creyendo que era oro, ó estaño pensando que era plata (1). Lo contrario se dirá, si el error solo lo es en el nombre de la cosa, *l.* 21. *d. tit.* (2). Si el error fuere en el número porque se celebró la venta de una pieza de tierra, con la expresion de que contenia 100 tahullas, y tenia 80 ó 120 seria válida, pero se puede dudar si se debe disminuir ó aumentar el precio. Y la verdadera resolucion es, que si la pieza se ha vendido como á cuerpo cierto, no hay lugar á la diminucion ó aumento; pero lo habrá si la venta se hubiese hecho con respecto á la medida. Asi lo probamos bien en nuestro Digesto, *lib.* 18. *tit.* 1. *n.* 4., fundados en la justicia de varias leyes Romanas (Españolas no tenemos), que adopta Antonio Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 16. con otros muchos que cita, y tambien Ayllon y muy lata y sólidamente el Señor Covarrub. *pract. quæst. cap.* 3. distinguiendo muchos casos en que puede haber dificultad.

8 Pueden comprar y vender aquellos que pueden obligarse el uno al otro, *l.* 2. *d. tit.* 5., que de ahí infiere no poder vender el padre al hijo que tiene en su poder, ni el hijo al padre, sino es que fuese cosa del peculio castrense ó cuasi castrense. Como pueden vender los tutores ó curadores, lo dijimos hablando de ellos, *lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 36. Y ni ellos ni los Cabezaleros, esto es, Testamentarios ó albaceas, ni cualquier otro que sea hombre ó muger, que administre bienes de otro, pueden comprar bienes de aquellos que administrare pública ni secretamente; y si se pudiese probar la compra que asi fue hecha, no vale, y ha de volver el comprador el cuatro tanto de lo que valia lo que compró, y esto ser para la Cámara del Rey, *l.* 1. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

(1) L. 9. §. 2. de contr. empt. (2) D. l. 9. §. 1.

Acevedo en el comentario de *esta ley nn.* 12 *y siguientes* prueba, que por compra se entiende cualquier acto ó contrato en que se trasfiere el dominio, y examina al *n.* 3. si es ó no correctoria de la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5., en cuanto permite esta la compra á los tutores si se hace bajo ciertas circunstancias, inclinando á la afirmativa contra Matienzo y Gutierrez, poniendo algunas excepciones. Ni tampoco pueden comprar heredad alguna, ni edificar casa en tierra de su jurisdiccion los Gobernadores, Corregidores, sus Oficiales, ni otro alguno de su compañía, ni por sí ni por otro, *l.* 5. *d. tit.* 5. *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, que tambien les prohibe usar en ella el trato de mercaderia, ó traer ganados á la misma tierra, so pena, que el que lo contrario hiciere, pierda lo que asi comprare ó edificare ó tratare, ó el ganado que asi trajere para la Cámara del Rey.

9 Los Corredores no pueden comprar ni vender, ni tratar en mercaderías de cualquiera calidad que sean, por sí ni por interpuesta persona, ni las pueden tener siendo propias suyas para vender, sopena que por cada vez que lo hicieren, pierden las dichas mercaderías, y caigan ademas en la pena de 10000 maravedís, aplicados por tercias partes á la Cámara, Juez y denunciador. Y asimismo ningun Corredor puede comprar por sí ni por interpuesta persona cosa alguna de las que se dieren á vender á otro Corredor; ni puede dar á vender un Corredor á otro las cosas que se les hubieren dado para que él las venda, y por cada vez que cada uno de ellos lo hiciere, cae en la pena de 10000 maravedís, aplicados en la misma forma, *l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.*, establecida por el Señor Felipe II. á peticion de las Cortes de Madrid del año 1583. Cuya ley, como dice Acevedo en su comentario, amplía la 14. *tit.* 12. *del mismo lib.* que habla del propio asunto, y es mas antigua y diminuta; y por lo mismo parece deberá entenderse corregida por esta en lo que discuerda. Los Ropavejeros no pueden comprar cosa alguna en las almonedas, *l.* 4. *tit.* 12. *lib.* 10.

10 La *ley* 17. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* manda con graves penas que ningun hijo de familias que esté bajo del poder de su padre, ni menor que tenga tutor ó curador, pueda comprar ni tomar ni sacar en fiado, ni otro en su nombre sin licencia de los susodichos, géneros algunos de mercaderes ni otra cualquier persona, declarando nulas tales compras, cualesquiera fianzas y seguridades dadas para su firmeza. Y lo mismo establece de las compras que hacen al fiado los mayores ó menores que no estan bajo del poder paternal ó de tutor ó curador, para cuando se casaren ó heredaron ó sucedieren en algun mayorazgo, mandando que ninguna persona les haga tales ventas, ni preste dineros, plata, oro ú otro cualquier género á pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos: todo bajo la pena de nulidad y otras. Y la 1. *tit.* 8. *lib.* 10. prohibe se venda cosa alguna al fiado al Estudiante estante en el estudio, ó le preste dinero sin voluntad de su padre ó del que alli le tuviere á *su costa.*

11 Dijimos lo que era menester en el precio para que fuera válida la venta, veamos ahora lo que se necesita en la cosa, que es otro de los requisitos en este contrato. Es menester que esté en el comercio de los hombres, esto es, que pueda adquirirse su dominio á lo menos por el comprador. De ahí es que no pueden venderse el hombre libre, las cosas que se dicen de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y las que son de uso público, como plazas, caminos, rios, *l.* 15. *d. tit.* 5. (1), la cual añade á lo último, que el no poderse vender dichas cosas de derecho divino, debe entenderse de por sí separadamente; pero como accesorio ó adherente á alguna universidad de bienes, vendida esta, se entienden ellas vendidas, y pasan al comprador: lo que tambien dice la *ley* 8. *tit.* 15. *P.* 1. Y hay ademas varios casos de necesidad en que pueden venderse las cosas sagradas de las Iglesias, referidas en la *l.* 1.

(1) §. ult. Inst. de empt. et vend.

tit. 14. *P.* 1., y son: I. Por grande deuda que debiese la Iglesia, que no se pudiese quitar de otra manera. II. Para redimir sus Parroquianos de cautiverio, si no tuviesen ellos de qué librarse. III. Para dar á comer á pobres en tiempo de hambre. IV. para hacer su Iglesia. V. para comprar lugar cerca de ella para crecer el cementerio. VI. Por bien de la Iglesia para comprar otra mejor. Es dignísima de leerse en este particular la doctrina de San Ambrosio, puesta en el *Decreto de Graciano* en el famoso *cap. aurum* 70. *causa* 12. *quæst.* 2.

12 Tampoco pueden venderse los mármoles ú otra piedra ó madera que estan constituyendo algun edificio, *l.* 16. *d. tit.* 5., por considerarse fuera del comercio con este respecto. Ni las cosas de mayorazgo o fideicomiso. Asimismo ninguno puede comprar la cosa que es suya, porque lo que ya es nuestro no podemos adquirirlo de nuevo otra vez. Esto se entiende cuando toda la cosa es suya; porque si otro alguno tuviese parte en ella valdria la venta en la parte que es agena. Por ello puede el propietario de alguna cosa comprar la posesion que tuviese otro. Y de la misma suerte el que posee alguna cosa puede comprar la servidumbre que otro tenga sobre ella, *l.* 18. *d. tit.* 5. Cuando valga, y cuando no la venta de casa ú otro edificio quemado ó árboles arrancados, lo trae latísimamente la *ley* 14. *d. tit.* 5., poniendo muchos casos. Los omitimos porque sería muy fastidiosa su relacion; y el que la necesite lo puede ver alli.

13 Hay algunas compras y ventas que estan prohibidas con alguna limitacion, de las cuales se trata principalmente en el *título* 12. *de la Nov. Rec.*, y vamos á notar algunas aqui ligeramente. En la *ley* 1. *tit.* 19. *lib.* 7. *Nov. Rec.* solo se permite comprar pan, esto es, trigo adelantado, con la condicion de haberle de pagar el comprador á los vendedores al precio que comunmente valiere en la cabeza del lugar donde le comprare 15 dias antes ó despues de nuestra Señora de Setiembre, aunque lo hubiese comprado ó concertado á menos precio, pro-

hibiendo expresamente que pueda comprarse de otra manera. Y la siguiente *ley 2. y* 10. manda, que en este modo de comprar tengan preferencia las Alhóndigas comunes de los pueblos, á todas las personas particulares Eclesiásticas y Seglares. Esta tasa, que segun el principio de *d. l.* 1. se puso para obviar agravios, esto es, segun parece, para que los acaudalados no graven tanto á los pobres en una cosa tan necesaria como el pan, convendria se extendiese tambien por la misma razon al trigo que se vende á los pobres al fiado para que lo paguen al tiempo de la cosecha. En mi patria, la Villa de Pego de este Reino de Valencia y otros Pueblos circunvecinos, hay la loable costumbre de que á los últimos de Junio ó principios de Julio el Ayuntamiento entero tasa el precio á que debe cobrarse el trigo que se ha vendido al fiado, con respecto al que ha tenido en los meses de Abril y Mayo, en que suelen vender los acaudalados el que les sobra, y se presume hubieran vendido el que antes fiaron: lo que ejecuta con mucho examen y moderacion, cuidando que no sea el mas alto que ha tenido, ni el mas bajo; y todos se conforman con esta tasa, sino es que alguno exprese al comprador al tiempo de vendérselo al fiado, que quiere se lo pague al precio entonces corriente, en el que se vende al dinero, y este lo acepte como suele aceptarlo; porque con efecto este pacto es mas favorable al comprador que al vendedor.

14 En la *l.* 3. *del mismo tit.* 19. se previene, que ninguno pueda comprar trigo, cebada, avena ni centeno en poca ni mucha cantidad para revenderlo, so pena que pierda lo que asi haya comprado, y se reparta en cuatro partes, la una para el denunciador, la otra para el Juez *que lo sentenciare*, y las otras para los pobres del Lugar donde acaeciere, con pena de destierro ademas. Y exceptúa á los recueros, tragineros y otras personas que tienen por trato y costumbre llevar mercaderías de unas partes á otras, y en retorno compran para tornar á vender, y á los que compran para llevar de un lugar á otro

para la provision y mantenimiento de ellos, con tal que no lo entrojen ni ensilen para encarecerlo. La extension que se pone al fin de esta ley á los arrendadores, está derogada por la *l. 5. d. tit. y lib.* como lo advierte Acev. *al princ. del comentario de d. l. 3.* En los mismos términos y con la misma pena prohibe la *l. 7. tit. 5. lib. 9. de la Nov. Rec.* comprar garrobas y yerros para vender. La ropa que hubieren comprado los Ropavejeros no la pueden vender ni deshacer sin tenerla antes colgada á su puerta, para que manifiestamente se pueda ver por todos á lo menos por 10 dias, *l. 3. tit. 12. lib. 10. de la Nov. Rec.*

15 Ninguna persona por sí ni por otra puede comprar capullos de seda, ni seda cruda en madeja para tornarla á vender en la misma especie, *l. 5. tit. 5. lib. 9. Nov. Rec.* De otras limitaciones en ventas de seda y paño hablan algunas leyes de *d. tit. 12.*, en cuyo asunto las nuevas fraudes y circunstancias que se han observado despues, han precisado á hacer algunas variaciones y añadiduras en los posteriores reglamentos del comercio donde pueden verse. La *ley 4. tit. 7. d. l. 9.* prohibe bajo graves penas que ninguno pueda comprar carnes vivas para tornarlas á revender en pie en las mismas ferias, mercados ó rastros. *Cuya ley* la entiende Acevedo de los que las compran con esta intencion, y solo el fin de hacer ganancias; y no de los labradores que las compran para el uso de la agricultura ó de su familia, y mudando despues de dictamen las vuelven á vender. La *ley 7. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.* contiene varias prohibiciones y permisos para comprar mantenimientos á cinco leguas de la Corte para revenderlos en ella. Y *la ley 9. tit. 5. lib. 9. Nov. Rec.* dispone tambien como pueden ó no comprarse algunas cosas para revenderlas. Y el *2. del mismo tit.* prohibe, que ningun tratante, chalan ó regaton salga á los caminos, puertas, plazas y calles de la Corte ni Lugares de su contorno para comprar ó atravesar de los dueños, arrieros ó tragineros ningun género de los que

condujeren para el abasto de la Corte. Las regalías que tiene el Rey estancadas, como el tabaco, sal y otras, claro está que solo pueden venderlas las personas destinadas por S. M. para ello, sin incurrir en las penas establecidas contra los infractores.

16 A excepcion de las cosas que hemos referido no poderse vender, ó absolutamente ó sin limitacion, se pueden vender todas las demas, no solo las corporales, sino tambien las incorporales ó derechos, *l.* 13. *d. tit.* 5. *P.* 5., asi existentes como las que no son; pero se espera que pueden existir. Valdrá pues la venta del fruto que diese este año cierta viña ó cosa semejante, aunque no parezca al tiempo que se vende. Pero si aquel año no diese fruto alguno la viña, no tendria el comprador obligacion de dar el precio sino es que la hubiese comprado á su ventura, *l.* 11. *d. tit.* 5., porque en este caso solo se entiende comprada la esperanza, como nota Gregorio Lopez en la *glosa* 5. Y *esta misma ley* nos pone otro ejemplo de venta de la esperanza que vale, que ya le pusieron las leyes Romanas (1), del caso en que uno comprare á su ventura de un pescador lo que sacase de la primera vez. Por esta razon valdria tambien la venta si yo dijera á Pedro, te vendo todas las herencias que me vinieren, por cualquier parte que me vengan. Pero no vale la venta de la herencia que se espera de cierta y determinada persona, si no es que se hiciere con otorgamiento y beneplácito de esta misma persona, y que durare en este placer toda su vida hasta su muerte, *l.* 13. *d. tit.* 5. Vale tambien la venta de la cosa agena, esto es, que no era del vendedor, con los efectos que veremos mas abajo tratando de la eviccion.

17 Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas, *l.* 3. *d. tit.* 5. (2), que solo pone una excepcion en asunto de conseguir la libertad en un esclavo (3). Pero nues-

(1) L. 8. §. 1. de cont. empt. (2) L. 11. C. de concr. empt.
(3) §. ult. Inst. de donat.

tros Autores mas célebres, Covar. *lib. 2. var. cap. 14. n. 7. et* 8. Gom. *var. lib. 2. cap. 2. n. últ.* y latísimamente Hermosilla en su *adicion á la glosa* 1. *de d. l. 3.* cuentan varias causas justas, por las cuales se le puede precisar á un dueño á que las venda á justo precio, como son: I. La de socorrer á la pública necesidad en tiempo de mucha hambre y carestia, á cuyo fin se puede obligar á los comerciantes y á los ricos, y á cualquier otro, á que vendan el trigo ú otros comestibles precisos que les sobren. Asi refiere Bobadilla en su *Política lib. 3. cap. 3. n. 13.* haberlo ejecutado siendo Corregidor muchas veces en estas ocasiones, haciendo sacar el trigo sobrado no solo de casas de seglares, pero de Canónigos y Clérigos ricos, y aun de las Iglesias, ó de los Obispos y de sus Mayordomos: y lo manda expresamente la *nota* 1. *y* 2. *tit.* 19. *lib. 7. de la Nov. Rec.*, que latamente explican Acevedo y Matienzo. II. Por el favor de la religion se puede precisar á un vecino que venda su casa para edificar alguna Iglesia, Monasterio ú otro pio lugar, como lo prueba Hermosilla en el lugar arriba citado, añadiendo muchas ampliaciones relativas á partes y oficinas de dichos edificios. III. Por la pública utilidad, como si faltase un camino público ú otro que fuese necesario para ir á un lugar público ó religioso. En cuanto á comprar, manda la *l. 7. tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que los Jueces no puedan comprar á los Mercaderes ú otras personas que competen los bienes de los delincuentes, ni para sus salarios, ni para otros gastos ó condenaciones, y que no les hagan molestias; declarando nulas las ventas hechas contra esta prohibicion.

18 Puede cualquiera comprar con dinero ageno, y cuando asi suceda hará suya la cosa comprada, si la compró á nombre suyo y no para el dueño de los dineros, sino es que estos fuesen de Caballero que estuviese en la Corte del Rey ú otro lugar en su servicio; ó de menores de 25 años, siendo el comprador el que le tenia en guarda, ó de la Iglesia y el Prelado, ó el que fuese

guardador á la sazon hiciere la compra. Pero en la escogencia es de cada uno de ellos tomar la cosa comprada o los dineros, cual mas quisiere, *l.* 49. *d. tit.* 5. *P.* 5. Si uno vendiese alguna cosa á dos, entregando al uno la posesion, y este hubiere pagado el precio, adquiere este su dominio, aunque sea el comprador posterior. Pero siempre tendrá este vendedor la obligacion de tornar el precio al otro si se le habia recibido, y pagarle los perjuicios que le vinieren por esta razon. Y si la cosa vendida á dos no era del vendedor, es preferido el que tuviere primero la posesion, aunque no haya pagado el precio. Pero siempre que venga su dueño le queda salvo su derecho, *l.* 50. *d. tit.* 5. Si Pedro vendió una cosa que no era suya dando la posesion al comprador, y despues de haber adquirido su dominio, porque se la legó ó dió su dueño, la vende á otro, será del primer comprador, *l.* 51. *d. tit.* 5. Si el Rey vende ó da alguna casa agena, adquiere desde luego su dominio aquel á quien la da. Pero el que antes era su dueño puede pedir su estimacion hasta cuatro años y no mas, y el Rey se la debe pagar, *l.* 53. *d. tit.* 5. (1).

19 En las ventas en que interviene dolo, distingue la *l.* 57. *d. tit.* 5. el caso en que el dolo da causa al contrato del otro en que solo incide en él. En el primero dice, que la venta se puede desfacer y no vale: cuyo modo de hablar parece significar que vale, segun el rigor del derecho, y se rescinde por la restitucion *in integrum.* Pero Greg. Lop., insigne concordador de nuestro derecho con el Romano, pretende en la *glosa* 1., que el contrato es nulo (2), y la voz *desfacer* se deba entender del hecho. Y del segundo dice rotundamente que vale la venta, y el comprador que engañó debe enmendar el engaño que hizo, de manera que el vendedor tenga el precio derecho de la cosa que vendió con todas sus pertenencias que le encubrió engañosamente el comprador. De las ventas que

(1) §. ult. Inst. de usucap. (2) L. 7. de dol. mal.

se hacen por medio ó fuerza habla la *ley 56. del mismo tit. 5.* y ya dijimos en el *lib. 1. tit. 8. n. 10.*, que se rescinden por la restitucion *in integrum.*

20 Cualquier pacto que se ponga en las ventas debe guardarse y cumplirse, como no sea contra las leyes y contra las buenas costumbres, *l. 38. d. tit. 5. P. 5.* El que llaman de la ley *Comisoria*, y el llamado de *adicion en el dia* son los mas famosos de los que suelen ponerse. El primero es pacto en que se convienen los contrayentes, que si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia señalado se deshaga la venta, el cual es valedero; y en su virtud si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado se deshace la venta, y gana ademas el vendedor la señal ó la parte que le fue dada. Y tiene el mismo la eleccion de pedir todo el precio, y que valga la venta ó revocarla teniendo para sí la señal ó la parte del precio que hubiese recibido; y hecha la eleccion no puede arrepentirse (1). Si el comprador hubiere recibido algunos frutos los debe tornar al vendedor, sino es que este no quisiese tornar la señal ó parte del precio que hubiese recibido, en cuyo caso no deberia tener los frutos. Y cuando se le vuelven los frutos debe satisfacer al comprador los gastos de cogerlos. Y este pagarle el empeoramiento de la cosa si por su culpa se hubiere empeorado mientras la tuvo, como todo consta de *d. l. 38.* Los diferentes efectos que produce el ponerse este pacto con palabras directas ú oblicuas, véase en el *tit. 12. n. 4.*

21 El otro pacto de adicion en dia, es una convencion de los contrayentes, de que si hasta cierto dia hallare el vendedor quien le diese mas por la cosa vendida la pueda vender á este. Siendo la venta de esta manera si el vendedor hallase dentro del término señalado quien le diese mayor precio ó le mostrare otra mejoría, que la que el otro le prometió dar en la compra, debe hacer

(1) L. 4. §. 2. l. 7. de leg. commis.

saber al primer comprador cuánta es la mejoría que el otro le promete (1); y si aquel ofreciese tambien la misma mejoría, ha de quedarse con la cosa, pagando el precio con la mejoría (2), y si no la aceptare no vale la venta y está obligado este primer comprador á tornar la cosa con los frutos que recibió, sacando las dispensas que hizo en cogerlos, *l.* 40. *d. tit.* 5. *P.* 5. (3).

22 Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto, que si no la redimiese en cierto dia fuese del mismo acreedor comprada, pagando sobre aquello que habia dado cuando la tomó á peños, cuanto podia valer la cosa pasado dicho dia, segun el justiprecio de hombres buenos, debe valer el pacto (4). Lo contrario seria si el pacto fuese, de que pasado el dia sin redimirse la cosa fuese del acreedor por aquello solo que dió, cuando la recibió á peños, *l.* 41. *d. tit.* 5. (5), que añade la razon de no valer el pacto en este segundo caso, y es porque si valiera no querrian los que prestan dineros á otros sobre peños hacerlo de otra manera, y los que les reciben, apurados de su pobreza consentirian en el pacto, aunque conociesen ser en daño suyo; y esta misma doctrina la trae tambien la *ley* 12. *tit.* 13. *d. P.* 5. Este segundo pacto reprobado suele llamarse *comisorio.*

23 El comprador debe pagar el precio convenido al vendedor, y este entregar al comprador la cosa vendida, con todo lo que le pertenezca á ella ó le está unido. Vendida pues una casa pertenecen al comprador las canales, los caños, aguaduchos y todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para el servicio de aquella casa, esten dentro de ella ó fuera. Y tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueren de ella. Pero si los mismos materiales no estuvieren ó hubieren estado puestos en la casa, no entran en la venta aunque el vendedor los hu-

(1) L. 5. de in diem addic. (2) L. 8. eod. (3) L. 16. eod. (4) L. 16. §. últ. de pignor. (5) L. últ. C. de pact. pign.

biese comprado y llevado á la casa para ponerlos en ella, *l.* 28. *d. tit.* 5. *P.* 5. (1). Y la misma distincion en las pérticas ó palos para levantar las vides, de que entran los que estuvieren metidos, y los que habiendo estado estan separados para volverlos á poner, y no los otros, aunque estuviesen destinados y preparados para meterlos, pone la *ley* 31. *d. tit.* 5. (2). Ni tampoco entran, sí que se quedan en el dominio del vendedor, los peces que se hallaren en alguna fuente ó balsa de la casa ó heredad vendida, ni las gallinas ni otras aves ó bestias que hubiere en ella, *l.* 30. *d. tit.* 5. (3). Ni los muebles que no estan unidos á la casa, como las mesas, almarios, cubas ó tinajas que no estuvieren fincadas ó soterradas en la casa; pero si estuvieren entran en la venta, y pertenecen al comprador, *l.* 29. *de tit.* 5.

24 No encontramos en nuestras leyes tocadas las cuestiones de si vendida una caballería se entienden vendidos sus aparejos que entonces tiene; y vendida una vaca, yegua ú oveja, su parto reciente. Las resolvimos, atendido el derecho Romano, en nuestro *Digesto*, *lib.* 19. *tit.* 1. *n.* 8. Seguiriamos en España, cuando sucediese el caso, lo que alli decimos, por parecernos buenas las razones en que nos fundamos. Nuestra resolucion fue alli en la cuestion I., que los aparejos se entienden vendidos, si se pusieron á la caballería para el fin de venderla; pero no si se pusiesen por causa de hacer viage ó trabajar. Y en la II., que el parto no entra en la venta de su madre, ni en otro contrato ó acto en que se trasfiere el dominio, y entra en los que no se trasfiere. Y ahora añadimos la aplicacion, que tambien entrará el parto cuando se trasfiere el dominio, si es de aquellos que no nos pueden servir para comerlos; porque en estos no puede ser la intencion de los contrayentes separarlos de sus madres; pero

(1) L. 17. §. 10. de act. emp. et vend. (2) D. l. 17. §. 11.
(3) L. 15. eod.

bien puede ser en los otros. Vendido un campo, dice una ley Romana (1) entenderse vendido el estiercol destinado á su cultivo.

25 Perficionada la venta, pertenece desde entonces al comprador todo el detrimento ó perjuicio que haya sucedido en la cosa vendida sin culpa del vendedor, aunque todavía no hubiese pasado el dominio de ella al comprador; y de la misma manera es suyo todo el beneficio de aumento ó mejora que tenga la cosa; pues guisada cosa es que á quien pertenece el peligro ó daño, le pertenezca tambien el provecho, *l. 23. d. tit. 5.* (2). Pero si hubiese pacto de que el peligro fuese del vendedor, si el daño ocurria antes del entrego á él le perteneceria, como tambien si él tuviese culpa, *l. 39. d. tit. 5.* (3) ó tardanza en entregarla. Y obsérvese, que si despues de la tardanza del vendedor, y no habiéndose perdido todavía la cosa la quisiese entregar y el comprador tardase sin quererla recibir, y despues sucediese el daño, seria suyo; porque esta última tardanza avino por su culpa, *l. 27. d. tit. 5.* (4).

26 Si las cosas vendidas fuesen de aquellas que se suelen gustar antes de comprarse, y se venden al peso ó medida y se perdiesen ó empeorasen antes de ser gustadas, pesadas ó medidas, seria el peligro del vendedor y no del comprador, aunque ambos se hubiesen convenido ya en el precio. Mas si sucediese el daño despues de gustadas, pesadas ó medidas, ya seria del comprador (5). Y lo mismo debe decirse en el caso, que habiendo señalado los contrayentes dia en que se gustasen, pesasen ó midiesen, no acudiese aquel dia el comprador y despues se perdiesen ó menoscabasen. Y tambien cuando no habiendo dia señalado requirió el vendedor delante de testigos al comprador, que acudiese á gustarlas, pesarlas ó medirlas, y

(1) L. 17. §. 2. de act. emp. (2) §. 3. Inst. de empt. et vend. (3) L. 15. de per. et com. rei vend. (4) L. 17. de per. et com. rei vend. (5) L. 35. §. 5. de contr. empt.

no lo hiciese; y de alli en adelante sucediere el daño, *l.* 24. *d. tit.* 5., la cual añade varias particularidades, á saber: I. Que no acudiendo el comprador requerido, pueda el vendedor vender la cosa á otro, y el menoscabo que tuviere en esta venta recobrarlo del comprador, que por ser moroso tuvo la culpa. II. Que asimismo da facultad de alquilar otros vasos ó cubas á costa tambien del comprador, si necesitara aquellos en que estaba el vino vendido. Y si por ventura no hallare vasos que alquilar, y los hubiere menester para poner otro fruto sin tener donde meterle, podrá echar en la calle ó camino lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo antes. III. Que si la venta fuese hecha de oro, plata, civera, esto es, trigo ú otra cosa semejante que se suele vender á peso ó medida tan solamente, y antes de ser pesada ó medida acaeciese el peligro de perderse toda ó parte de ella, seria del vendedor el peligro. Pero si conservándose la cosa sucediere que el precio de las de aquella clase abaratase ó se encareciese, la mejoría ó el menoscabo que habria por esta razon seria del comprador tan solamente, es decir, que si bajare el precio deberá pagarle entero, segun la convencion, y si subiere no ha de pagar mas que el convenido, como lo explica Greg. Lop. en la *glosa* 11. *de la misma ley* 24., recomendando mucho esta doctrina, y tambien la recomienda Hermosilla en la *glosa* 4. *de d. l. n.* 7., diciendo ambos en su conformidad, que estas ventas no se entienden perfectas en cuanto al peligro; pero sí en cuanto al aumento ó baja del precio.

27 Lo que acabamos de decir en el *n. antecedente* ha de entenderse de las ventas que se hacen con respecto al peso ó la medida, esto es, á tanto por arroba de aceite ó cántaro de vino. Pero si se hicieren ayuntadamente á la vista, no pesándolas ni midiéndolas, como si uno vendiere de un golpe todo el vino de una bodega ó aceite de algun almacen, pertenece al comprador todo el daño ó provecho que acaeciere despues de haberse convenido, como sucede generalmente en las ventas de las cosas que

no se pesan ni miden, *l.* 25. *d. tit.* 5. *P.* 5. segun hemos dicho en el *n.* 25. (1). Si la venta se hiciere bajo de condicion, y la cosa vendida se empeorase ó mejorase antes de cumplirse la condicion, pertenece al comprador el daño ó perjuicio. Pero si se perdiese ó destruyese toda por cualquiera manera que fuese, el daño seria del vendedor, *l.* 26. *d. tit.* 5. (2). La razon de la diferencia consiste en que la retrotraccion de la condicion, que es la que daña al comprador en el primer caso, no puede tener cavida en el segundo por faltar el objeto en que debia obrar.

28 Tiene obligacion el vendedor de entregar la cosa al comprador de manera, que si algun otro se la quisiera embargar ó moverle pleito, se la debe hacer sana ó segura. A esto se suele llamar estar tenido de eviccion, ó á la eviccion ó saneamiento, esto es, á que no se le quitará la cosa al comprador. Veamos los efectos de esta obligacion. Luego que al comprador le movieren pleito, debe hacerlo saber al que se la vendió, ó lo mas tarde antes de la publicacion de probanzas. Y si alguno no lo hiciese saber asi al vendedor, y fuese vencido en el pleito, no podrá pedir el precio á aquel que se la vendió ni á sus herederos. Mas si se lo hiciese saber, y el vendedor no le amparase ó le pudiere defender en derecho, está este obligado á tornarle el precio que recibió de él por la cosa que le vendió, con todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon. Y si por ventura, cuando se vendió la cosa se obligó el vendedor á la pena del doble, si no defendia al comprador, le deberá pagar no el doble del precio que recibió, sino el doble de la cosa vendida, aunque mas valiese, *l.* 32. *de tit.* 5.

29 Si uno vendiere á otro una cosa agena, puede su dueño demandarla al comprador. Pero si este emplazase al vendedor para que viniese á defenderle, y responder á la demanda, y con efecto viniere y entrase en juicio con

(1) L. 35. §. 5. de contr. empt. (2) L. 8. de per. et com. rei vend.

el dueño, como si tuviere la casa, deberá el dueño pleitear con él, dejando en paz al que la compró. Pero si el vendedor no quisiere entrar en el pleito, podrá el dueño litigar con el comprador, quedándole á este salvo su derecho para precisar en juicio al vendedor que le haga sana la cosa que le vendió, *l. 33. d. tit. 5.* Si vendiere alguno todo el derecho que tenia á los bienes que heredó de otro, y el comprador fuere vencido en juicio en razon de alguna cosa de dichos bienes, no habia derecho para poder reconvenir al vendedor por la eviccion. Lo contrario seria si le vencieren por toda la herencia, en cuyo caso deberia hacer sana la venta ó restituir el precio con los daños y menoscabos. Si comprare alguno todas las rentas de alguna heredad ú otra generalidad, tendrá derecho por la eviccion á que le sanease de todos los daños el vendedor si le venciere en todas las rentas ó la mayor parte de ellas; mas no si fuese por alguna cosa señalada *l. 34. d. tit. 5.* Si la cosa vendida fuese nave, casa, cabaña de ganado ú otra cosa semejante, y el comprador fuere vencido en alguna cosa señalada de ellas, debia el vendedor hacérsela sana, como si le vencieren por toda la cosa principal, *l. 35. tit. 5. d. P. 5.*

30 Hemos visto que por lo regular está el vendedor tenido de eviccion si al comprador le quitan lo que ha comprado, esto es, obligado á hacerle sana la cosa que le vendió ó restituirle el precio con todos los daños y menoscabos. Pero hay varios casos en que cesa esta obligacion, referidos en la *ley 36. d. tit. 5.* que vamos á notar aqui, con una breve explicacion de alguno de ellos, en cuanto la consideremos oportuna. I. Si tardó tanto el comprador en denunciar el pleito al vendedor, que no lo hiciere antes de la publicacion de probanzas, segun ya lo advertimos en el *n. 22.* II. Si el comprador metiere la cosa en manos de avenidores ó compromisarios sin sabiduría y sin mandato del vendedor, y los avenidores dieren la sentencia contra el comprador (1), Gregor. Lop.

(1) L. 56. §. 1. de eviction.

en la *glosa* 3. *de esta ley*, y Hermosilla en su *adicion á la misma*; pero limitan esta doctrina á que no tenga lugar en el caso en que se hubiese dicho en la escritura de venta, que habia de estar tenido el vendedor de cualquier modo y manera que quitase la cosa al comprador. Ponen especialmente Hermosilla otras limitaciones de poco momento, que nuestro instituto no nos permite recorrer. III. Si el comprador perdió por su culpa la tenencia de la cosa que le fue vendida (1). IV. Que puede incluirse en el III. como su ejemplo. Si dejó la cosa como desamparada y perdiola (2). Y es tambien ejemplo del caso III. el que se pone en la cláusula *Otrosí*, la primera de *d.* l. 36., á saber: si fuese rebelde el comprador en el tiempo que quisieren dar sentencia contra él por la cosa que hubiese comprado, no queriendo aparecer para oir el juicio, y por razon de esta rebeldía perdiese la cosa. V. Le omitimos por inútil y peor que inútil.

31 VI. Si cuando pidieron en juicio la cosa al comprador, la poseia ya tanto tiempo, que la podia retener en derecho, oponiendo esta defensa y no lo hizo. Y esta doctrina la extiende Gregor. Lop. en la *glosa* 7. á las despensas y mejoras que hubiese hecho el comprador en la cosa, y al tiempo de restituirla no la exceptuó ó protestó, que por lo mismo no podria recobrarlas del vendedor. VII. Si dieron sentencia no estando delante el vendedor, y no apeló el comprador. VIII. Si alguno jugando á tablas ó á dados vendiese alguna cosa ó la jugase, y despues la perdiese en juicio el comprador ó el que la habia ganado, no estaria tenido el vendedor á hacerla sana al comprador ni á volverle el precio. Gregor. Lop. y Hermosilla entienden, que esta doctrina solo tiene lugar cuando el juego es de los prohibidos. IX. Si el Juez diere sentencia injusta á sabiendas contra el comprador; porque entonces el Juez es quien se la debe sanear y pechar de lo suyo, y no el vendedor que solo está tenido

(1) L. 8. C. eod. (2) D. L. 8.

cuando se la quitan segun derecho. Gregor. Lop. *Glosa* 12. y Hermos. en su *adicion* juzgan, que lo mismo debe decirse si la sentencia del Juez fue injusta por su ignorancia, y no á sabiendas, y lo prueba bien Lop. de la *l.* 24. *tit.* 22. *P.* 3. Y del mismo sentir es Covarrubias *lib.* 3. *var. cap.* 17. *n.* 10. (1).

32 La compra y venta es el contrato en que con mucha mas frecuencia ocurre el haber de recurrir á la eviccion; pero tiene tambien lugar en los demas contratos onerosos, cuando al que recibió alguna cosa se le quita ó embaraza su uso por otro, en cuyo caso podrá este recurrir contra el que se la dió, para que se la sanee. Le tendrá pues en los arrendamientos, Guzman, *de eviction quæst.* 24. *n.* 2. En las permutas, *l.* 4. *tit.* 6. *P.* 5., el mismo Guzman *quæst.* 29. *n.* 6. Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 33. (2). En la dacion en pago de deuda, el mismo Gomez en *dicho n.* 33., y Guzman en la *quæst.* 28. *nn.* 10. *y siguientes* (3). En los juicios divisorios, Gomez en *d. n.* 33., y Guzman *quæst.* 33. *n.* 6. (4). En las divisiones de herencias previene la *ley* 9. *tit.* 15. *P.* 6. que si se hacen ante el Juez, mande este despues que fuese hecha, que las partes se afiancen mútuamente la eviccion. Pero que si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division, no tenga esta lugar: cuya última doctrina limita Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.*, á que no se entienda cuando constare que el testador quiso la igualdad entre sus herederos. Y con mayoría de razon debe limitarse al caso en que negándose la eviccion quedase el hijo perjudicado en su legítima. En las transaciones ó concordias tendrá lugar la eviccion, si á uno de los transigentes se le dió para que transigiera alguna cosa no litigiosa ó comprendida en la transacion, y se le quitase en juicio; pero no si la cosa quitada era una de aquellas que eran objeto de la transacion, Gomez *d. cap.* 2. *n.* 38. (5). En

(1) L. 51. de eviction. (2) L. 29. C. de evic. (3) L. 4. C. eod. (4) L. 14. C. fam. ercis. (5) L. 33. C. de transact.

la dote, habrá lugar á la eviccion si la cosa se dió estimada con estimacion que hizo compra, ó empezó por promesa que obligó al promitente, ó el dotante fue el padre que tiene obligacion de dotar, Guzman *quæst.* 26. Gomez *d. cap.* 2. *n.* 37. (1). Al que tiene la cosa por título lucrativo no le compete por lo regular la eviccion; pero si alguna vez, como por ejemplo, la tiene el legatario á quien se legó una cosa en general, y se le quitó la que le habia dado el heredero, que entonces deberá darle otra. Guzman *quæst.* 27. *n.* 3., y lo probamos bien en *nuestro Digesto lib.* 21. *tit.* 2. *n.* 11., y sucederá lo mismo siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo tiene derecho para pedirla de nuevo ó su equivalente.

33 Tiene tambien el vendedor obligacion de manifestar los vicios ó defectos de la cosa que vende. Si no los manifestare, tiene el comprador derecho y accion dentro de seis meses para tornar la cosa al vendedor, y recobrar del mismo el precio que hubiere dado por ella. Y si dejare pasar los seis meses sin intentar esta accion, queda válida la venta; pero hasta cumplir un año puede hacer uso de otra accion que le compete, para que el vendedor le restituya tanta parte del precio, cuanta se hallase que valia menos la cosa, por razon del vicio ocultado. Estos plazos de seis meses y un año se empiezan á contar desde el dia en que se hizo la venta, *l.* 65. *d. tit.* 5. *P.* 5., lo que entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa* 11. *de esta misma ley*, en el caso de que en dicho dia observase, ó tuviese noticia el comprador del vicio; pues desde entonces y no antes debe contarse el tiempo, segun aquellas palabras del *principio de la misma ley*: *Luego que el comprador la entendiere.* En la práctica se dan á estas acciones los mismos nombres que tenian por las leyes Romanas, llamando á la primera *redibitoria*, y á la otra *quanti minoris.* Habla *esta ley* 65. de bestias vendidas; y *la* 63. de las ventas de bienes sitios ó raices, y dice: Que

(1) L. 1. C. de jur. dot.

si uno vende casa ó torre que debe servidumbre, callando esta carga, sin avisársela al comprador, puede este deshacer la venta, y está tenido el vendedor á volverle el precio con los daños y menoscabos que le hubiese causado; y no nombra la accion *quanti minoris*. Pero comentándola Greg. Lop. dice en la *glosa* 4., que por esta ley puede el comprador elegir la *redibitoria*, ó la *quanti minoris*; y en cuanto á la *d.* 63. añade en la *glosa* 5., que se entenderá lo que expresa de daños y menoscabos, si el vendedor tenia noticia de la carga cuando vendió, no si la ignoraba. En las ventas de bestias solo se vuelve el precio, aunque el vendedor sepa el vicio al tiempo de hacerlas, segun *d. l.* 65. Pero Hermosilla comentándola, quiere que en este caso debe el vendedor pagar al comprador cuanto interesare. No nos disgusta esta opinion en cuanto á la equidad; y se podrá decir habló la ley menos de lo que quiso, no expresando daños y menoscabos; y con efecto asi lo dispone *d. l.* 63. en las ventas de bienes sitios, como acabamos de decir. La misma *ley* 65. parece exigir para que se den las acciones, que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha de la bestia, alli: *Si lo sabe el vendedor*. Pero Greg. Lop. en su *glosa* 4. y Hermosilla en la *adicion* juzga ser lo mismo si la ignorare; de suerte que sea como por ejemplo lo que dice la ley. Es conforme á la ley Romana (1) que lo funda bien.

34. Si al tiempo de vender la cosa manifestara el vendedor al comprador el vicio que tenia, de modo que siendo este sabedor le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio, no estaria el vendedor sujeto á ninguna de las acciones referidas. Y eso mismo seria si se aviniesen en el precio ambos, y la venta fuese hecha en términos, que por tacha que tuviese la bestia, no la pudiese desechar el comprador, *l.* 66. *d. tit.* 5. y en su *glosa* 2. dice Greg. Lop., que esta última doctrina debe entenderse en el caso que el vendedor ignorase, que la

(1) L. 1. §. de ædil. edic.

bestia tenia vicio, tomando argumento de algunas leyes Romanas, á las que tenia tan extraordinario afecto como manifiestan todas sus glosas. Pero si el vendedor decia generalmente, que la bestia tenia tachas, y encubria la que habia, callando, ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador no pudiese enterarse, estaria obligado á las dos acciones expresadas, *d. l.* 66. Si el vicio está patente á la vista, conociéndolo el comprador, no hay acciones. No hallamos en nuestras leyes decidido este caso; pero lo dice Greg. Lop. en la *glos.* 1. *de d. l.* 66., fundado en leyes Romanas (1), que dan la buena razon de darse las acciones para precaver que sea engañado el comprador, y entonces él mismo se engaña.

35 La *ley* 67. *y última de d. tit.* 5. contiene dos especies: I. Que si el comprador habiendo comprado la cosa la empeñase á otro, y despues se deshiciese la venta por alguna de las dos razones que hemos visto, entonces el que la tomó á peños la debe volver al vendedor cuya fue, y puede pedir al comprador que la empeñó, que le pague lo que dió sobre ella á peños. II. Que si alguno empeñase á otro alguna cosa, obligándose á no poderla vender, dar ni enagenar en manera alguna, hasta que la tuviese ya quita ó libre, y despues que la empeñó, la vendiese á otro, no valdria la venta. Y advertimos, que en los cambios ó permutas tiene tambien lugar cuanto llevamos dicho sobre las acciones *redibitoria* y *quanti minoris*, *l.* 4. *tit.* 6. *P.* 5.

36 Como la equidad dicta que haya igualdad entre el precio y la cosa vendida, y por otra parte la pública utilidad exige que se cumplan y sean valederos los contratos, hallamos establecido sobre desigualdad, que si esta fuere en mas de la mitad del justo precio, puede rescindirse la venta; pero no si es menor. En la *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. *y* 2. *tit.* 10. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (2).

(1) L. 1. §. 6. de ædil. edic. et alibi. (2) L. 2. C. de rescind. vend.

se previene, que si el vendedor fue engañado en mas de la mitad del precio, como si vendió por menos de cinco lo que valia diez, debe el comprador, ó suplir el precio justo que valia la cosa cuando la compró, ó dejársela al vendedor, recobrando de este el precio que le dió. Y si el engañado fue el comprador, porque compró por mas de quince lo que valia diez, está obligado el vendedor á restituir el exceso del justo precio que llevó, ó tomar la cosa que vendió, tornando al comprador el precio que recibió; de suerte que siempre está en arbitrio del que engañó tomar uno de los medios indicados. Y añade *d. l. 2.*, que tambien debe guardarse lo que va dicho en las ventas, cambios y otros contratos semejables, aunque se hagan por almoneda desde el dia en que fueren hechos, hasta en cuatro años; y no despues. Si se puede renunciar este beneficio lo trata Anton. Gom. 2. *var. cap. 2. n. 26.*, y mas latamente el Sr. Covar. 2. *var. cap. 4.*, en donde solo juzga válidas aquellas renuncias, que son especiales y hechas por los que sabian el justo precio de la cosa. Los Oficiales de Cantería, Albañilería, Carpintería y otros que toman obras á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño por la razon de ser expertos, *l. 4. d. tit. 1.* Cuya excepcion manifiesta claramente tener tambien lugar este remedio en los arriendos; porque de otra suerte seria importuna. Si el engaño no llega á ser de mas de la mitad, subsiste el contrato sin estar sujeto á rescision, *l. 3. d. tit. 1.*

37 Ahora que ya se tiene alguna nocion de lo que son contratos, nos parece oportuno hablar de dos cosas dignas de saberse, y que deben entenderse en todos. Es la I., que en todo contrato han de considerarse algunas circunstancias, de las cuales unas son esenciales, otras naturales y otras accidentales. De todas pondremos ejemplos en el contrato que acabamos de explicar. Circunstancia esencial ó perteneciente á la esencia ó ser del contrato es el precio. Si esta falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra venta, como

si dijera Pedro: *Te vendo mi caballo de valde.* Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato, es decir, que aunque no se explique se entiende, pero si falta ó se excluye por voluntad de los contrayentes, no tiene lugar, y permanece el contrato: tal es la de estar tenido á la eviccion del vendedor. Y accidental es la que no la exige la naturaleza del contrato, y solo está por la mera voluntad de los contrayentes; y por ello nada altera la naturaleza del contrato: cual sería que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ú de plata.

38 La II. cosa que queremos advertir es, á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber antes, que son cinco las cosas, de cuya prestacion puede dudarse, *l.* 11. *tit.* 33. *P.* 7., y son dolo, culpa lata, leve, levísima y caso fortuito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la P. llaman engaño, es: *Maquinacion que se hace para engañar á otro.* Culpa: *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle.* Y caso fortuito: *Aventura que no puede precaverse.* De la culpa hay tres especies, lata, leve y levísima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necedad, que es semejante al engaño: cuando uno deja de poner el cuidado que pone cualquier hombre regular. Leve es la mediana: cuando uno no cuida como los hombres diligentes. Y levísima es, no cuidar como cuidan los hombres diligentísimos. Esto supuesto debe saberse, que esta locucion prestar el dolo, la culpa, ó el caso fortuito, es figurada, y significa prestar el daño ocasionado por el dolo ó la culpa, ó el caso fortuito. Bajo esta advertencia decimos, que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortuito. Y en cuanto á la culpa, se presta la lata tan solamente, cuando toda la utilidad es del que da la cosa. La leve, cuando la utilidad es de ambos. Y la levísima, cuando es solo del que recibe, *l.* 2. *tit.* 2. *P.* 5., de suer-

te que la lata se presta en todos. Segun ello en este contrato de compra y venta se presta la culpa leve. Pero nótese, que si se hallare culpa ó tardanza en el que debe restituir, sea cual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortuito que viniere despues: Y que la convencion de los contrayentes hace que á su tenor se preste mas ó menos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, como lo advertiremos en alguno de los contratos en que hallemos apoyo de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, á causa de que presta asa para delinquir.

TITULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tit. 13. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Qué sea retracto y sus especies.*
2. *Qué sea retracto de sangre, y la razon de su introduccion.*
3. *A quién y contra quién compete.*
4. *Ahora, no queriendo ó no pudiendo usar de él el mas próximo pariente, pasa al que sigue hasta el cuarto grado, y cómo se cuentan estos.*
5. *Respecto de quien se considera la proximidad, y cómo hay lugar á la representacion.*
6. *Qué sucede cuando son muchos los que estan en el grado mas próximo.*
7. *No da prelacion el que sea doble el parentesco.*
8. *No puede cederse el derecho de retracto, ni competer á Monasterios; pero compete á los hijos desheredados, á los naturales, y á los que renunciaron la sucesion.*

9. 10. 11. 12, 13. 14. *De la materia del retracto.*
15. *Cuáles son los títulos de enagenacion que dan lugar al retracto.*
16. *Se conceden nueve dias para retraer.*
17. 18. 19. *Desde cuándo se han de contar los nueve dias.*
20. *De las solemnidades que se requieren en este retracto.*
21. 22. 23. 24. *Del retracto de los comuneros, y si tiene lugar en las cosas muebles.*
25. *De los retractos que competen al dueño directo, y al superficiario, y de la prelacion entre los retractos.*
26. 27. 28. *Del retracto convencional.*
29. *Efecto general de todos los retractos.*

1 El asunto de *este título*, como perteneciente á compras y ventas, podria muy bien haberse incluido en el antecedente; pero la grande extension de aquel, y las muchas útiles cuestiones que se ofrecen con frecuencia en los tribunales sobre retractos, nos han hecho creer ser mas conveniente tratar de ellos en título separado. Retracto en general es: *Redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto.* Son varias sus especies; pero el mas famoso y frecuente en nuestra España es el que suele llamarse *legítimo, gentilicio ó de sangre*, ó con mas frecuencia, de *abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su orígen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moisés, como se lee en el *Levítico*, *cap.* 25. *vers.* 25. alli: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus: potest redimire quod ille vendiderat.* Los Romanos le recibieron tambien, aunque despues le reprobaron, como todos los otros retractos, segun pueden verse en la brevísima historia que de ello ponemos

al principio del Apéndice de retractibus en nuestras Instituciones Romano-Hispan.

2 Se puede definir el derecho de este retracto diciendo ser : *Derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor constituidos dentro del cuarto grado para redimir los bienes raices de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que les habia comprado.* La razon de su introduccion es socorrer á la grande aficion que todos tenemos á las posesiones de nuestros antepasados, de la cual refiere considerables testimonios Manuel Gonzalez (1). Nuestras leyes han atendido tanto á esta aficion, que han establecido varias reglas en su razon. Ante todas cosas debe tenerse presente, que han concedido este derecho á los parientes dentro del cuarto grado del vendedor, que vendió á un extraño las posesiones de sus abuelos ó padres, *l.* 1. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Pero adviértase, que solo compete á aquellos parientes que descienden del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, *d. l.* 1. alli : *I alguno de aquel abolengo la quisiere.*

3 Por cuanto la referida razon que introdujo el retracto, tanto es mas llena, cuanto es mayor la proximidad del parentesco, y nuestras leyes que le establecieron, prefieren manifiestamente los mas cercanos parientes á los mas remotos, nos parece muy bien lo que dicen Antonio Gomez en la *l.* 70. *con las cinco siguientes de Toro*, (9. 10. 11. 12. 13. y 14. *d. tit.* 13.) Hermos. en la *l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 5., y Matienz. en la *d. l.* 1. *del tit.* 13. *glos.* 5. *desde el n.* 8., que tambien compete este derecho á los parientes mas próximos del vendedor, cuando este vendió la cosa, no á un extraño, sino á un pariente mas remoto. Pero lo que añaden los mismos, que podrá un pariente retraer por la mitad la cosa vendida á otro pariente de igual grado, tiene mayor dificultad como lo conoció Aceved. en *d. l.* 1. *n.* 59.,

(1) In cap. 8. extra de in integr. restit.

aunque no se atrevió apartarse de su opinion. Respetamos la autoridad de tan insignes Intérpretes; pero siempre nos ha parecido mas probable la contraria sentencia. Porque ademas que la materia de los retractos no es favorable, sino odiosa, como citando á muchos lo confiesa el mismo Hermosilla en *d. l. 55. glos. 4.*, y de consiguiente no se debe ampliar sino estrechar; no hay cosa mas segura en el derecho, de que en caso de duda es mejor la condicion del que posee (1), y mas cuando se disputa del lucro entre dos (2). Cuya sólida razon la comprueba claramente en esta misma materia de retractos la *ley 55. tit. 5. P. 5.*, cuando vendiendo uno á su comunero la parte suya, niega el retracto á los otros comuneros que le tendrian si la vendiese á un extraño, como enseñan muy bien el propio Hermosilla en *d. l. 55.*, y Greg. Lop. en el *mismo lugar*. Y con efecto, no es fácil señalar razon alguna de diferencia entre los dos casos. Por otra parte en esta sentencia, ni sale la cosa vendida de la parentela, ni se turba el órden del parentesco, de suerte que por ninguna parte que se mire da lugar á justa queja.

4 Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los Romanos llamaron edicto sucesorio, esto es, no queriendo retraer el pariente mas próximo quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al siguiente grado, sino es que el mas proximo estuviese ausente del lugar del contrato, como lo dispuso la *ley del Fuero*, transcrita en la *d. l. 1. tit. 13.* Pero despues se corrigió esto por la *ley 7. tit. 13. (73 de Toro)* mandando, que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pudiese hacer el siguiente en grado hasta el cuarto. En el contar los grados juzgan comunmente nuestros Autores que debe seguirse la computacion civil; porque la canónica solo se sigue en las causas de Matrimonio, Acevedo en *d. l. 7. n. 6.* Matienzo en *d. l. 1. glosa 5. n. 7.* Pero Parlador, en la *diferencia* 109. §. 3. *n.* 14. *y siguientes*

(1) L. 128. de div. reg. jur. (2) L. 126. eod.

defiende con argumentos de tanto peso la contraria opinion, que nos parece muy probable. Si el mas próximo pariente está presente cuando se hace la venta á un extraño y calla, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gomez en *d. l. 73. de Toro n.* 20.

5 La proximidad del parentesco, por la que se concede el derecho de retraer, se ha de considerar con respecto al vendedor, *l. 2. tit.* 13. alli: *Otro pariente propincuo del vendedor.* De ahí es, que si el hijo y el hermano del vendedor disputan para retraer una cosa que ya fue del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *d. l. 2.* Y de que la ley llame el mas próximo, no hemos de inferir que quiso excluir la representacion, Molin *de Hispan. primog. lib. 3. cap.* 8. *n.* 11. como si en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas próximos, está excluida, y tiene lugar en la línea recta *in infinitum*, como suele decirse; y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun dijimos en el *lib. 2. tit.* 8. *nn. 3 y 7.* Cuya doctrina aprobada alli por nuestras leyes, debe admitirse aqui en *d. l.* 1. porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próximos, estan conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Acev. en *d. l. 7. n.* 4. Hermosil. en la *l. 55. tit. 5. P. 5. glos.* 8. *n. 56.* y otros. Dijimos *en admitir los parientes mas próximos*, porque en lo demas no lo estan enteramente: á lo menos no lo estaban antes en que el derecho á la sucesion intestada llegaba hasta el grado décimo.

6 Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos y se partirán la cosa, *d. l.* 1. *tit.* 13. si no es que la cosa fuese indivisible, en cuyo caso habria lugar á la licitacion, y se la llevaria el que ofreció mas, Acev. en *d. l.* 1. *nn. 50 y 51.* Y si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno.

Pero si los demas vinieren despues del retracto dentro del término legítimo, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retrajo, como lo prueba el mismo Acev. en *d. l.* 1. *n.* 46. y siguientes. No es contraria esta sentencia á la que hemos abrazado arriba *n.* 3. *vers. Respetamos;* porque en aquella venta no estuvo la cosa sujeta á los derechos del retracto, y en esta quedó sujeta, y estándolo á ninguno se le puede quitar.

7 El doble vínculo de parentesco no da prelacion entre los que estan en igual grado. La solidez de esta sentencia se ve clara en el siguiente ejemplo. Pedro me tiene á mí hermano de ambos lados de padre y madre, y á Juan que solo lo es de parte de padre; y habiendo vendido á un extraño una cosa de nuestro abolengo, concurrimos los dos hermanos á retraerla; no tendré yo preferencia alguna. Nos mueve á pensar asi la razon inductiva del retracto, manifestada arriba *nn.* 1. *y* 2., que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará cualquiera que lo considere. No nos embaraza la única razon, por la que Hermos. en *d. glosa* 8. *n.* 58. y Matienz. en *d. l.* 1. *glos.* 4. *n.* 3. con otros defienden lo contrario, de que los derechos de retraer se gobiernan por los de la sucesion intestada; porque segun hemos indicado al *n.* 5. engaña alguna vez. Y en lo que tratamos no puede tener lugar, por ser muy diferente en un caso y otro la consideracion que nos precisa á seguir nuestra opinion. En la sucesion intestada de Pedro seria yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarian como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre, y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Pero en el derecho de retraer se consideran como que le vinieron de su padre; y este tanto era padre de Juan como mio. Por solo lo que llevamos dicho, nos plació por la primera vez nuestra opinion, cuando estábamos formando el *Apéndice de retractibus*, que va en nuestra *Institucion Romano-Hispan.*, y luego nos asustó haber tropezado con la *ley* 13. *tit.* 10.

lib. 3. del Fuero Real, que manifiestamente da prelacion al pariente de doble vínculo. Pero calmó presto el susto con mucha satisfaccion nuestra, por haber observado, que *d. l.* 13. está transcrita en la 1. *del tit.* 13., variadas ó corregidas las palabras de prelacion. Las de *d. l.* 13. son estas: *I. si dos ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo*; y las de *d. l.* 7. las que se siguen: *I. si dos ó mas la quisieren, si son igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* ¿Quién no ve, que por estas palabras solo se concede prelacion al que es mas próximo en el grado?

8 Siendo la causa de este retacto, que la cosa no salga de la parentela, claro está que el que tiene este derecho no puede cederle á un extraño. Ni puede tenerle el monasterio en que hubiere profesado el pariente; porque la doctrina que el monasterio sostiene y representa la persona del que profesó, no tiene lugar en las cosas personalísimas, que resisten toda representacion, y no tienen cabida en la persona fingida, que es el monasterio, Acev. en *d. l.* 1. *n.* 26. Gom. en *d. l.* 73. *de Toro. n.* 8. Y ahora se añade en exclusion del monasterio la *pragmática del año* 1792. *que es la ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que le excluye de la sucesion intestada, como vimos en este *lib.* 2. *tit.* 8. *n.* 12. Pero sí que compete á los hijos naturales y á los desheredados, como tambien á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, como lo prueba Gom. *en d. l.* 73. *de Toro*, *nn.* 4. 5. *y* 6.

9 La materia de este retracto son las cosas ó bienes raices que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae *d. l.* 1. *y* 3. *d. tit.* 13. Y no es menester lo hayan estado en los de los dos: basta en cualquiera de ellos, porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. l.* 1. 2. *y* 5. *d. tit.* 13. alli: *Patrimonio ó abolengo*, Gomez en *d. l.* 73. *de Toro*, *n.* 3. en donde trata latamente la cuestion, y resuelve,

bastará que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enagena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no estan sujetas al retracto. Hemos dicho que solo las cosas raices ó inmuebles son materia del retracto; pues aunque la *ley 4. y siguientes d. tit.* 13. usen de la palabra generalísima, *cosa* que comprende tanto las muebles como las inmuebles; la 7 á la que se refieren las demas usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matien. en *d. l.* 1. *tit.* 13. *glosa* 1. *nn.* 1. 2. 3. Acev. en *la misma nn.* 7. 8. 9. en donde lleva en comprobacion la *ley* 230 *del estilo*, alli: *Las heredades y otras cosas raices*: y añade no haber duda en esto. Fuera de esto la razon de afeccion, en que estriba el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles, Acev. en el *lugar citado*, Hermosilla en *d. l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 4. *n.* 7.

10 La *l.* 3. *de d. tit.* 13. exige para que competa el retracto, que el vendedor hubiese heredado la cosa que vende de sus padres ó de sus parientes, excluyéndole cuando la hubiere comprado ó habido por troque, donacion ó por otra manera. Pero meditada bien esta *ley* con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos deberse entender esta exclusion de adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de extraños y no de los ascendientes. Pongamos para mayor claridad ejemplos: Vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan, no tiene Diego hijo de Pedro derecho para retraerle. Por lo contrario lo tendrá si dicho su padre Pedro le hubo; porque su padre ó abuelo Francisco se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras ó en dote si fuere hembra. Asi lo siente Gomez en *d. l.* 73. *n.* 3. *vers. Sed.* Y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro, cuya cualidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y mientras la conser-

va, siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion de solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres. Esta misma razon de que cuando conserva la cosa la calidad de familiar, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienz. para decir en *d. l.* 1. *glos.* 8. *n.* 10., que si un pariente retraia la cosa vendida á un extraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador extraño de quien la retrajo. Le quiso censurar por esto Acev. *en d. l.* 1. *n.* 77. pero sin razon, movido solo por la certeza de las palabras de *d. l.* 3.

11 En tanto son materia del retracto las cosas, en cuanto no han llegado á salir del matrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae; porque si han sido ya vendidas á un extraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al extraño: sino es que volvieren por causa de la venta que él hizo, como por pacto de retroventa, ó de la ley comisoria. Es la razon porque toda vez que la cosa se hizo ya de libre enagenacion, asi permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa (1). Asi lo prueban con muchas razones Gom. en la *l.* 70. *de Toro n.* 24. Acev. en *d. l. nn.* 75 *y* 76. Matienzo en *la misma ley* 1. *glos.* 8. y nadie duda. Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al extraño por causa de esta venta, hay lugar al retracto, como alli mismo prueban Acev. y Matienzo; porque vuelve á su pristina causa, sin considerarse haberse enagenado (2).

12 Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen

(1) L. 90. §. 1. de adq. v. om. her. (2) L. 10. §. ult. quib. mod. pign. v. hipot. solv.

vendidas por un solo precio para todas no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna: pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quisiere, *l. 5. d. tit. 13.*; porque en el primer caso se considera una sola la venta, y en el segundo muchas (1). Y nos parecen bien dos limitaciones, ó antes declaraciones del segundo caso que traen Acev. en *d. l. 5. n. 6.*, y Matien. tratando latamente de estas ventas en *d. l. 1. glos. 7.* desde el *n.* 20. I. Cuando constare, que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras; porque entonces siempre se considera una sola venta (2); de otra suerte quedaria perjudicado el comprador. II. Semejante á esta: Si dos cosas fueren dadas por el pariente á un extraño cada una por su precio, en paga de una deuda que le debia. Para esto es menester advertir que el dar alguna cosa en paga de deuda tambien hace lugar al retracto; porque se reputa venta, como luego veremos. Pongamos ahora el ejemplo: Pedro, que me debia 300 pesos, me da en pago sus campos patrimoniales A. B. aquel por 200., y este por 100. No podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la deuda: y se precisaria al acreedor á cobrar por partes.

13. Si de dos cosas vendidas solamente la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dejando la otra en poder del comprador, tasándose por peritos el valor de la patrimonial para darlo al comprador. Pero juzgan Acevedo y Molina en el *lugar arriba citado*, deberse permitir á este ofrecer las dos, restituyéndosele todo el precio con el efecto, que por esta oblacion estará obligado el pariente á tomar las dos ó ninguna. Hermosilla en *d. l. 55. tit. 5. P. 5. glosa 8. n. 54.* es de dictámen con mas

(1) L. 34. de ædil. edic. (2) D. l. 34.

probabilidad, que solo se le deberá precisar cuando el comprador no hubiere tomado la tierra libre sin la patrimonial, y añade, que asi respondió consultando sobre este caso; y asi respondió en otro semejante entre los Romanos el Jurisconsulto Scevola (1).

14 La cosa patrimonial vendida á un extraño, está sujeta al retracto, aunque haya pasado á muchas manos; porque la accion para retraer no es personal nativa, esto es, no nace del contrato considerado en sí solo, sin la ayuda de la ley, sino dativa de la clase de aquellos que los Romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales se dan contra cualquiera poseedor. Compete pues esta accion contra el tercer poseedor, Gomez en *d. l.* 70. *n. ult.* Acevedo en *d. l.* 7. *n.* 40. Matienzo en la *misma l.* 1. *glosa* 8. *desde el n.* 11., sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, deberia el pariente que retrae darle el precio no de su compra, sino el de la anterior, cuando hizo la venta el pariente; porque esta fue la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo comprador la eviccion contra el primero de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió, Matienzo en *d. l.* 1. *n.* 15., contentándose con recobrar del que retrae el precio que él pagó.

15 A este retracto de causa el contrato de compra y venta, y de él hablan todas las leyes que le conceden. El de permuta está expresamente excluido en *d. l.* 1. y por ello es libre á cualquiera pariente permutar una cosa suya patrimonial por otra, sin recelo que la retraigan: lo que se entiende: si no hubiere fraude en ello. Porque si apareciere que siendo el contrato propiamente compra, le apellidaren los contrayentes permuta para impedir el retracto, no quedaria impedido, Aceved. en

(1) L. 47. §. 1. de minor.

de l. 1. *n.* 80. Matienz. en *la misma en toda la glosa* 10. en que examina lata y doctamente muchos casos en que pueda presumirse fraude, Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 10. y el Señor Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 4. *n.* 9. La dacion en paga da lugar al retracto, por hacer las veces de venta (1). Y porque de otra suerte, se burlaria con mucha facilidad el retracto, con sola mutacion del nombre, Gomez en *d. l.* 70. *n.* 20. Cuya sentencia admiten con razon Azev. y Matienz. en *d. l.* 1. cuando, segun es regular, se da una especie por deuda que se debia en dinero; porque si te diere una especie por otra, seria permutacion. En la dacion en dote tendrá lugar cuando lo fuere de bienes sitios, que se dieron estimados con estimacion que haga venta, de lo que hemos hablado tratando de las dotes.

16 El derecho de retraer dura nueve dias, pasados los cuales ya no tiene lugar, *ll.* 1. 2. 4. 6. *y* 7. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Corren contra los menores, pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de estos dias no se concede restitucion alguna, *l.* 2. *d. tit.* 13. Y aunque *esta ley* no habla de los ignorantes, se debe tambien entender de ellos, corriendo con mas facilidad contra ellos los tiempos de las prescripciones, que contra los menores y los pupilos, como se ve en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes, Matienz. en *d. l.* 2. *glos.* 12. *nn.* 18. *y* 19. Hermosill. en *d. l.* 55. *glos.* 8. *nn.* 32. *y* 33. en donde citando á otros, exceptúa los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente, como si salió del Lugar de su domicilio para otorgar la venta, ó buscó Escribano de otro pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra cosa semejante, de que pueda aparecer ó presumirse fraude; porque entonces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente, pues á ningu-

(1) L. 4. C. de evict.

no debe patrocinar su fraude. En las ventas judiciales tiene tambien lugar el retracto, y se cuentan los nueve dias desde el del remate, *l.* 4. *d. tit.* 13.

17 En cuanto á las demas ventas exagitan nuestros Intérpretes dos cuestiones muy reñidas: la una si se han de contar desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion: y la otra si se han de contar naturales, ó de momento á momento. En la primera vencen en número los que defienden deberse contar desde el dia de la convencion, y son entre otros Covar. 3. *var. cap.* 11. *n.* 2. Aceved. en *d. l.* 1. *n.* 62. Matienz. en la *misma l.* 1. *glos.* 6. en donde examina latísimamente la cuestion, diciendo ser mas verdadera y comun esta opinion, y mas recibida en la práctica, y Gutierrez *lib.* 2. *cuestion* 152. que debe estarse por ella en juzgar y aconsejar. Los argumentos que la apoyan son de mucha fuerza. I. *Las palabras de d. l.* 1. alli: *Despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias* y las semejantes de la *d. l.* 15. alli: *Desde el dia que la vendida fuere hecha hasta nueve dias*; pues como es notorio, la cosa se dice vendida, y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perficiona por el solo consentimiento de los contrayentes. II. El que en las ventas judiciales se cuentan desde el dia del remate, *d. l.* 4. el cual corresponde en las extrajudiciales á la convencion; porque el rematar el Juez la subasta, es suplir el consentimiento del vendedor, y no el entregar la cosa. III. Que este retracto, segun hemos visto al *n.* 3. no se reputa favorable, sino odioso, y por ello se le deben estrechar los límites. Y este es nuestro parecer.

18 Antonio Gomez defiende acerrimamente la opinion contraria en la *l.* 70. *de Toro*, *n.* 16. diciendo, que siempre la conservará en juzgar y en aconsejar, confesando sin embargo estar la otra recibida en la práctica, y que vió sostenerla la mayor parte de los Doctores de la Universidad de Salamanca en cierto examen. Sus razones se reducen á dos: I. Que el fin de este retracto, es,

que la cosa no salga de la familia, lo que dura hasta la tradicion, por la cual, y no por la convencion, pasa el dominio del vendedor al comprador. Es esto verdad; pero tambien lo es, que por la convencion adquiere el comprador accion para pedir que se le entregue la cosa; y el que la tiene se juzga tener la misma cosa (1), por no poderse resistir el vendedor á entregarla. Añade, que de la contraria sentencia se seguiria el inconveniente de que pudiéndose ocultar con facilidad la convencion, quedarian con frecuencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por ignorancia; pero ya hemos dicho, que cuando fraudulentamente se oculta, corre el término desde el dia en que el pariente tiene noticia, y no antes.

19 En la segunda cuestion parece que ambas opiniones son igualmente probables, por poderse considerar de igual peso las razones en que se fundan las dos. Las de los que afirman deberse contar los nueve dias de momento son: I. Que los términos legales, cual es este, se cuentan regularmente de momento á momento, lo que tambien se acomoda mejor á que deben estrecharse en nuestro asunto, por lo que dijimos, Gom. en *d. l.* 70. *n.* 25. Aceved. en *d. l.* 1. *n.* 62. II. Que hablando del término *d. l.* 7. no hace mencion del dia en que debe empezar sino del tiempo, segun sus palabras que hemos notado al *n.* 17. La otra opinion tiene á su favor las *citadas leyes* 9. *y* 15. que dicen deberse contar desde el dia. En nuestro *Apéndice de retractibus*, inclinamos un poco mas á la primera; pero variamos ahora, por considerar muy embarazoso su uso, á causa de haberse de retener en la memoria, ó notar por escrito la justificacion de la hora del otorgamiento de la convencion, lo que no es regular hacerse, ni debe creerse lo quiso la ley. Queremos advertir á lo último que los dias de este término deben contarse incluyendo al primero y al

(1) L. 15. de div. reg. jur.

postrero, como se puede ver en Gomez y Aceved. en los *lugares citados.*

20 Ademas de lo referido hasta aqui, han de concurrir algunas circunstancias ó solemnidades, para que tenga lugar el retracto: I. Que el retraente ha de pagar al comprador todo el precio por que este compró la cosa, con las expensas que haya hecho; y los tributos y gabelas que haya satisfecho. II. Que jure que quiere para sí la cosa. III. Que jure no haber en ello fraude ni dolo alguno, *dd. ll.* 1. 2. *y* 4. *tit.* 13. Cuyas solemnidades, siendo de forma, como suele decirse, son tan necesarias, que faltando cualquiera de ellas no hay retracto. Debe pues el pariente que lo intenta buscar ante todo al comprador y pagarle lo que hubiese gastado, y si este rehusare recibirlo, consignar ó depositar el precio delante de testigos, y si hay lugar á presencia y con orden del Juez, como lo prueba Aceved. en *d. l.* 2. *n.* 3. *y siguientes*; y hecho esto tiene derecho á que se le entregue la cosa como si hubiese pagado el precio; porque este depósito se reputa paga, segun la *ley* 8. *tit.* 14. *P.* 5. alli: *E dende en adelante es quito del debdo, e non ha el otro demanda ninguna.* La paga ó depósito del precio debe hacerla el pariente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera enumeracion, sin que baste que el depositario confiese haberle recibido. Y tan por entero, que el faltar un dinero lo viciaria, sino es que fuere por ignorancia ó error en el cálculo ó cuenta; y entonces habrá lugar al suplemento. Si el pariente no supiere el precio, deberá ofrecer y depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el exceso, si le hay, Aceved. en *d. l.* 4. *desde el n.* 14. Matienz. en la *misma glos.* 4. Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente, dando buenos fiadores ante el Juez dentro de los citados nueve dias, que pagará el mismo precio que el comprador al tiempo en que este estaba obligado, *d. l.* 6. *d. tit.* 13.

21 Lo muy interesante que es por su frecuente uso

el conocimiento de este retracto gentilicio ó de sangre, nos ha hecho extender mas de lo que corresponde á un Institutista. De las demas hablaremos con mas brevedad. El que solemos llamar de los *comuneros*, como le llama la *ley 9. de d. tit. 13.* acontece cuando siendo muchos dueños de una misma cosa indivisa, ó como acostumbra decirse, *pro indiviso*, uno de ellos vende su parte á otro que no es dueño, en cuyo caso compete este retracto á cualquiera de los que lo son. Si las partes estan divididas, aunque sea muy leve la division, como por ejemplo la de un sulco en un campo, ya no tiene lugar, por no haber comunion en la cosa en que se funda. Solo pues lo tendrá cuando las partes solamente lo son por el entendimiento como cuando decimos, yo tengo dos partes de aquel campo, tú dos, y Pedro cuatro, sin haber señalamiento de ellas, como lo prueba bien Antonio Gomez en la *ley 70. y siguientes de Toro n. 27.*

22 Cuando la cosa está asi indivisa, sus dueños se llaman *comuneros*, y tambien les solemos decir *condueños*. Y cualquiera de ellos, aunque lo fuera de una parte mínima, tiene derecho al retracto, como tambien lo prueba Gomez en *d. lugar.* Si tuviere yo pues la centésima parte de una casa, y el otro condueño vendiese las 99. podria yo retraerlas. Y aun decimos mas, que no tiene prelacion alguna el que tuviere mas partes. Asi pues, si en el ejemplo referido las 99 partes fueren de dos condueños, y uno de ellos vendiere las suyas, me competiria el retracto prórata; y si yo fuese el comprador, nada me podria quitar el otro condueño, Gregor. Lop. en la *ley 55. tit. 5. P. 5. glos. 5.* Hermos. *alli mismo. n. 5.* Matienz. en la *ley 8. d. tit. 13. glos. 3. n. 10.* que todos se fundan en una misma razon, á saber, que las leyes que hablan de este retracto, que son la *55. tit. 5. P. 5.* y las *8. y 9. d. tit. 13. (74. y 75. de Toro)*, solo prefieren los dueños á los extraños, nunca un condueño á otro. Véase lo que dijimos *arriba n. 3.* Si al re-

tracto concurrieren muchos condueños, cada uno llevará de la cosa vendida su porcion con respecto á la parte que tiene propia, y si uno solo, la llevará toda, Matienz. en *d. glos.* 3. *n.* 8. Aceved. en la *ley* 1. *d. tit.* 11. *n.* 54. Gregor. Lop. *en d. l.* 55. *glos.* 8. *al fin.*

23 Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, segun hemos visto, con todo juzgan comunmente nuestros Intérpretes, que este que compete á los comuneros, y suele llamarse de *comunion*, le tiene tambien en las muebles, Matienz. en *d. l.* 8. *glos.* 3. *n.* 3. Matienz. en *d. l.* 55. *glos.* 4. *n.* 7. Gregor. Lop. en la *misma l.* 55. *glos.* 1. Sus argumentos son: I. Porque *d. l.* 55. que es la maestra ó primer fundamento de este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprende no menos á las muebles, que á las inmuebles. II. Porque la equidad que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al extraño, igualmente se acomoda á las cosas muebles que á las inmuebles. III. Porque este retracto es favorable, y por ello debe entenderse anchamente, á causa que se dirige á que cese la comunion, que suele producir discordias ó desacuerdos, *l.* 1. *tit.* 15. *P.* 6. (1); y no es fácil pueda cesar de otra manera siendo muchas de las cosas muebles indivisibles.

24 Sin embargo de estos argumentos debemos confesar, que no es despreciable la opinion contraria, por tener á su favor razones de bastante peso, cuales son: I. Que la *l.* 9. *d. tit.* 13. usa de la palabra *heredad*, alli: *Si alguno vendiere la parte de alguna heredad*, cuya expresion fue uno de los argumentos, con que hemos probado arriba *n.* 9. que el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas raices. II. Que la misma *l.* 14. quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. A pesar de la fuerza de estas razones, nos parece mejor la primera sentencia, siguiendo á Greg. Lop., que en vista de todo pensó asi en *d. glos.* 1. con-

(1) L. 77. §. 20. de legat. 2.

fesando no ser despreciables los argumentos contrarios. El ser este retracto favorable y de ancha interpretacion nos facilita que digamos, que en él la palabra *heredad*, se pone por ejemplo: lo que no puede decirse del de sangre, por ser odioso, y demas que dijimos en *d. n.* 9. La comparacion que hace *d. l.* 9. solo debe entenderse en las diligencias y solemnidades.

25 Hay otros dos retractos legales, de que habla *d. l.* 8. (*74 de Toro.*) concedido el uno al dueño directo, si se vende la superficie, y el otro al superficiario, si se vende el dominio directo. Y aunque *d. l.* 8. que es la única que hace mencion de estos retractos, nada dice del tiempo en que debe intentarse, convienen los Autores en que ha de ser el mismo de nueve dias, Gom. en *d. l.* 70. *n.* 31. Acev. en *d. l.* 8. *n.* 3. y lo probamos bien en nuestro *Apéndice n.* 30. Y advertimos con el mismo Gom. en *d. n.* 31. Matienzo en *d. l.* 8. *glos.* 1., y Molin. *de just. et jur. disp.* 371. que el retracto concedido en *esta ley* al dueño directo dentro de solos nueve dias, se entiende cuando el superficiario no le pagase ánua pension; porque si se la paga, tendrá otro por el termino de dos meses, respecto que el superficiario que paga pension es semejante al enfiteuta. *En la misma ley* 8. se pone el orden de prelacion que deba guardarse cuando concurren muchos que tienen derecho á retraer, estableciéndose que en primer lugar entren el dueño directo ó el superficiario; en segundo lugar el comunero, y últimamente el pariente.

26 En conclusion de este asunto de retractos, vamos á examinar otro que nos queda, que por venir de la voluntad y convencion de los contrayentes se llama *convencional.* Sucede muchas veces, que no queriendo el vendedor desapropiarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto llamado comunmente de *retrovendendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio que este le dió, se le haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio. En este Reino de

Valencia son frecuentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse *á carta de gracia*, por depender su duracion de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Ojalá se hicieran con aquella pureza que se hacian cuando se observaba la ley de Moises, que las permitió, segun se lee en el *cap. 25. vers. 23. del Levítico* alli: *Terra quoque non vendetur in perpetuum: quia mea est, et vos advenæ, et coloni mei estis: unde cuncta regio possessionis vestræ sub redemptionis conditione vendetur.* Pero vemos con dolor, que en el dia hay tantos abusos y perjuicios en ellas, que tal vez convendria que se prohibieran, ó por lo menos tomaran rigurosas providencias para atajarlos. Los pondremos de manifiesto oportunamente cuando tratemos de los censos.

27 El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama redencion, y del comprador retroventa; y del modo que se ponga se ha de cumplir, aunque expresare, que cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, *l. 42. tit. 5. P. 5.* que asi lo establece expresamente, y en su virtud competiria siempre el derecho de redimir, sin que le excluyese tiempo alguno, Gom. *2. var. cap. 2. n. 28.* Molin. *de just. et jur. disp. 374.* en donde en comprobacion de ser sólido su modo de pensar, alegan la ley Romana, que asi lo estableció (1). Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla pasado el tiempo, si se atiende el tenor de *d. l. 42*; pero sin embargo es práctica de los tribunales concederse el de 20 años, término de las acciones personales, como veremos, sino es que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartacion puesta en el pacto, y si el vendedor no escoge el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

(1) L. si nolit. 31. §. 22. de ædil. edic.

28 Como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, por salir de solo el contrato, no puede intentarse contra tercer poseedor, á quien hubiese pasado la cosa vendida. Solo podrá reconvenir al comprador, que es el único á quien tiene obligado por el contrato, á que le satisfaga los perjuicios que se le siguen de que no se le restituya la cosa, como ademas de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueban las palabras de la misma *ley* 42. alli: *El comprador es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: e si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, e los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que asi habia vendida.* Gom. en *d. cap.* 2, *n.* 29. Molin. *d. disp.* 374. en donde responde á los argumentos de Covar. que siente lo contrario, *lib.* 3. *var. cap.* 8. *n.* 3. Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, sino es que en la primera venta, ademas del pacto de retrovendendo, se hubiere puesto la condicion de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entonces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Y si en el pacto se hubiese expresado que vendiendo el comprador la cosa se considerase no hecha la venta primera, entonces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendedor, y la podria pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese, Hermos. en *d. l.* 42. *glos.* 7. *nn.* 4. *y* 12. Y en las *glosas* 9. *y* 10. trata latamente de la pertenencia de los frutos y de las expensas y mejoras.

29 Y dando fin á los retractos concluimos diciendo, que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera, y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan deshechas y anuladas, como si no se hubie-

sen celebrado, Gom. en *d. l. 70. de Toro n. 35.* Mol. *de just. et jur. disp. 371.* Del retracto de los Oficios públicos, véanse las *leyes 11. y siguientes tit. 7. lib. 7. de la Nov. Rec.* y en ellas Acevedo, y del de la jurisdiccion á Larrea *alegac. fiscal. 45.*

TITULO XII.

CUANDO Y COMO SE PAGA

LA ALCABALA Y EL LUISMO POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tit. 12. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Si se debe alcabala cuando los contrayentes se apartan de la venta que solo estaba perficionada.*
2. *De lo que se debe despues de consumado el contrato.*
3. *De cuando se hace la venta con el pacto de la ley comisoria ó de la adicion en dia.*
4. *De cuando se hace con el pacto de retrovendendo.*
5. *De cuando ocurren retractos legítimos.*
6. *De las ventas que se rescinden por culpa de los contrayentes ó por la menor edad.*
7. *Cuando la cosa se vende á censo solo hay una alcabala que se paga por mitad.*

1 Las muchas dificultades que se ofrecen en el asunto de este título, nos ha inclinado á tratarlas con separacion y alguna extension. Con el deseo de cansar menos, solo haremos mencion de la alcabala; pero por la identidad de razon entiéndase tambien del luismo lo que dije-

remos, que como veremos al tratar de los censos, se paga de la venta de los bienes enfitéuticos.

2 Es constante sin que nadie lo dude, que los contratos que se constituyen ó perficionan por el nudo consentimiento de los contrayentes, cual hemos visto ser el de compra y venta, se disuelven ó deshacen por el nudo consentimiento contrario de los mismos, cuando solo estan perficionados, sin haberse cumplimentado por ninguna de las partes, por aquella famosa regla de que cualquier cosa se disuelve del mismo modo que se constituyó. (1). Si sucediese pues asi, y el apartarse los contrayentes mutuamente del contrato, fuese inmediatamente despues de haberle celebrado, antes de haber pasado á otros negocios, no se deberia alcabala; porque en este caso se juzgaría que no llegó á haber venta, sino que las partes en la misma celebracion del contrato mudaron la voluntad. Pero si el apartarse fuese despues de algun intervalo se deberia; porque el fisco adquirió ya el derecho de exigirla que no pueden quitarle los contrayentes, Gutier. *de gabel. ó pract. quæst. lib. 7. quæst.* 10. Gomez 2. *var. cap.* 2. *n.* 31. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 373.

3 Si los contrayentes, ademas de haber perficionado la venta con su mútuo consentimiento, pasaron adelante, porque hubo entrega del precio ó de la cosa, ó de uno y otro, se han de distinguir dos casos: I. Cuando la hubo solamente de parte del uno. II. Cuando de parte de los dos. En el primero si se disuelve el contrato por voluntad de ellos, devolviendo el uno lo que habia recibido el otro que lo acepta, se debe una sola alcabala; porque solo hay una venta con su disolucion, y de la venta se paga la alcabala. *l.* 11. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* pero no de la disolucion. En el segundo se deben dos alcabalas porque hay dos ventas, respecto que el pasage de la restitucion no puede pertenecer ya á la venta primera,

(1) L. 35. de div. reg. jur.

sí que constituye otra nueva (1), Molina en *a. disp.* 373.

4 Cuando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisoria, que hemos explicado al *n.* 20. *del título* 10. juzga Antonio Gomez en *d. cap.* 2. *n.* 31. que se debe alcabala, fundado en que la venta fue pura, y quedó perficionada, y de consiguiente adquirió derecho el fisco que las partes no pueden quitarle. Pero es mas probable la contraria opinion; porque produce este pacto la resolucion de la venta como si no se hubiese hecho; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna. Y el fisco no adquirió derecho á la alcabala irrevocable, sino revocable, pendiente de si la venta se deshacia ó no, Gutier. *de quæst.* 10. *n.* 10. Mol. *d. tract.* 2. *disp.* 378. *vers. Dubium est.* Matienzo *ley* 1. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glos.* 3. *n.* 21. con la comun. Cuya doctrina la entienden estos Autores en el caso de haberse puesto el pacto con palabras directas, diciéndose que si sucedia *no valdria la venta*, ó de otra manera semejante. Y añaden seria lo contrario si fuesen oblicuas las palabras, como por ejemplo, si dijera, *que se rescinda ó deshaga la venta*, porque entonces, como explica muy bien Molina, no se resuelve la venta, como si no se hubiese hecho sino para que no tenga mas duracion, y por ello siempre se considera que existió. En las ventas hechas con el pacto de la adicion en dia, de que hemos hablado al *n.* 20. *del tit.* 10. diremos deberse una alcabala, que la pagará el segundo comprador, que hizo mejor la condicion del vendedor, si él la hubo, y si no el que la compró con este pacto.

5 Si la venta se hace con el pacto de *retrovendendo* ó á carta de gracia, y en fuerza del pacto redime el vendedor la cosa vendida, es la comun sentencia que se debe alcabala de la venta primera, y no de la retroventa que hace el comprador, Gutier. *de quæst.* 10. *nn.* 12. *y* 13. Mol. *d. tract.* 2. *disp.* 374. Gom. *d. cap.* 2. *n.* 31. La ra-

(1) L. 58. de pact.

zon de lo primero es, porque siendo pura y perfecta la primera venta adquiere derecho á la alcabala el fisco, y por la retroventa no puede quitársele. Pues aunque por esta vuelve la cosa al dominio del primer vendedor, no vuelve de manera que le pertenezcan los frutos percibidos, mientras duró la venta primera; y de consiguiente no es tan fundamental la rescision, que no le quede algun efecto, y quedando no debe quitarse el del fisco, como raciocina Parlad. *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 3. §. 4. *n.* 9. De la retroventa no se debe otra alcabala; porque no tanto se considera nueva venta, como rescision de la primera, y en fuerza del pacto puesto en esta. Pero si el pacto de la retroventa no se puso en la venta primera, sino se añadió despues, se deberia de la retroventa otra alcabala; porque entonces antes de la añadidura del pacto quedó enteramente consumada la venta primera, sin respecto alguno á la retroventa, que por lo mismo ha de reputarse nueva venta, Gutier. y Mol. en los *lugares citados.*

6 Cuando sucede el retracto de sangre, el de los comuneros, ó cualquiera otro legítimo, se debe una alcabala y no mas. Que se deba una es claro, porque la primera venta como perfecta la produjo. Y no se disuelve por el retracto, porque la cosa no vuelve al vendedor, sino que pasa por disposicion de la ley al retrayente, quedando este subrogado en todos los efectos en lugar del primer comprador, y anuladas las posteriores ventas que se hubiesen hecho; y de ahí es que no se debe del retracto otra alcabala.

7 Si se rescindiese la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor sin intervenir retracto alguno ni pacto, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del precio, ó por la accion redibitoria, cuando hubo vicio en la cosa vendida, se debe alcabala, como latamente prueba Gutier. en *d. lib.* 7. *quæst.* 11. con la comun. Y es la razon porque estas ventas no se resuelven por pacto resolutivo que haya en el contrato ni por el mismo derecho, sino por senten-

cia del Juez, á la cual dieron motivo injusto los contrayentes. Y seria enormidad que esta culpa excluyese el derecho que por la venta habia adquirido el fisco. Y á esta misma clase pertenecen las que se rescinden por haberse celebrado con miedo justo, ó por dolo incidente en el contrato, Gutier. *d. lib. 7. quæst.* 14. Parlador *d. lib.* 1. *cap.* 3. §. 5., quienes resuelven con razon lo contrario en el caso de que la venta que hizo un menor se rescinde por el remedio de la restitucion *in integrum*; porque ademas de no haber dado motivo á ello culpa alguna, causa la restitucion el efecto de que la cosa vuelve enteramente á su pristino estado, como si no hubiese habido tal venta.

8 De las ventas que se hacen á censo redimible habia antes cuestion si se debian una ó dos alcabalas, y por quién. Pero ha cesado ya por la *cédula de* 17 *de Junio de* 1793, que es la *ley* 21. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que establece se cause una sola, que han de pagar por mitad los contrayentes: y que de la redencion nada se pague. De las permutas ó trueque se paga alcabala, apreciándose cada una de las cosas que se dan, *l.* 11. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* para que pague cada uno por lo que da puesto que la enagena. En las ventas la paga el vendedor á razon de uno por diez, *d. l.*

9 Por la mucha semejanza que tiene con el contrato de venta el del cambio ó permuta, queremos hablar aqui brevemente de él, y de los demas innominados, como se hace en el *libro de partidas.* Cambio es, dice la *l.* 1. *tit.* 6. *P.* 5. *Dar y otorgar una cosa señalada por otra, y* añade ser tres sus especies: I. Cuando se hace con prometimiento de lo cumplir. II. Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los dos aunque no esten presentes las cosas, y sin entrego de una ni otra parte. III. Cuando ademas de la convencion cumplieron los dos ó uno de ellos tan solamente en entregur la cosa. En los cambios de la primera especie establece la *l.* 3. *d. tit.* 6. que á ninguno de los dos es permitido arrepentirse contra

la voluntad del otro; y que si alguno no lo quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieron. Y de los de la especie II. dice lo contrario: bien que Gregor. Lop. en la *glos.* 4. despues de haber hablado mucho, inclina á que ahora no podrá tampoco apartarse el uno sin el consentimiento del otro en los de esta especie, por lo que dispone la *ley* famosísima 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* De la III. especie dice la misma *l.* 3. *tit.* 6. *P.* 5. que si habiendo cumplido el uno no quisiere cumplir el otro, tendrá aquel la eleccion de recobrar lo que dió, ó pedir los daños y menoscabos al tenor de lo que jurare con la tasa del Juez. Y lo mismo dispone de los otros tres contratos innominados la *l. ult. d. tit.* 6.

TITULO XIII.

DE LOS LOGUEROS E DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tit. 8. lib. 5. P. 5. (1).

1. *Nombres del contrato y contrayentes, y n.* 4.
2. *Qué sea arrendamiento.*
3. *Quiénes pueden dar ó tomar arrendamientos, y qué cosas pueden arrendarse.*
4. *Explicacion útil de voces.*
5. 6. *de la obligacion del que da en arriendo.*
7. 8. *De la obligacion del arrendatario.*
9. *De la culpa que debe prestarse en este contrato.*
10. 11. *De la baja ó aumento de la paga por mala ó buena cosecha.*
12. 13. *Cuándo puede ser expelido el arrendador.*

(1) Tit. 25. lib. 3. Inst.

14. *Que puede el dueño durante el tiempo del arrendamiento vender la cosa arrendada, y del efecto de esta venta; y el arrendador subarrendar.*

15. *De los arrendamientos que hacen los que administran algun oficio.*

16. *De las pujas en los arrendamientos de derechos Reales ó de Propios y Arbitrios de los Pueblos, y en las ventas de bienes de obras pias.*

1 El *tit.* 8. *lib.* 5. *P.* 5. lleva la inscripcion que acabamos de poner á este nuestro; y su *ley* 1. dice: que hablando propiamente, loguero se predica de las obras y arrendamiento de las cosas; pero en las *leyes* 2. 3. *y otras* ya se toman promiscuamente estas dos voces como á sinónomas; y en el dia no hacemos uso de la voz *loguero.* Llamamos á este contrato *arriendo* ó *arrendamiento*, y así lo llamaremos aqui. En cuanto á casas se suele decir tambien *alquiler*, *l.* 5. *d. tit.* 8. cuyo nombre se da tambien algunas veces al arrendamiento de cosas, *l.* 14. *d. tit.* 8. y en las obras *ajuste*, aplicándole este nombre por su naturaleza general.

2 Es el arrendamiento: *Contrato en que se convienen los contrayentes, que por el uso de alguna cosa, ú obras de la persona ó bestia, se dé cierto precio en dineros contados*, *l.* 1. *d. tit.* 8. *P.* 5. y es el segundo de los consensuales. Esta definicion hace ver la mucha semejanza que tiene este contrato con el de compra y venta, perficionándose por el solo consentimiento de las partes, y debiendo ser el precio cierto consistente en dinero efectivo. Y tambien manifiesta que por el arrendamiento solo pasa al arrendatario el uso de la cosa, y no el dominio, ni la verdadera posesion que queda en el que le concedió, *l.* 5. *tit.* 30. *P.* 3. en lo que, y en ser temporal se diferencia del de compra y venta.

3 Pueden arrendar, tanto activa como pasivamente, esto es, dar ó recibir en arrendamiento; porque de am-

bas maneras puede tomarse esta voz, las mismas personas que pueden comprar y vender, á excepcion de los caballeros, esto es, los soldados y oficiales de la Corte del Rey, que no pueden ser arrendadores de campos agenos, porque no se embaracen de hacer el servicio del Rey, *d. l. 2. tit. 8. P. 5.* (1). Por la definicion hemos visto que no solo pueden ser arrendadas las cosas, sino tambien las obras de alguna persona ó bestia, como sucede en los jornales, en los que el jornalero presta sus obras en servicio mio por cierto precio que le doy. Y en cuanto á cosas pueden tambien arrendarse aquellas incorporales ó derechos, cuyo uso puede trasferirse á otro por utilidad suya, como el usufructo en los términos que hemos explicado en el *tit. 3. n. 12.*

4 No deja de embarazar la explicacion de *este título*, el que segun hemos insinuado *arriba*, la palabra *arrendar* se predica tanto del que concede el arrendamiento como del que le recibe: lo que tambien sucede en la voz *arrendador*, pero con menos frecuencia; porque casi siempre se dice del que toma el arrendamiento, como en las *leyes 21. 24. y otras de d. tit. 8.* Sin embargo Aso y de Manuel en sus Instituciones, hablando de este contrato, llaman *arrendador* al que concede el arriendo y al que le toma *arrendatario*. No negamos ser expedito este modo de hablar; pero no nos atrevemos á adoptarle, porque como acabamos de decir, nuestras leyes dicen casi siempre *arrendador* al que recibe el arrendamiento. Lo haremos pues tambien asi llamando á este *arrendador* ó *arrendatario*, y al que le concede *dueño* ó *locador*, castellanizando la voz latina *locator*, y de este modo evitaremos la confusion.

5 Por este contrato está obligado el dueño de la cosa á conceder y facilitar el libre uso de ella al que la recibe en arriendo para que pueda utilizarse, aprovechándose de sus frutos, y este en recompensa de ello á pagar al due-

(1) L. 30. l. 31. C. de locat. conduc.

ño el precio ó arrendamiento en que se ha convenido. Examinemos pues estas obligaciones. Si al arrendador se le impide el uso de la cosa por el mismo dueño ú otro á quien él pueda resistir, tendrá este la obligacion de satisfacerle todos los daños y menoscabos que le viniere por esta razon; y aun las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenia arrendadas si se las hubieran dejado disfrutar. Y lo mismo sucederá si el dueño, esto es, el que se tituló tal y concedió el arrendamiento no pudiere superar el impedimento; porque le opone el que tiene derecho para ello, como el verdadero dueño que aparece, ú otro que tenia empeñada la cosa; y el que concedió el arrendamiento lo sabia al tiempo del contrato. Mas si entonces no lo sabia, solo estará obligado á volver el precio ó paga que recibió: y si nada recibió, nada tendrá que pagar. Pero si los arrendadores hubiesen hecho mejoras tales en las cosas arrendadas que valiesen mas, estarán obligados á pagárselas, á juicio de peritos, aquellos que se apoderasen de ellas. Lo que llevamos dicho en este *núm.* se entiende en el caso que los arrendadores tenian buena fe, cuando tomaron en arriendo las cosas, creyendo que lo concedia quien tenia derecho de arrendarlas; pues si la tenian mala, sabiendo que eran de otro, no tendrian demanda alguna contra aquellos de quien las tenian, como todo consta en *la ley 21. d. tit.* 8. (1). Tambien estará obligado á pagar los daños y menoscabos al arrendador aquel dueño que le alquila toneles ú otros vasos malos ó quebrantados, para meter en ellos vino ó aceite, que metido alli se pierde ó toma mal sabor, sino es que supiese el arrendador que eran malos, aunque lo ignorase el dueño; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala aquella cosa que alquila, esto es, da en arrendamiento, *l. 14. d. tit.* 8.

6 Como el que paga el precio ó arrendamiento es el arrendador, y el que le cobra el locador, diremos, que

(1) L. 33. locat. v. cont.

cuando se arriendan las obras, es locador de ellas el jornalero ú oficial que las presta, y el que se aprovecha de ellas el arrendador; y de ahí es, que si los que las prestan fueren culpables en no prestarlas lealmente procurando el provecho del que las paga, tendrian obligacion de pagarle los daños y menoscabos al que las recibe, por dejar de tributarle el uso de ellas que debe, de la misma manera que lo hemos dicho de los arrendamientos de las cosas en el *n. antecedente*, *l.* 15. *d. tit.* 8.

7. El arrendatario por su parte está obligado á cuidar bien de la cosa que se arrienda, como si fuese propia, *l.* 7. *d. tit.* 8. y á pagar al locador el precio en que se han convenido, al tiempo expresado en la convencion, ó segun la costumbre que haya en el Lugar, ó si uno y otro falta al fin del año, *l.* 4. *d. tit.* 8. Y si no lo pagare al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador expelerle de la cosa arrendada. Y si fuere casa estan obligadas al pago del alquiler y de los menoscabos que en ella hubiese ocasionado el arrendador todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre, formando escrito de ellas ante vecinos; y lo mismo si la cosa arrendada es heredad ó tierra, con sola la diferencia que las cosas halladas en esta solamente estan obligadas en el caso que se hubieren metido con ciencia del dueño locador, *l.* 5. *d. tit.* 8. Gregor. Lop. en la *glosa* 4. *de esta l.* dice, citando á otros, que esta doctrina solo debe entenderse de las cosas que se llevaron á la casa con la intencion de que hubiesen de quedar alli; pero no en las que estaban interinamente, como las mercaderías de un Comerciante.

8 Si la casa estuviere alquilada hasta cierto tiempo, pagando el arrendador á los plazos convenidos, no se le puede echar de ella hasta que el tiempo sea cumplido, *l.* 6. *d. tit.* 8. sino es que sucedieren algunos casos referidos en la *misma ley*, y son: I. Si el dueño no podia continuar en vivir en la casa de su habitacion, porque se caia, amenazaba ruina ú otra causa grave, y no tenia otra en que

morar, ó si se casase un hijo suyo, ó se hiciese caballero. II. Si despues de hecho el arrendamiento apareciese en la casa alquilada necesidad de obrar en ella para que no se cayera. III. Cuando el arrendador usase mal de la casa, haciendo en ella algun mal para que se empeorase, ó teniendo malas mugeres ó malos hombres, de que se siguiese mal á la vecindad (1). IV. Si estando la casa arrendada para cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos años sin que pagase. En cuanto al I. caso advierte Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 6. que para ser causa de expulsion la necesidad en el dueño de no poder continuar el vivir en la casa de su morada, es menester que esta necesidad suceda despues de hecho el arrendamiento. Y Greg. Lop. en la *glos.* 5. *de d. l.* 6. explicando aquellas palabras de la ley: *Y si los ficiese caballeros*, dice que tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de España, los caballeros (soldados) solian habitar separados de los padres, y necesitaban casa; y añade, que por esta razon deberá decirse lo mismo, si el hijo fuese Juez ó Abogado; que hubiese menester casa capaz separada de la de su padre.

9 Como este contrato contiene utilidad de ambos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa que llamamos media ó leve ó negligencia, esto es, deberá poner cada uno de los contrayentes en lo que es de su obligacion aquella diligencia que pone en sus cosas, como consta de *d. l.* 7. que hablando del arrendador de tierras pone varios ejemplos, y de la *ley* 14. *d. tit.* 8. que les pone tambien hablando del locador, y les notamos arriba *num.* 5. Si el locador de obras ofreciese la diligencia ó las alquilara en cosa que exige mucho cuidado, deberia prestar tambien la culpa levísima, ó lo que es lo mismo poner cuanta diligencia pudiese, *l.* 15. *l.* 8. *d. tit.* 8. que solo exceptúa la ocasion, ó comó solemos llamar caso fortuito; el cual solo se presta por tres cosas: I. Cuando por pac-

(1) L. 3. C. de locat. et cond.

to se obliga á ello alguno de los contrayentes (1). II. Si el arrendador tuviese tardanza en volver la cosa, y despues de ella sucediese el caso (2). III. Si por su culpa acaeciese el caso (3), como lo dijimos de todos los contratos en el *tit.* 10. *n.* 38.

10 La equidad que debe observarse en todos los contratos exige que el precio que ha de pagar el arrendatario tenga proporcion ó igualdad con el provecho que saca del uso de la cosa que le concede el dueño; y de ahí es ser aplicable á este contrato, cuanto dijimos del de compra y venta en el *tit.* 10. *n.* 36. Y ademas debe advertirse en su progreso que el considerable y extraordinario aumento ó diminucion de frutos puede causar variacion en el precio que ha de pagar el arrendador. Si de alguna heredad arrendada se perdiesen ó destruyesen todos los frutos por algun caso ú ocasion que acaeciese, que no fuese muy acostumbrada, no está tenido el arrendador á dar cosa alguna del precio, pues es justo, que perdiendo él la simiente y gastos del cultivo pierda el dueño la renta que debia haber, *l.* 22. *d. tit.* 8. (4), la que pone varios ejemplos de estas ocasiones. Y Greg. Lop. en su *glosa* 3. interpretando aquellas palabras: *Que no fuese muy acostumbrada*, dice que si los casos fueren de los acostumbrados ó frecuentes, no tendria lugar la remision de la paga (5): cuya razon puede ser, porque de estos, por su frecuencia, debe creerse que pensaron en ellos los contrayentes, y los despreciaron, bajando en su razon el precio. Pero si no se perdiesen todos los frutos, y el arrendador cogiere alguna parte de ellos, quiere la *misma ley* 22. que tenga la eleccion, ó de dar al dueño todo el arrendamiento, ó lo que sobrare de los frutos despues de sacar para sí las despensas que hizo. Y que si se perdiesen por

(1) L. 23. de div. reg. jur. (2) L. 23. l. 82. §. 1. de verb. obl. (3) §. 2. Inst. quib. mod. re contrahit. oblig. (4) L. 15. §. 2. locat. cond. (5) D. l. 15. §. 2.

culpa del arrendador, esté obligado á pagar todo el precio. Tratan latamente, y tan bien como acostumbran este asunto Molin. *de just. et jur. tract. 2. disp.* 495. y el Señor Covar. *practicar. quæst. cap.* 30. el cual en el *vers. Vidi*, dice haber visto muchas veces en la Chancillería de Granada decidirse estas cuestiones, sin atenderse á *d. l.* 22. haciéndose la remision ó baja del precio en la tercera ó cuarta parte, segun el arbitrio de los Jueces; por cuanto no es fácil hacerse constar ni de la cantidad de los frutos ni de las impensas, por las varias y diferentes deposiciones de los testigos; y que él se habia conformado muchísimas veces con estas sentencias.

11 El derecho que, segun acabamos de decir, tiene el arrendador, de que no puede exigírsele paga alguna, cuando por ocasion de aventura se pierden todos los frutos no tendrá lugar, si al contraerse el arrendamiento se obligó á pagar el precio en cualquier ocasion que se perdieren, *l. 23. d. tit.* 8. que tambien señala otro caso, cuando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años se pierden los frutos en el uno, y en el anterior ó posterior se cogen con tanta abundancia, que bastan para pagar el precio de los dos años y los gastos que en ellos se hicieron; pues entonces pagará tambien el precio por razon del año malo ó estéril; y aunque el locador lo hubiese ya hecho remision del de aquel año, se lo podrá pedir despues sobreviniendo el abundante, *d. l.* 23. y en su *glosa* 5. Gregor. Lop. (1). Si por aventura acaeciese que la heredad arrendada diere tantos frutos en un año, que pueden mas montar del doble de lo que solia rendir un año con otro, deberá el arrendador doblar el arrendamiento; pero no si la tal abundancia provino de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho

(1) L. 15. §. 4. locat. cond. que lo explica muy bien, y con mas extension su glosa.

d. l. 23. que da al fin la razon de la primera parte de ser cosa justa, que el dueño á quien pertenece la pérdida, cuando no hay frutos, tenga el beneficio cuando los haya abundantes. Jamas he visto en la práctica este caso de pedir el dueño paga doble, sin embargo que siempre he sido muy apasionado á asuntos de agricultura, y cuento ya 70 años cumplidos en el dia 18 de Febrero del presente año 1801 en que escribo esto de mano propia, como todo lo demas restante de esta obra, en la que no he tenido ayudante alguno, ni aun material.

12 Cumplido el tiempo del arrendamiento, debe ser tomada la cosa á su dueño. Y si por ventura fuere rebelde el que fue arrendador, no queriéndola entregar hasta que fuese dada sentencia contra él, debe tornarla despues doblada la paga á su dueño, y satisfacerle ademas los menoscabos que por su culpa hubiere en aquella cosa, *l.* 18. *d. tit.* 8. Y por lo contrario, si la hubiese mejorado haciendo labores ó cosas de nuevo, de suerte que vale mas en renta que cuando la tomó, debe el dueño abonárselas ó pagándolas ó descontándolas del precio del arrendamiento, sino es que se pactase que no las podia pedir, *l.* 24. *d. tit.* 8. Tampoco hay práctica de darse la paga doblada por no tornarse ó entregarse la cosa arrendada.

13 El arrendamiento que se acabó por haberse cumplido el tiempo, puede renovarse expresa ó tácitamente. Si la cosa arrendada fuese tierra, se entenderá renovado el arrendamiento por un año, si el arrendador permanece en ella tres dias, debiendo pagar en su razon el arrendador el mismo precio que en cada uno de los pasados. Pero si fuere casa, solo se entiende la renovacion en los dias que la habitó, *l.* 20. *d. tit.* 8. que da la razon de esta diferencia. Y ahora nuevamente se ha mandado *por carta del Supremo Real Consejo de 26 de Mayo de 1770 que es la ley 3. tit.* 10. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que para no entenderse renovado el ar-

rendamiento para el año siguiente, es menester que el dueño avise al arrendador, ó este al dueño al principio del año último, que en el que sigue cesará ya, con el fin de que cada uno de ellos pueda aviarse, sin respecto al arrendamiento por otra parte.

14 Es permitido al dueño vender la cosa arrendada, antes de concluirse el tiempo del arriendo, y entonces puede el comprador echar de ella al arrendatario; pero el dueño está obligado á restituir al arrendador tanta parte del precio, cuanto tiempo le quedaba á este para aprovecharse de ella, *l.* 19. *d. tit.* 8. y Greg. Lop. en la *glosa* 4. *de la misma ley* funda, que se extiende esta obligacion á pagarle los menoscabos, y Gom. 2. *var. cap.* 2. *n.* 9. Y pone la *propia ley* (1) dos casos en que el arrendador no puede ser echado por el comprador: I. Si hizo pacto con el vendedor de no poderle echar durante el tiempo del arrendamiento. II. Cuando este se hubiese hecho para toda la vida del arrendador ó para siempre. Gom. *cap.* 3. *n.* 9. quiere extender esta doctrina al caso en que el arrendamiento se haya hecho para 10 ó mas años, y lo mismo indica Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 15. *n.* 2. pero Gregor. Lop. en la *glosa* 7. *de d. l.* 9. inclina á lo contrario. Puede tambien el arrendador dar á otro en arriendo lo que á él se le arrendó, ó como suele decirse subarrendar, como no se le haya prohibido por pacto (2), Gom. 2. *var. cap* 3. *n.* 11.

15 Por la muerte del locador ó del arrendador no se acaba el arrendamiento: permanecen sus efectos en los herederos del difunto, *l.* 2. *d. tit.* 8. (3). Esto debe entenderse cuando el locador dió en arriendo cosa que pertenecia á su patrimonio. Pero en cuanto á arrendamientos concedidos por el que está en algun oficio, dignidad ó administracion, ha de distinguirse en la ma-

(1) L. 25. §. 1. locat. cond. (2) L. 6. C. de locat. et cond. (3) L. 10. eod.

nera que se sigue: Si los frutos ó rentas de la cosa arrendada pertenecen á alguna Iglesia, Ciudad ó algun otro, como sucede en la mayor parte de los arrendamientos que otorgan los Prelados de la Iglesia, los que tienen alguna Prebenda, los Regidores, los tutores ó curadores, dura el arrendamiento aunque muera el que lo concedió, sin que puedan apartarse ni los sucesores en la administracion, ni el arrendador hasta que se concluya el tiempo establecido. Y es la razon: porque este arrendamiento fue hecho en nombre administratorio, y los de esta clase nunca flaquean por la muerte de la persona, y el oficio nunca muere. Pero si los frutos estan destinados, y sirven para el uso y sustento del locador, se acabará con su muerte; porque lo hizo, y se entiende hecho á nombre propio, y como que regia el oficio, cuya representacion cesa con su muerte, sin que pueda él extenderla á su sucesor, *l. 9. tit. 17. P. 1.* De este modo fenecen los arrendamientos que hacen los Curas de sus primicias, y los poseedores de bienes mayorazgados ó fideicomisados de los que pertenecen al mayorazgo ó fideicomiso, Gom. *2. var. cap. 3. n. 8.* Covar. *2. var. cap. 15. desde el n. 5.* Molin. *de just. et jur. tract. 2. disp. 492.* y el otro Molin. *de primog. Hispan. lib. 1. cap. 21.*

16 Advertimos últimamente en conclusion de *este título*: Que en los arrendamientos de rentas Reales hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiere aumentar el precio, de modo que llegase á diezmo entero, esto es, la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo menos á la mitad del diezmo que llama *media puja* entera: cuyo aumento ó puja ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres para el Real patrimonio, y la otra para aquel á cuyo favor se habia rematado, y es excluido por la puja, *ll. 2. y 3. tit. 13. lib. 9. de la Recop.* Despues del segundo ó postrimero remate, no puede ya admitirse puja, si no es que fuere de voluntad de las Partes, ó tan grande que montare la cuarta parte de la renta, *l. 5.*

d. tit. 13. y esta es la que suele llamarse *cuarta puja.* El modo de gobernarse este asunto está esparcido en las leyes del mismo *tit.* 13. Y todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, estan mandadas observar en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los Pueblos (*Propios y Arbitrios*) por *decreto del Supremo Real Consejo del año* 1771 *que es la ley* 16. *tit.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Esta cuarta puja tiene tambien lugar en las ventas ó enagenaciones de los bienes raices de los Hospitales y otras obras pias, segun el cap. 13. *de la instruccion de* 2 *de Febrero de* 1799 mandada observar en dichas ventas.

TITULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Tit. 15. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Razon del método.*
2. *Qué sea censo, sus especies, y la definicion del enfitéutico.*
3. *Derechos que produce la enfiteusis á favor del dueño directo.*
4. *Derechos del enfiteuta.*
5. 6. 7. *Particularidades que se observan en el Reino de Valencia.*
8. 9. *Qué sea censo reservativo, y lo gravoso que es en muchos Pueblos del Reino de Valencia.*
10. 11. *Diferencia entre el censo reservativo y enfitéutico: y cómo se ha de decidir si hay duda de si es uno ú otro.*
12. *Modos de constituirse el censo reservativo, y qué se ha de resolver cuando se duda si es tal ó consignativo.*

13. 14. *Modos de constituirse el censo consignativo, y se explica su definicion.*
15. *Varias divisiones de este censo.*
16. *Se explica el vitalicio.*
17. *Que no hay censo personal.*
18. *De los juros, y qué son propiamente censos.*
19. 20. 21. 22. 23. *Tres cosas son necesarias para la constitucion del censo, precio, pension y cosa en que se funda, y se explica lo perteneciente al precio.*
24. *De la pension.*
25. 26. 27. 28. 29. 30. *Se trata latamente de la cosa censida; y si es ó no hipoteca.*
31. 32. 33. *Si pereciendo en parte la cosa, de suerte que la parte que restare produzca frutos bastantes para la paga de la pension, perece tambien en parte el censo.*
34. *Que las cosas en que se constituye deben ser fructíferas é inmuebles.*
35. 36. 37. 38. *De los pactos que se suelen poner en los censos.*
39. *hasta el* 48. *Se trata latamente de los modos de extinguirse los censos.*
48. *Del debitorio, y que hablando con rigor no es censo.*
49. *Que en cuanto á la intencion de los acreedores, tanto los debitorios como las cartas de gracia son censos.*
50. 51. *Del oficio de hipotecas, y razon de haberse introducido.*
52. *Qué debe hacerse cuando se vende una cosa censida, ú obligada como libre.*

1 Aunque los censos pueden constituirse en testamento sin que proceda contrato alguno, con todo por ser lo regular que sucede casi siempre, de que se constituyan por contrato que tiene mucha semejanza con los de compra y venta y de arrendamiento, *l.* 3. *tit.* 14. *P.* 1. *l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5. y no pocas veces es formalmente venta, nos

ha parecido ser este lugar el mas oportuno para tratar de ellos.

2 A las veces se toma la palabra *censo* por lo mismo que tributo. Asi se toma en el *cap.* 22. *vers.* 17. *del Evangelio de San Mateo*: alli: *¿Licet censum dare Cæsari an non?* y en la *ley* 8. *tit.* 22. *P.* 1. alli: *Censo ó tributo.* Pero esta significacion no es propia de nuestro lugar, en el que entendemos por censo: *Un derecho que tenemos de exigir de otro á quien hemos concedido algo, cierto rédito ó pension.* Tres son sus especies, enfitéutico, reservativo y consignativo. A los tres somos muy desafectos, por considerarlos muy perjudiciales al estado, como lo prueba Vizcaino en su tratado: *Sobre los estragos qne causan los censos*; y con especialidad á los enfitéuticos, aunque tenemos algunos á nuestro favor, heredados de nuestros antepasados. Censo enfitéutico es: *Derecho que tenemos de exigir de otro cierto cánon ó pension anua perpetuamente, en razon de haberle trasferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raiz, reservándonos el directo, con la condicion de no poder quitarle la cosa á él ni á sus herederos mientras pagaren la pension.* Esta definicion va formada segun el modo ordinario de constituirse este censo, y no con escrupulosidad lógica, como lo dijimos de la de los mayorazgos en el *tit.* 7. *n.* 1. *de este lib.* 2. Porque tambien puede constituirse para sola la vida de aquel que recibe el dominio útil, ó por largo tiempo de 10 ó mas años, *d. l.* 3. *tit.* 14. *P.* 1. *d. l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5. y en su *glos.* 4. Greg. Lop. Mol. *tract.* 2. *de just. et jur. disp.* 445. en donde advierte que si en la concesion del enfiteusis (asi se suelen llamar con un solo nombre este censo, que tambien se aplica al contrato en que se constituye), no se expresa tiempo, se entiende ser perpetua, por ser esta su naturaleza ordinaria. Y no puede constituirse sino por escrito, porque de otra manera no valdria, *dd. ll.* 3. *y* 28.

3 Los efectos que produce este censo á favor del que le concede, son: I. Que se queda con el dominio directo

de la cosa censida. II. Que adquiere derecho de exigir del enfiteuta las pensiones, de modo que si este deja de pagárselas por tres años, ó por dos si es á Iglesia, cae en comiso la cosa, y la puede tomar el señor directo (1) sin mandado del Juez; bien que tiene el enfiteuta diez dias para purgar su tardanza ó mora, es decir, que si en dicho termino paga sin pleito, debe el dueño directo recibir la paga, y no tomar la cosa. Pero si en ninguno de estos plazos pagare, no necesita dicho dueño para tomar la cosa, que por sí ó por otro haya pedido la pension; porque se entiende, que el mismo dia del plazo pide por él, *d. l.* 28. Pero debemos advertir sobre este II. efecto, que Greg. Lop. en la *glos.* 15. de esta ley 28. pone con apoyo de otros Autores cuatro limitaciones de su doctrina, á saber, si el enfiteuta resistiere la ocupacion del dueño directo: si este hubiese acudido ya al Juez sin protestar, que le quedará salvo el derecho de expulsion: si el enfiteuta negare que no habia pagado: si dijere que el tiempo de la paga no habia pasado; porque en todos estos casos se pondria en duda la cosa, y por ello debe acudirse al Juez. Lo cierto es, que el uso no ha recibido esta absoluta potestad del señor directo, y que tal vez turbaria la pública tranquilidad. III. efecto: Cuando el enfiteuta quisiere vender la cosa, lo debe hacer saber al dueño directo, y á qué precio; y si este la quiere por el tanto es preferido (2). Y solo cuando dice que no la quiere, ó sabedor calla por dos meses, la puede el enfiteuta vender á otro, de quien pueda el señor directo haber el censo tan ligero como del mismo, *l.* 29. *d. tit.* 8. *P.* 5. A este derecho de tanteo que tiene, le solemos llamar de *fadiga*, IV. Cuando se vende la cosa, tiene el derecho de laudemio ó luismo, que es la quincuagésima parte del precio por qué se vende, ó de la estimacion, si se diere, que debe pagarle el nuevo poseedor al que está obligado á recibir por enfiteuta, *d. l.* 29. (3).

(1) L. 3. C. de jur. emphyt. (2) L. 3. C. de jur. emphyt. (3) D. l. 3.

4 A favor del enfiteuta produce la enfiteusis los derechos siguientes: I. Adquiere el dominio útil de la cosa enfitéutica. II. En consecuencia de este dominio la puede vender en los términos referidos; y sin sabiduría ó noticia del dueño directo empeñarla á persona tan ligera para pagar el censo como el mismo enfiteuta, cuya circunstancia debe tambien observar cuando la vende; de suerte que si la vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato, y pierde el derecho que tenia en la cosa, *d. l.* 29. Y en su *glosa* 14. dice Gregor. Lop. que en la misma pena de comiso caerá el enfiteuta si vende la cosa, aunque sea á persona igual, si lo hace sin requirir antes al señor directo: bien que la ley no lo expresa en este caso, *d. l.* 29. III. Puede de la misma manera imponer servidumbre sobre la cosa, y constituirá beneficio de otro el usufructo de ella, Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 2. IV. No se le puede quitar la cosa, sino es que cese en pagar la pension por el espacio de dos ó tres años en los términos que hemos explicado. V. Aunque este censo se paga en reconocimiento de la señoría directa, se acaba y liberta enteramente de su paga el enfiteuta, si la cosa padeciese tal quebranto que quedase algo de ella, como fuese menos de la octava parte, *d. l.* 28.

5 Por cuanto este Reino de Valencia está lleno de señorías directas que le oprimen, y por ello son muy frecuentes las enagenaciones de bienes sujetos á ellas, en las cuales se observan y estan en uso varias disposiciones que se apartan del derecho comun de España, y son conformes á sus Fueros que fueron abolidos en el año 1707, y algunas por haberse introducido por costumbre, nos ha parecido notarlas aqui á beneficio de los que tienen bienes ó negocios en este Reino, segun se sigue.

6 El luismo es la décima parte del precio de la cosa, *for.* 3. *rubr. de jur. emphyt.* Bas *in theat. jarisp. part.* 1. *cap.* 30. *n.* 138. Nos causa el mayor dolor, que esté en observancia este gravamen tan pesado para los pobres enfiteutas, sin embargo de haberse abolido los Fueros que

lo introdujeron; y mas si se atiende, que el precio de que se saca, lo es tambien de las mejoras que se hayan hecho por los enfiteutas en la cosa censida. Sucede con frecuencia que un pedazo de tierra, que cuando se concedió en enfiteusis solo valia, por ejemplo, diez pesos á causa de estar inculto, en montaña y entre peñascos, ó era marjal cubierta casi de continuo de agua, vale dos cientos ó mas cuando se enagena, debido enteramente este aumento á los sudores del enfiteuta y sus hijos, sin la menor influencia ni gasto del dueño directo, que sin embargo se chupa el luismo de estos pobres é inocentes sudores. Y sucede tambien con alguna frecuencia que estas tierras se venden dos ó mas veces en 15 ó 20 años, con la misma carga de haberse de pagar siempre este derecho. En cuanto á casas es todavía mayor la enormidad; pues valiendo á las veces el solar desnudo cuando se concede 15 ó 20 pesos, vale dos mil la casa que en él se edifica. En los lugares de señorío, que son tantos en este Reino, se padece mucho en este particular, nada beneficioso al Estado. Y por costumbre se ha introducido que este derecho le pague el vendedor, Bas *d. cap.* 30. *n.* 142.

7 Tambien se ha introducido por costumbre el derecho que llaman *quindenio*, que es el de cobrar el dueño directo cada quince años el luismo, como si entonces se enagenara la cosa. Le pagan los poseedores de cosa enfitéutica, que se suelen decir *manos muertas*, esto es, las Ciudades, Iglesias, Monasterios, Colegios, Hermandades y otros Cuerpos semejantes, Eclesiásticos ó seculares, que siempre permanecen los mismos, aunque se varien las personas que los representan. La causa de esta introduccion es que el no poder vender libremente sus cosas estos Cuerpos, perjudica al dueño directo en cuanto al luismo, al que tuvo consideracion en la concesion de este censo; y para salvarle, se finge que se venden cada quince años, Bas *d. cap.* 30. *desde el n.* 182. Matheu *de regim. cap.* 2. §. 5. Y aunque por la misma razon debian pagar este derecho los poseedores de mayorazgos y fideicomisos, no lo

pagan, porque la costumbre que le introdujo en las manos muertas no admite extension, Bas *de cap.* 30. *n.* 197. Mateu *d.* §. 5. *n.* 115. Y últimamente el derecho de retraer, ó de fadiga del dueño directo solo dura 30 dias *for.* 28. *de jur. emphit.*

8 El censo reservativo ó retentivo se constituye: *Cuando alguno da á otro alguna cosa raiz trasfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension anua en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que le recibe.* Toma su nombre de la reservacion de la pension, y es origen antiquísima; porque ya hizo uso de él Josef, cuando á nombre de Faraon concedió campos á los Egipcios con la obligacion de haber de pagar la quinta parte de sus frutos (1). No se puede negar su justicia; pero sí que podemos llorar, que los señores de lugares hayan cargado tanto la mano en la tasa de la pension. Son muchos los pueblos en este Reino de Valencia, en que se les paga la tercera parte, y que siendo el fruto aceitunas, se han de llevar precisamente las dos partes que quedan al cosechero á molerlas al molino del mismo señor, cuyos arrendadores ponen los operarios á su voluntad; de que se sigue, que moliéndolas mal, y apretando poco la masa, se queda porcion considerable de aceite en ella, que es para el señor, y la hace remoler solo para sí, haciéndose pagar ademas cantidad no despreciable de aceitunas á título de derecho de piedra. Hemos oido varias veces estos clamores, y que ofreciendo el labrador partir por mitad las aceitunas, para poder llevar su parte adonde les acomode, no quieren admitirlo los arrendadores. Pudieran los señores haber tomado el referido ejemplo de Josef, y aun con alguna baja, en atencion á que entonces no pagaban (como ni ahora) diezmos los Egipcios, y que tal vez seria aquella quinta parte de frutos todo el tributo que satisfacian á Faraon: lo que no es ni puede ser aqui. Dejo aparte los gravámenes que estos infelices pagan por razon

(1) Cap. 47. del Génesis.

de sus casas, porque ya seria salir de nuestro asunto.

9 Si sus lamentos llegaran en humildes súplicas á S. M. (Dios le guarde), podria esperarse que lograsen alivio. Asi acaba de suceder en el año pasado de 1800 en Sagra y Sanet, Lugares de la Gobernacion de Denia, que entre los dos tienen cien vecinos y forman una encomienda de la Religion de Santiago. Oprimidos de los excesivos derechos de señoría que satisfacian, de los cuales eran los principales los frecuentes luismos, y la particion de frutos de uno por cuatro, que no les permitian poder vivir; acudieron con respetuosa representacion á la paternal benignidad del Rey, que tuvo la bondad de pasarla al Consejo de Ordenes para que le informase. Y este sapientísimo y prudentísimo Tribunal, á consecuencia de haber formado expediente judicial, con sus traslados al Comendador y Fiscal de las Religiones, evacuó su informe, y en seguida se sirvió mandar el Rey que en lo sucesivo la particion que era de uno por cuatro, fuese de uno por seis, cuya beneficencia les produce el alivio de mas de mil pesos anuos, con el que pueden pagar á su tiempo el Real derecho de equivalente, socorrerse en sus necesidades, y cultivar mejor sus campos en beneficio tambien del Estado. Hemos sido largos y exactos en la relacion de este monumento de Real beneficencia, por el especial afecto que le tenemos, á causa de haber corrido el asunto bajo de nuestra direccion, y haber formado desde esta Ciudad la citada representacion. Vino el Real despacho con fecha de 30 de Setiembre del año 1800 y se halla registrado en la Secretaría del Acuerdo de este Reino.

10 Entre este censo, y el enfitéutico hay algunas diferencias que refieren Covarrubias 3. *var. cap.* 7. *n.* 1. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 381. desde el *vers. Differt*, y otros, cuales son: I. Que por el reservativo se trasfiere tanto el dominio útil como el directo, y por el enfitéutico solo el útil, quedando el directo en el concedente, que por ello se llama dueño ó señor directo. Avend. en su *tratado de censibus cap.* 13. *n.* 3. dice ser esta la lla-

ve de esta materia para conocer la naturaleza de ambos censos que todos reconocen por tal. Y de ella viene lo que suele decirse, que pagamos la pension del censo reservativo de cosa nuestra, y la enfitéutica de cosa agena, por pertenecer su dominio al que concedió la enfiteusis. II. Que el enfiteuta no puede vender la cosa sin hacerlo saber al dueño directo; y si de otro modo lo hace cae la cosa en comiso á favor de dicho dueño. Y ademas cuando la vende pertenece á este el luismo y la fadiga, segun dijimos arriba *n.* 3. todo lo cual no tiene lugar en el censo reservativo, Molina *d. disp.* 381. *vers. Tertio*, y comunmente los demas que tratan de este asunto.

11 III. Cae tambien en comiso la cosa enfitéutica, si el enfiteuta deja de pagar la pension por dos ó tres años en los términos que hemos explicado en *d. n.* 3. (1): lo que no sucede en el censo reservativo, aunque por mil años no se pague, Covar. *d. n.* 1. con la comun, de modo que es esto fuera de toda duda, con tal que no se haya pactado lo contrario; porque si en su constitucion se pone pacto ó condicion que no pagando el sensuario la pension caiga su comiso la cosa, debe observarse, *l.* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* (68. *de Toro*) que debe entenderse de este censo reservativo, como la entendió Molina en *d. disp.* 381. *vers. Dubium*, y prueba latamente Avend. en *d. su tratado cap.* 90. *n.* 4. Cuya inteligencia esta recibida en la práctica de los tribunales, como lo confiesan aun aquellos Doctores que juzgan convenir las palabras de la ley al censo consignativo, como son entre otros Covar. en *d. n.* 1. y latísimamente Gutier. *de juram. confirm. part.* 1. *cap.* 31. *n.* 10. y *pract. quæst. lib.* 2. *quæst.* 68. en donde dice, que la pena de comiso en el censo consignativo es injusta é inicua, y que por ello ni está en uso ni debe estarlo. Del mismo sentir es Avend. tratando latamente este asunto en *d. cap.* 90. *n.* 2. La razon de admitirse este pacto en el censo reservativo, la

(1) §. 3. Inst. de locat. et cond.

traen Molina y demas Autores en los lugares citados, de que concediéndose en este censo el dominio directo y útil de la cosa, puede justamente el concedente no quererle conceder sino bajo dicho pacto, como en el enfitéutico lo quiere hacer y hace el dueño directo respecto del dominio útil. Y si llegare á dudarse si un censo es enfitéutico ó reservativo, deberá decidirse por las diligencias de un buen examen de las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras que confunden frecuentemente los Escribanos por su impericia, como avisan Avendañ. en el *cap.* 13. *n.* 6. Covar. y otros. Y si de las circunstancias no pudiere sacarse, antes se considerará reservativo que enfitéutico, Covarrub. 3. *var. cap.* 7. Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 383. *vers. Contrarius*, porque grava menos al que le debe.

12 Se puede constituir este censo por convencion, como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno cosa fructífera, con la reserva de haber de pagar cierta porcion de sus frutos á sus herederos, Avend. *de tract. cap.* 3. Y las mas veces se establece en la propia escritura, que se concede en enfiteusis un campo, imponiéndole al mismo tiempo la carga de particion de frutos á razon de uno por cada cuatro, cinco ó seis. Y puede ser perpetuo durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible. Y si se dudare en este particular de la voluntad del concedente, antes se debe considerar perpetuo que redimible, por ser esta su naturaleza ordinaria, como advierten Feliciano *de censib. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 8. *vers. Denique*, y Molina *d. tract.* 2. *dis.* 382. *vers. Secundus.* Y tambien porque reservándose el dueño la pension retiene el derecho de percibirla, el cual como subrogado en lugar del dominio, es perpetuo, como lo era el dominio; por cuya razon y otras son de este mismo parecer Avend. *de tract. cap.* 14. y Covar. *d. lib.* 3. *var. cap.* 10. *n.* 5. en donde tambien afirma que en caso de duda, mas se debe considerar el censo reservativo que consignativo, poniendo algunas excepciones por conjetu-

ras que deberá examinar el Juez. Pero Vela *disert n.* 70. defiende, que habiendo duda primero ha de c derarse consignativo que reservativo, y antes redir que irredimible; fundado en que el consignativo rec ble es el mas frecuente y ligero para el deudor: lo no nos parece mal por ser siempre mas favorables las tes del reo que las del actor (1).

13 Falta explicar el censo que se llama consignati porque se consigna ó impone sobre bienes del que lo be, quedando este con el dominio directo y útil de dic bienes, y alguna vez sobre su misma persona: lo qu puede ó no hacerse disputan fuertemente los Autores nosotros lo examinamos mas abajo. Seremos mas larg en la explicacion de este censo por las muchas circunstar cias que envuelve y varias ocurrencias que suelen aconte cer y deben examinarse. Lo regular es constituirse pc cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y enton ces su constitucion es verdadera venta. Pero puede cons tituirse por otros títulos, como permuta, donacion, com pensacion de tributos, obsequios ú obras, ó por última voluntad, y segun el título toma su naturaleza. Nosotros hablaremos del constituido por contrato de venta como á mas frecuente, y porque con su explicacion se entenderá con facilidad lo que deba decirse de los constituidos por otros títulos.

14 Con este respecto definimos al censo consignativo que aprueban nuestras leyes y varias constituciones Pontificias como luego veremos, diciendo ser: *Compra por la cual dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raices de otro, merca el derecho de cobrar cierta pension anua del dueño de dichos bienes que lo queda, como lo era antes.* Decimos *dando algun cierto precio*, porque el censo no se perficiona por sola la convencion como las demas compras, sino que desea numeracion del precio verdadera ó fingida, como prueba Vela *disert.* 34.

(1) L. favorabiliores 125. de div. reg.

n. 37. En el censo vitalicio exige la *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que la numeracion ó paga del dinero sea real, y lo nota el mismo Vela *disert.* 36. *desde el n.* 37. Segun la definicion se compra el derecho de cobrar ó exigir la pension, y no la pension misma, como prueba Covar. *d. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 2. y Avend. *d. trat. de censib. cap.* 37. *n.* 20. y por eso no puede objetarse que se dan dineros por dineros: aunque algunas veces, hablando impropiamente, se dice comprarse los réditos ó las pensiones.

15 Se divide el censo por razon de la cosa que se paga en pecuniario, cuya pension se ha de pagar en dinero; y en fructuario que se puede pagar en frutos, trigo, vino, aceite ú otros; pero en nuestra España prohibe la *ley* 3. *d. tit.* 15. expresamente, que se pueda constituir con pension que no sea dinero: de lo cual trataremos luego exprofeso. En razon del tiempo puede constituirse de manera que la pension se pague por años, cada mes, ó á otros tiempos señalados. Y por razon de la duracion en perpetuo y temporal, cuyas especies se subdividen á saber, el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, y en redimible que se constituye con el pacto de *retrovendendo*, y llamamos *al quitar*; y hablando con propiedad se dice tambien perpetuo por no acabarse con el tiempo, como prueban Vela *disert.* 33. *n.* 51. y Cencio *de censib. quæst.* 2. bien que en la *ley* 5. *d. tit.* 15. se opone al perpetuo, lo que suelen hacer tambien nuestros Autores.

16 Y el temporal puede constituirse ó para número cierto de años, como 20, 30 ó 40 ó para incierto, mientras viviere el comprador, el vendedor ó algun otro, y entonces se llama *vitalicio*: el cual es tan extraordinario y anómalo, que si se le examina por las reglas de los demas censos parece no serlo. Pues por él, enagenando para siempre el precio ó capital sin esperanza de recobrarle jamas, compramos el derecho de exigir la pension anua sin respecto á cosa alguna, ni á industria, ni á obras del que la ha de pagar, sí solo de la vida de aquel para la cual fue constituido: acabada la cual se acaba él tambien, y no de

otra manera; de suerte que pende de ella en el constituirse y en el conservarse. Todas estas cosas, y el ser menor su precio ó mayor su pension, que es lo mismo, contribuyen á que sea lícito, por ser incierto el tiempo de la muerte, Salgad, *in labyrint. part.* 1. *cap.* 20. Covarrubias *d. cap. 7. n.* 3. Felic. *lib.* 1. *cap. 7. n.* 19. Vela *disert.* 35. *n.* 57. y mas latamente en la *disert.* 36. *n.* 42. Estas divisiones tienen todas lugar tambien en el censo reservativo. Molin. en *d. trat. disp.* 383. hasta la 389 examina todas las especies del censo consignativo con la solidez y hermosura que acostumbra.

17 El mismo Molina en *d. disp.* 383. añade otra division en real y personal, llamando personal á aquel que solamente se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras sin que haya cosa alguna obligada. Pero opinando que no puede haber censo personal; la desechan muchos Autores, á quien citan y siguen Faria ad Covarrubias 3. *var cap. 7. n.* 27. Vela *disert.* 35. *nn.* 27. 102. *y cinco siguientes.* Avend. *de censib. cap.* 58 en donde trata muy latamente esta cuestion, y responde á 16 objeciones de Feliciano, Covar. y otros que son de la opinion contraria. Tambien nos parece mejor la sentencia de los que reprueban la division; y el propio Molina no está lejos de pensar asi, puesto que dice en la *disp.* 387. ser muy dificil de poderse sostener el censo personal. Ni vale decir con los Addentes á la Biblioteca de Ferraris en la voz *Census*, y Martinez en la *Libreria de Jueces, tomo 7. lib. 5. tit.* 15. *n.* 220. estar en el dia aprobado el censo personal por la *cédula de* 10 *de Julio de* 1764 *que es la ley* 23. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* publicada á representacion de los cinco Gremios mayores de Madrid. Porque en ella solamente se aprueban los contratos, en los cuales algunos, principalmente las viudas y otros destituidos de propia industria, les entregaban dinero para el comercio á razon de tres ó dos y medio por ciento; y estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, en cuya virtud se parten de tal modo la ganancia los contra-

yentes, que contentándose los que pusieron su dinero con una porcion segura, pero muy inferior á la de una ganancia regular pertenezca la restante á los Gremios. Pero debemos advertir que esta reprobacion del censo personal se entiende exceptuado el vitalicio, segun dijimos en el *n. antecedente.*

18 Asimismo debe advertirse que tenemos ciertos censos conocidos con el nombre de *Juros*, y consisten en rentas que el Rey concedió á alguno en compensacion ó remuneracion de sus servicios ó méritos, ó por cierto precio sobre salinas ú otros derechos. Cuyas concesiones son otras tantas constituciones de censo consignativo. Y de ahí es, que cuanto se ha establecido de los censos tiene lugar en los Juros, *nota 1. y 2. tit. 15. lib. 10. de la Nov. Rec.*, con sola la diferencia que de su venta no se paga alcabala, como de las de los otros censos, como todo lo prueba Larrea *alegat. 23.* Y aunque cuanto llevamos dicho es cierto y bastante claro, con todo, por no haberse expresado los Juros en la *ley 8. de d. tit. 15.* que en el año 1705 aumentó el precio ó disminuyó la pension en los censos consignativos al quitar, como luego veremos, segun lo habian expresado las citadas leyes anteriores que tuvieron el mismo objeto; no se observa en los Juros la baja de pension establecida en *d. l. 8.* y fue menester que en el año 1727 se mandara observar tambien en ellos, por la razon de que eran censos, *ley 4. tit. 14. lib. 10. de la Nov. Rec.* alli: *Y arreglada su constitucion, y la paga á los censos por serlo.*

19 Tres son las cosas que deben atenderse en este censo consignativo, el precio porque se compra ó constituye al que solemos llamar *capital*; la pension ó rédito que se paga; y la cosa en que se consigna ó constituye. En el precio estableció el famoso *Motu propio del Papa Pio V. de creand. censib.* publicado en el año 1569 entre otras cosas, que hubiese de consistir en dinero efectivo: por lo cual en los lugares en que está en observancia, no se puede dudar de ello. Pero no estando recibido en nuestra Es-

paña, segun la *ley 7. d. tit.* 15. hay lugar á la cuestion de si debe ó no consistir en dinero, la cual tiene por una y otra parte muchos defensores. Avend. en *d. tract. cap.* 37. se esfuerza en probar con muchos argumentos la opinion negativa. Nos parece sin embargo mas fundada la afirmativa, porque cierra la entrada á las fraudes que son frecuentísimas en este contrato; y porque estableciéndolo expresamente asi por la misma razon en el censo vitalicio, la *ley 6. d. tit.* 15. nos da motivo para creer que nuestros Legisladores han tenido la intencion de alejar de todos los censos las fraudes, y que la expresion que de ellos hicieron en *d. l.* 6. se extendiese y sirviese para los demas. Y por otra parte no satisface Avend. debidamente los argumentos que se propone á favor de nuestra opinion. A lo que añadimos el dicho de Feliciano *lib.* 1. *de censib. cap.* 4. *n.* 10. de que cada dia declara el Supremo Real Consejo, que se rescindan (esto es, que son nulos) los censos constituidos por precio que no sea dinero. De esta regla claro es que deben exceptuarse los Juros de que acabamos de hablar. Ni en ellos puede haber fraudes. Y advertimos no ser necesario que la tradicion del precio sea real: bastará la fingida. Podrá pues por la ficcion que llaman *brevis manus*, constituirse censo, estableciendo el precio en deuda de dinero cierta y líquida, á cuya paga podia ser estrechado el deudor, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 38. haciendo ver ser esto útil al mismo deudor. En los censos que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio; bien que si se alarga la cuerda, tambien se puede acomodar la fingida: lo cierto es que se le debe considerar tenerle para los casos de redencion ó enagenacion de la cosa censida.

20 Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que su cantidad corresponda á la de la pension, teniendo con ella una justa proporcion. Esta se varía por las circunstancias de lugar y tiempo, como enseñan Covarrubias 3. *var. cap.* 9. y Avend. *cap.* 32. En España fue tasada en los censos al quitar el año 1563 á razon de 14

por 1. *l.* 3. *nota* 1. *d. tit.* 15., y despues en el de 1608 á 20 por 1. *l.* 13. *nota* 2. *del mismo tit.*; y últimamente en el de 1705 para los Reinos de Castilla y Leon, y en el de 1750 para los de la Corona de Aragon á 33 con un tercio por 1, ó como solemos decir, á 100 por 3, *ll.* 8. *y* 9. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Cuyas tasas deben tambien observarse en los censos mas viejos que *dichas leyes*, como se previene en *ellas*, y en la *nota* 2. *tit.* 15., en las cuales se impone la pena de perdimiento de oficio á los escribanos que autoricen escrituras con pension mas alta. En el censo vitalicio fué tambien tasado el precio en el año de 1583, *l.* 6. *del mismo tit.*, y despues en el de 1608, *l.* 13. *y nota* 2. *del mismo.* En la primera tasa á razon de 7 por uno, cuando se constituia para la vida de uno solo; y de 8 por 1 en los que habian sido cargados para dos vidas, prohibiéndose, que en lo sucesivo no se pudiesen cargar por mas de una vida. Y la segunda, la tasa que era de 7 se aumentó á 10 y la de 8 á 12. En *dd. leyes* se expresan las tasas de tantos al millar; pero nos ha parecido acomodarnos en la explicacion al modo regular con que hablan las gentes, y sale la misma cuenta.

21 Del precio del censo irredimible no tenemos tasa señalada, y está tambien sujeto á variaciones por la diversidad de tiempo y lugares. Y en atencion á ser mas pesado para el censuario que le debe, que el otro al quitar, por no tener en él la facultad de redimirle, que tiene en este, y se considera parte del precio, como los demas pactos que favorecen al vendedor (1): todos confiesan deber ser mayor su precio que el de los censos al quitar. Covar. 3. *var. cap.* 10. *n.* 1. dice, que este aumento no se debe hacer temeraria é inconsideradamente, sino por el dictámen de varon bueno, y justo moderador. Y de lo que alli mismo trae, y Molin. *d. tract. de just. et jur. disp.* 385. *vers. Secundum*, parece ser justo que este precio debe ser mayor en la tercera parte, que el del censo

(1) L. 79. de contr. empt.

al quitar. Y añade Molin. que no debe reprobarse con facilidad en algun lugar lo que esté recibido por el uso, y del mismo sentir es Covar. 3. *var. cap.* 9. *n.* 5. vers. *Ex quibus*, diciendo, que para la justa estimacion de estos censos, se ha de observar la costumbre de la Provincia, y la comun estimacion de los hombres; que suele definir el justo precio de las cosas (1). En este Reino de Valencia el precio de estos censos, que llamamos *muertos*, es al doble mayor del que tenian los de al quitar, antes de los años 1705 y 1750, en que se aumentó, esto es, á razon de 100 por 2 y medio, Bas *in theat. Jurisp. cap.* 30. *n.* 52.

22 Nota asimismo muy bien Molin. en el *lugar citado*, que debe ser mucho mayor el precio en el censo enfitéutico que en los otros; porque ademas de conservar el dominio directo de la cosa el que le concedió, le pertenecen el luismo y demas derechos considerables enfitéuticos. Y no es inútil esta advertencia, porque si bien es verdad, que en la constitucion regular y ordinaria de este censo cuando uno concede una cosa suya en enfiteusis, no se hace mencion de precio, se debe tener consideracion de él, regulando lo que valgan los derechos del señor directo, cuando se venda la cosa enfitéutica; porque este valor se baja del que tiene la cosa, y solamente de lo restante se paga el luismo. Bas *d. cap.* 30. *n.* 141. En este Reino de Valencia se observa que sea á razon de 100 por dos y medio; de suerte que es el mismo que el del consignativo irredimible ó muerto: al que solemos llamar *doble capital*, y en idioma Valenciano *doble march*, por ser doblado que el de los censos al quitar, antes del último aumento.

23 Y por cuanto de los que acabamos de decir aparece claramente, que debe ser al doble mayor que el de los redimibles, y mucho mayor que el de los irredimibles, exigian la justicia y equidad, que aumentando el precio de los redimibles á razon de 100 por 3, se aumentará el del enfitéutico á 200 por 3. Y con efecto

(1) L. 63. ad. Leg. Falc.

asi está regulado, por lo tocante á casas, y arcas ó solares de Madrid, en el *auto acordado del año de* 1770 *l.* 12. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* en el cual se permite tambien al enfiteuta la facultad de redimir estos censos al referido respecto de 200 por 3. Y por *cédula de* 6 *de Noviembre de* 1799, *que és la ley* 21. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se permite la redencion en Vales de todo censo perpetuo, al quitar ó enfitéutico, para disminuir su circulacion. Y últimamente en el *n.* 5. *del Reglamento insertado en otra cédula de* 17 *de Abril del corriente año* 1801, *que es la ley* 22. *d. tit.* relativa á la *pragmática sancion* expedida en 30 de Agosto de 1800 para la redencion de Vales Reales, se permite redimir con dichos Vales los cánones enfitéuticos impuestos sobre las casas de las ciudades del Reino, pagando un capital doble por el cánon, regulado á razon de 33 y un tercio por millar, esto es, 3 por 100, y por derecho de laudemio la cantidad que á un 3 por 100 reditúe en 25 años una cincuentena del valor de la casa, rebajado el importe de las cargas á que esté sujeta. Y en el *n.* 6. se previene, que en los censos al quitar se proceda á la redencion á razon de 3 por 100, y al doble en los prepetuos; y lo mismo respecto de 3 por 100 en cualquiera tributo que no tenga capital señalado, y en el *n.* 2. se concede tambien que puedan redimir sus cargas al propio respecto de 100 por 3 los poseedores de fincas afectas á carga de aniversario; capellanía, misa, festividad, limosna, dote y cualquiera prestacion anua.

24 En cuanto á la pension ó rédito del censo al quitar estableció la *ley* 3. *d. tit.* 15. en el año 1534, que se hubiese de pagar en dinero efectivo. Y porque en Galicia y otras Provincias referidas en la *la ley* 5. *del mismo tit.* que es del año 1573 se constituian en fraude de *d. l.* 3. muchos censos, bajo el nombre de perpetuos é irredimibles, con la expresion de pagar el rédito en trigo, vino, aceite ú otros frutos, se mandó en la *misma ley* 5. que todos estos censos que se hubieren fundado y

fundaren desde dicho año 1534, se consideren redimibles, y en todo se juzgue de ellos por las leyes que hablan de los redimibles; y de consiguiente estan sujetos á la decision de *d. l.* 3. Y aunque ella solo habla de los censos al quitar, nos parece muy bien la opinion de Acevedo en su comentario, de que debe extenderse su doctrina á los irredimibles, porque los perjuicios y fraudes que intenta evitar, son mas graves en estos. *Esta ley*, que tambien reguló los censos mas antiguos que ella, no se puede negar, que es muy útil á la República. Pero sin embargo la *ley* 9. *d. tit.* 15. publicada en el año 1750, de la que hemos hablado al *n.* 20., permitió la costumbre de pagar las pensiones en frutos, alli: *Que en donde estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos, se regule la paga de éstos por reduccion de la Real pragmática* (entiende la ley antecedente *penult. del mismo tit.*, que redujo la pension del 5. al 3 por 100) *sin exceso alguno.* La cual indulgencia ha dejado lugar á la cuestion, de si la reduccion establecida en *dd. ll. pen. y ult.* se ha de hacer con respecto á la cantidad de frutos, de modo que pague 3 medidas el que antes pagaba 5, ó se ha de atender tambien al precio, que ha tenido mucho aumento en los años posteriores. Cuya decision pende en el Supremo Real Consejo, á instancia de las Iglesias de *Benasal, Adzaneta*, y otros Pueblos del territorio de *Morella* en este Reino de Valencia. Y posteriormente habiendo acudido al Supremo Consejo de Castilla Melchor Bellés, del Lugar de Culla, y otros del mismo, y algunos circunvecinos, deudores de censos de dicho territorio, pidiendo la regulacion de pensiones, remitió aquel Supremo Tribunal la pretension á la Audiencia de este Reino, para que arreglase las pagas de pensiones al 3 por 100, la cual, seguida causa entre los interesados, declaró por sentencia de revista en 7 de Julio de 1794, por la Escribanía de Cámara de Don Antonio Aparisi: Que el pago debia hacerse á razon de 3 por 100 en dinero, ó

trigo, segun el valor y precio que tuviese este en cada un año, en los respective Pueblos de los deudores. En la sentencia de vista se dijo deber atenderse en esto el dia 15 de Agosto, y asi se observa.

25 Explicado lo perteneciente al precio y á la pension, pasamos á examinar las dificultades que ocurren acerca de la cosa en que está consignado el censo, que son harto considerables. Feliciano *de censib. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 5. Covar. 3. *var. cap.* 7. *desde el n.* 5. con otros muchos que refiere Avend. *cap.* 23. *n.* 9. juzgan, que la cosa censida tiene la calidad de hipoteca, y añade el mismo Covar., que esta hipoteca no sigue en todo las reglas de las demas hipotecas; porque en primer lugar el comprador del censo puede reconvenir al pago de las pensiones al que compró la cosa censida, saltando al que la enagenó despues de haber consignado en ella el censo, y por otra parte, si el censo hubiere sido colocado, por ejemplo, en tres campos que perteneciesen á tres diferentes poseedores, no pueden ser reconvenidos los tres por el todo, sino cada uno por su parte: las cuales dos cosas se observan al contrario en las hipotecas regulares, porque la accion hipotecaria no puede intentarse contra los poseedores, sin hacer antes excusion de los bienes del deudor que contrajo, *l.* 14. *tit.* 13. *P.* 5. (1), y no se divide por el número de los poseedores por ser individua. Pero confiesa el mismo Covar., que en esto último está en contrario la práctica, apoyada, al parecer, en que siendo hipotecaria esta accion, debe ser individua, y descuidando de su irregularidad.

26 Pero Molin. en *d. trat. de just. et jur. disp.* 383. Avend. en *d. cap.* 23. *n.* 10. citando á muchos, y latísimamente Vela, *disert.* 34. *y* 35. defienden, que la constitucion de censo se debe considerar á la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado. Cuya sentencia nos parece mas verdadera y justa; y se

(1) Authen. Hoc si debitor. C. de pignor.

acomodan á ella los efectos que observamos en la práctica: confesamos sin embargo, que en el uso general de hablar se la llama hipoteca; y no tenemos reparo de conformarnos con él, si se le añade el adjetivo *irregular* ó *anómalo*. Los efectos consiguientes de esta opinion son: I. Que aquel que impuso el censo sobre cosa suya, solamente está tenido á la paga de las pensiones en cuanto la posee, ó esté obligado á la eviccion; por lo que la accion para exigir las pensiones, es de aquellas que los Romanos llamaron *in rem scriptæ*, que siempre se dirigen contra el poseedor (1), Vela, *disert.* 14. *nn.* 38, *y* 56. y en la *diser.* 34. *n.* 54. Y de ahí viene, que enagenada la cosa, se reconviene al poseedor, que no contrajo con el acreedor, sin que pueda valerse del beneficio del orden ó excusion: pues segun veremos mas abajo, no hay otro deudor.

27 II. Que el poseedor de la cosa está obligado á pagar no solamente las pensiones del tiempo en que posee, sino tambien las anteriores que se deban. No hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga, pero lo dijeron las Romanas de los vectigales ó tributos reales, con la buena razon que se acomoda á los censos, de ser los predios, y no las personas los obligados (2); añadiendo que si el comprador de la cosa ignoraba deberse pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molin. explicando latamente este asunto en *d. trat.* 2. *de just. et jur. disput.* 534. *vers. últ.* dice, que las pensiones anteriores á la enagenacion de la cosa, se pueden exigir indiferentemente, ó del actual poseedor, que como tal las debe, como hemos visto, ó del anterior, que aun las debe por razon del tiempo pasado, en que como poseedor que entonces era, percibiendo sus frutos, las adeudó; y que si las pagó el último tiene recurso para recobrar del primero las correspondientes á los años en que poseyó: lo que nos parece cuadrar muy bien á la equidad y naturaleza del censo.

28 III. Que pereciendo la cosa censida, perece tam-

(1) L. 9. §. fin. quod met. can. (2) L. 7. de publican. et vectigal.

bien el censo, á la manera que pereciendo el predio sirviente, perece la servidumbre, como latamente lo prueban Avend en el *cap.* 60, y Leotar. *de usur. quæst.* 57. en donde tambien trata cuando vuelve á nacer. Este efecto es muy conforme á la naturaleza del censo, si se examina atentamente; porque como dice sutil y sólidamente Molin. en *d. tract. disp.* 385. *vers. Contrarium*, el censo no es otra cosa que venta pro indiviso de parte del derecho en la cosa que está consignado; y pereciendo la cosa no puede dejar de perecer el derecho que habia en ella. Fuera de esto, como considera muy bien Vela en *la disert. 35. desde el n.* 21., seria casi ninguno el peligro del comprador del censo, si pereciendo la cosa sobre la cual y sus réditos compró el derecho de exigir la pension, estuviese todavía el vendedor obligado á pagarla: lo cual á mas de ser contra las reglas del contrato de compra y venta, seria iniquidad, porque le es bastante al pobre vendedor del censo, el sentir la pérdida en haber perecido la cosa, sin quedar obligado á la paga de pensiones; pues de otra suerte sentiria por un mismo respecto dos gravámenes, y contra el humano axioma se añadiria afliccion al afligido. Y tambien, porque si el comprador del censo no sintiera el peligro de perecer la cosa, poco ó nada distaria del que dió mútuo con usuras, que tiene segura en todo evento la cantidad que dió. Por cuyas solidísimas razones movidos Vela en la *disert.* 33. *n.* 51. y Cencio *de censib. quæt.* 54. creyeron ser cosa inícua é ilícita, que el censo se constituyera generalmente sobre todos los bienes del vendedor, porque rarísimamente podria suceder, que alcanzare al comprador el peligro de la extincion de su derecho, llorándolo siempre amargamente el pobre vendedor. Todavía avanzamos mas hasta decir, que si la cosa ó cosas en que se impone el censo fuese tan pingüe que produjera frutos muy excesivos para pagar la pension, se debia corregir el exceso por el arbitrio del Juez, para no caer en el mismo absurdo, y que se guarde la igualdad que corresponde entre los contrayentes.

29 En consecuencia de lo que acabamos de decir, nos parece verdadera la opinion de Avend. en el *cap.* 59. Sarmiento, *lib. 7. selec. cap.* 1. *n.* 28., y otros que juzgan, que en la constitucion del censo no se contrae obligacion alguna personal, por la cual el vendedor ó sus herederos que no poseen la cosa censida, ó la quieren dejar, puedan ser compelidos á pagar las pensiones, aunque se hubiese pactado asi; pues todavía deberia considerarse inútil, y por no puesta la obligacion personal, si no es que dijera respecto al caso en que tuviese lugar la eviccion, para el cual, y no para otro podria sostenerse. Y en verdad recomiendan á esta opinion la equidad é igualdad que debe guardarse en todos los contratos, y es muy conforme á ella la naturaleza del contrato de compra y venta, á la que se refiere la constitucion del censo; porque el que compra alguna cosa solamente adquiere derecho en ella, sin tener regreso contra la persona, sino en el caso de eviccion. ¿Por qué pues ha de concederse mas favor é indulgencia á los compradores de censos? ¿Por qué á la compra del censo odiosa, y no muy distante de las usuras, se le ha de dar un fruto mas pingüe que á las compras de las demas cosas tan útiles y aun necesarias á los hombres?

30 Turba sin embargo algo esta doctrina la *ley* 9. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. del año* 1750, de la que hemos hecho mencion en el *n.* 20. contando tres especies de censos consignativos al quitar, alli: *Reales*, *personales* ó *mixtos*, por cuyas palabras parece aprobar no solo censos en que accede obligacion personal, sino tambien los colocados en la sola persona, significando á aquellos por la palabra *mixtos*, y á estos por la *personales*. Pero no por esto debemos reprobar la sentencia de Avend. que niega estas dos especies en los *nn.* 58. *y* 59. Porque se responde, que el Legislador en *d. l. ult.* solo tuvo la intencion de reducir todos los censos al quitar á la razon de 100 por 3 sin extenderse á otro fin; y que atendiendo únicamente al que tenia, puso aquellas palabras, no

aprobando los censos mixtos y personales, sino para manifestar, que todos los censos al quitar de cualquiera calidad que fueren, debian estar sujetos á la reduccion que hacia, sin que sus dueños pudiesen pretender cosa en contrario, á título de que seria mixto ó personal: cuya pretension podia temerse, por ser muchos los Autores que la admiten. Y aunque la opinion de estos no es tan fundada como la nuestra, el tener tantos defensores ha sido probablemente la causa, que los Escribanos ordenen segun ellas las escrituras de cargamento que autorizan, siguiendo unos á otros como á ovejas: lo que no debe dar cuidado, por lo que dijimos en el *n.* 11. O tal vez la ambicion y poder de los compradores ha sido la causa de ponerse estas expresiones mas gravosas á los pobres, que justas; y esto ha dado asa al estilo.

31 Si cuando no perece toda la cosa censida, sino solamente una parte suya, perece tambien prorata el censo aun en el caso que la parte que queda, puede dar frutos bastantes para pagar toda la pension, es cuestion harto dificil. Molina *disp.* 391. *cláusula* 8. Vela *disert.* 33. *nn.* 37. *y* 38. Faria *in addit. ad Covar. 3. var. cap.* 7. *nn.* 35. *y* 36. citando á otros, defienden la opinion afirmativa, cuyos fundamentos son: I. Porque lo que se dice del todo en cuanto al todo, se dice de la parte en cuanto á la parte (1). II. Porque el censo está de tal modo extendido en la cosa, que todo está en toda ella, y parte en la parte. III. Porque asi está expreso en la *cláusula* 8. *del Motu propio de San Pio V.* cuyas palabras puestas en latin fácil de entender, como alli estan, son: *Postremo census in futurum creandos, re in totum, vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum, vel pro parte effecta volumus ad ratam perire.* A cuyo caso, y á otros declaratorios de derecho antiguo, no parece debe extenderse la suplicacion para no admitir este *Motu*, de que habla la *ley* 7. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* sino so-

(1) L. quæ de tota 76. de rei vind.

lamente á aquellos en que fuera del derecho comun establece alguna cosa nueva, como prueba Vela *disert.* 33. desde el *n.* 18. y mas latamente en las *disert.* 35. *y* 36.

32 Pero sin embargo de estos fundamentos, tenemos por mas probable la sentencia contraria defendida por Leotar. *de usur. de quæst.* 57. Cencio *quæst.* 100. que cita á otros, y á una *decision de la Rota ante el Cardenal Nellini, en* 30 *de Octubre de* 1602. Las razones de esta opinion son las siguientes: I. Por qué el censo está simplemente constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de sus partes: II. Por qué quedando el dominio de la cosa censida en el vendedor del censo cuando se constituye, sin pasar al del comprador que solo merca el derecho de exigir la pension, parece que la destruccion ha de pertenecer enteramente al vendedor, mientras le queda parte de que pueda sostener la paga de la pension: III. Por qué pudiéndose constituir de nuevo un censo del mismo valor en la parte que quedó salva, seria cosa irregular, que no permaneciese entero el ya constituido, siendo mas fácil la conservacion de una cosa, que su nueva constitucion.

33 IV. Por qué el censo no se considera terminativamente con respecto á la cosa censida, sino á sus frutos, es decir, no tiene por término ó fin la misma cosa sino sus frutos, de donde viene que se extingue aun permaneciendo la cosa, si se hace enteramente *infructífera* para siempre, como luego veremos: á lo cual es consiguiente, que si la parte queda produce frutos bastantes para la paga de la pension, de ninguna manera puede decirse extinguida la cosa en cuanto al censo, ni aun en cuanto á la parte que pereció. Cuyas razones, al paso que afianzan esta opinion, destruyen los dos primeros fundamentos de la contraria. Ni da tampoco pena el tercero sacado de la referida *cláusula* 8. *del Motu de San Pio V.* porque aquellas palabras: *volumus ad ratam perire* (queremos que perezca prorata) se deben entender del caso en que la parte que resta no puede producir los frutos suficientes para el pago de la pension, como las entendió la Rota en la *ci-*

tada decision, que es la primera de las mas antiguas que pone Cencio en su *tratado de censib.* Si el censo no se tomase por el derecho de exigir las pensiones como le tomamos aqui, sino por lo mismo que tributo como se toma alguna vez, segun dijimos en el *n.* 2. sí que deberia disminuirse su pago á proporcion de la parte de la cosa que pereciese (1). Advertimos últimamente en remate de esta cuestion, que si un censo fuere constituido con facultad Real sobre dos mayorazgos, y se le quitara al poseedor el uno, se le deberia bajar á proporcion el pago de la pension por las razones especiales que expresa Salgado *in Labyr. par.* 2. *cap.* 11. *n.* 13.

34 Queda que advertir en cuanto á las cosas en que han de consignarse los censos que deben ser fructíferas é inmuebles ó raices. Lo primero se evidencia en que comprándose en la constitucion del censo el derecho de exigir las pensiones ó réditos, si la cosa no los produjera, seria ridículo y usurario el contracto, Avend. *cap.* 53. Leotard. *quæst.* 56. Y es tambien cierto, que deben ser inmuebles, porque ademas de exigirlo asi las *Extravagantes de Martino V.* y *Calisto III.* que estan en el cuerpo del *derecho canónico* en el *tit. de empt. et vend.* entre las *extravagantes comunes*, se prueba de lo que dijimos, que el censo se considera á manera de servidumbre: la cual nunca se impone sobre cosas muebles, y tiene tracto sucesivo perpetuo, ó á lo menos que se considera de mucha duracion: por cuyas razones y otras lo prueba bien Cencio en la *cuestion* 29. y Avend. en los *capp.* 50. y 57. en donde cita á otros. Y advierte el mismo Cencio en *d. cuest.* 29. y Avend. en el *cap.* 52. que tambien deben entenderse por cosas inmuebles aquellos derechos incorporales, que natural é inseparablemente van adherentes á la tierra, como los de pacer, pescar, decimar ú otros semejantes. Y vemos tambien muchos impuestos sobre derechos que se consideran perpetuos, aunque no digan respecto á tierra, como

(1) L. 4. §. 1. de censib.

los propios de los Pueblos, y los derechos comunes de los oficios de los Artesanos.

35 Por cuanto en las constituciones de censos se suelen poner algunos pactos de los que puede dudarse si son válidos y deben observarse, nos ha parecido notar los mas frecuentes y considerables. Es el primero, no poderse enagenar la cosa censida, con la pena de que caiga en comiso si se enagena. II. Reservarse el comprador el derecho de tanteo ó prelacion, si la cosa se enagenare. De los dos trata latamente. Avend. en los *cap.* 85. *y* 86. para examinar bien este asunto, se ha de distinguir entre los censos que no tienen precio establecido por la ley, y los que le tienen, cuales son redimibles ó al quitar. En los primeros que solo le tienen natural por la estimacion prudente de los hombres, del cual como es cosa sabida, hay tres géneros, supremo, medio é ínfimo, se sostendrán los pactos si el censo se constituyere al precio supremo ó al medio; porque sin embargo de que son gravosos al vendedor, como luego veremos, no se le hace agravio, si queda el contrato dentro los límites del precio ínfimo, que tambien participa la razon de justo. Pero si fuere constituido al ínfimo, que ya no admite baja en la esfera de lo justo, deberá decirse lo mismo que vamos á decir de los que lo tienen tasado por la ley.

36 En estos, que segun dijimos en el *n.* 20. son los redimibles ó al quitar, y los vitalicios, juzga Avend. *dd. cap.* 85. *y* 86. que tambien son válidos, y deben observarse los expresados dos pactos, y lo mismo defiende del segundo Gutier. *lib.* 2. *prac. quæst.* 167. A nuestro dictámen, la contraria sentencia es la verdadera que sigue Leotard. *de usur. quæst.* 56. *nn.* 32. *y siguientes, y quæst.* 65. *n.* 5. y Olano *in concord. antimoniar. jur. litter. A nn.* 99. 107. 108. La razon de esta sentencia es tan clara y sólida, que no tiene resistencia si bien se considera. Consiste en que nuestros Reyes, mirando por los pobres, tasaron tan severamente los precios en las leyes que hemos citado al *n.* 20. que no quisieron que en manera alguna fuesen

menores ó mas gravosos á los vendedores, como claramente lo manifiestan ellas mismas. Y ninguno que examine con atencion el asunto, podrá negar que los referidos pactos, y cualesquiera otros que embarazan, de cualquier modo que sea, la libertad de enagenar, gravan á los vendedores del censo, poseedores de la cosa censida, y de consiguiente minoran el precio que recibieron: lo que estrechamente prohiben dichas leyes.

37 Ni satisface la solucion de los Autores de la otra opinion diciendo, que dichos pactos, y con especialidad el segundo del derecho de tanteo ó prelacion, no disminuye el precio por no ser gravoso al vendedor, respecto á que dándole el comprador que usa del tanteo el mismo precio, y con las mismas condiciones que le daba el otro comprador, en nada le perjudica. Porque esta respuesta es capciosa, á causa de que el perjuicio del vendedor tiene mas alta su raiz, á saber, que valiendo dicho pacto, no se encontraria con tanta facilidad quien quisiere comprar la cosa á su justo precio, por el rezelo que acudiria á quitársela el comprador con su derecho de tanteo, como es claro, y lo juzgó la Rota *ante el Cardenal Serafin, decis.* 1474. *n.* 1. *vers. Nec obstat*, citada por Leotard. en *d. n.* 32. y por ello se veria precisado á venderla mas barata. Y ademas no pudiéndose negar que dicho pacto es útil al comprador, que por *tal* le solicita, es preciso confesar que es gravoso al vendedor, por ser correlativo lo uno de lo otro. A que se añade, que estando constituidas *dichas leyes* en beneficio de los vendedores, se deben ampliar á favor suyo. Matienz. en la *ley* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glosa* 1. dice, que no debe tenerse consideracion de este pacto; porque mas debe atribuirse á la impericia de los Escribanos; que á la voluntad de las partes: lo juzgamos tambien asi; pero añadimos que no debe valer aunque conste haberse puesto por voluntad de los contrayentes. Ni tampoco nos embaraza la *cláusula 5. del Motu de San Pio V.* que aprueba este pacto; porque ademas de que no habla de los censos que tienen precio tasado por la ley, no está

recibido en España, como hemos manifestado al *n.* 19. Y en estos censos causarian mucho gravámen, que no estan precisados á admitir los Príncipes seculares, mayormente no exigiendo esta circunstancia la naturaleza del censo, que es un contrato secular, ni por ahí se causa perjuicio á las almas, como raciocina con su extraordinaria finura Molina en el *coment. de d. cláusula 5. tract. 2. de just. et jur. disp.* 390.

38 Decimos pues con relacion á lo que va expuesto, que todos los pactos que por ser gravosos al vendedor disminuyen el precio, se deben considerar no escritos, Faria ad Covar. *3. var. cap. 7. n.* 14. pero no harán nulo el contrato. Solo de un pacto se podria decir lo contrario de esto último á vista de una *ley, si no hubiese otra que lo impidiese.* Tal seria si en la constitucion del censo se convinieren expresamente los contrayentes, que el precio fuese menor que el tasado por las leyes. Si hubiéramos de atender únicamente á la *ley 6. tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* estariamos precisados á decir, que era nulo el contrato por estas sus palabras: *I. las ventas y contratos de los dichos censos que en otra manera y á menor precio se hicieren y otorgaren, sean en sí ningunos y de ningun valor y efecto.* Pero á pesar de lo claro y decisivo de estas palabras, las *ll.* 8. *y nota* 1ª *y* 2ª *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que hablan con mas extension de este asunto, nos precisan á decir, que no se viciaria todo el contrato, sino el aumento de la pension tan solamente, reformándose de modo que correspondiese á la tasa. Si por ejemplo pues te diere yo 100 para que cada año me pagaras 4 quedando válido el contrato, solo estarias obligado á pagarme 3. Porque *estas ll.* despues de referir las palabras de *d. l.* 8. añaden las siguientes: *I. que no se pueda en virtud de ellos pedir, ni cobrar en juicio, ni fuera de él, mas de á la dicha razon y respecto* (es la tasa). Por lo cual es visto, que *d.* l. 8. habló menos de lo que quiso, y que se debe ampliar por las otras. Se puede ver á Avendañ. que prueba latamente esta sentencia en el *cap.* 36. y Larrea en la *alegac.* 25. *n.* 8. citando á otros.

39 Veamos ahora los modos de extinguirse los censos: I. Se pierden ó acaban por perecer la cosa censida, de cuyo modo, por haberse ofrecido la ocasion, hemos hablado en el *n.* 28. II. Si la misma cosa se hubiese hecho en un todo y para siempre infructífera, como por ejemplo, si avanzando el mar cubriese de mucha arena el campo, como lo prueba Leotard. *de usur. quæst.* 57. La razon es la misma con que hemos fundado en el *n.* 34. deber ser fructíferas las cosas en que se imponen los censos. Y porque de la cosa que asi se ha hecho infructífera ó estéril, se debe juzgar como de la que ha perecido del todo, en cuanto al efecto de percibir frutos de ella. Pero por cuanto no está en la potestad del censuario hacer que se empeore la cosa, y de este modo perjudicar al dueño del censo, le podrá este obligar á que la cuide como los diligentes padres de familias, Leotard. *d. quæst.* 17. *n.* 6. Y si por su dolo ó culpa pereciese, ó se hiciese infructífera, aunque se extinguiria el censo por falta de cosa en que poder subsistir, podria el dueño repetir el precio, y lo que interesare; como lo prueba Leotard. en *d. quæst.* 57. *nn.* 56. *y* 57. y Cencio *de censib. quæst.* 101. y es conforme á lo dispuesto en el derecho sobre el dolo y culpa.

40 Porque puede dudarse algunas veces, si por la mudanza ó quebranto que ha padecido la cosa, debe considerarse que ha perecido, ó se ha vuelto infructífera del todo para siempre, y con este pretexto excusarse el deudor de la paga de las pensiones, somos de parecer, que si esto sucediere, tiene derecho el dueño del censo de precisarle á que pague las pensiones, ó haga demision de la cosa á su favor; porque de esta suerte se cortan con facilidad los pleitos, sin perjuicio de ninguno, y excluyen las fraudes que podian intentar los deudores. Y tambien, porque siendo el censo á manera de servidumbre, como dijimos en el *n.* 26. carga sobre toda la cosa, y todas sus partes, y permanece *in habitu*, como solemos decir en la cosa estéril y mudada, ó cualquiera de sus partes que

se conserve, como queda en el solar el derecho de hipoteca, quemada la casa (1): y en tanto se considera extinguido, en cuanto el acreedor no tiene derecho para exigir las pensiones, ni para obligar al deudor á que reedifique la casa. Y esto se observará, aunque el deudor se hubiese obligado á sufrir cualquier perjuicio, y á reedificar la casa, si no es que se hubiere compensado esta obligacion aumentando el precio en la tercera ó cuarta parte, ú otra sobre la tasa que deberia moderarse, segun el arbitrio del Juez, para que fuese correspondiente al aumento de obligacion que habia tomado sobre sí el deudor, Molin. *disp.* 389. *y* 391. Avend. *cap.* 60. *n.* 11. Vela *d.* 33. *desde el n.* 72. en donde trata latísimamente de la renuncia de los casos fortuitos, su fuerza y extension. Recordamos lo que hemos dicho de los pactos gravosos al deudor en los *nn.* 31. *y siguient.*

41 ¿Y qué diremos, si la casa que se habia arruinado enteramente, se reedificase de nuevo? La comun sentencia niega, que reviva el censo que extinguió, como sucede en el usufructo. Pero es mas verdadera la opinion contraria; porque quedando *in habitu*, como hemos probado, el censo en el solar no tanto debe considerarse extinguido, como suspendido y vuelto infructuoso, del mismo modo que si un campo que se creyó perpetuamente estéril é infructuoso, sin haber producido fruto alguno por muchos años, se hiciera de nuevo fructífero por alguna muy rara ocurrencia. Ni hace fuerza el ejemplo en contrario del usufructo; porque este derecho personal es muy delicado, y se pierde con mucha facilidad, de suerte que el de un pinar se pierde con solo haber cortado los pinos, y haberse hecho tierra campa para sembrarla; lo que ninguno ha soñado decir en los censos. Mas por esta reviviscencia no tendrá derecho el acreedor de exigir las pensiones correspondientes á los años de la ruina; porque entonces no se adeudaron. De la práctica contraria se queja con razon Socueva en su *librito de los censos*, §. 4. *al fin*, diciendo

(1) L. 29. §. pen. de pignor.

ser la causa de haber en Sevilla tantos solares, y estar la ciudad afeada con ruinas. Será pues muy del caso para evitar pleitos, que el poseedor del solar afecto á censo, pacte con el dueño de este antes de reedificar.

42 El III. modo de extinguir los censos es la dimision, esto es, si el poseedor de la cosa censida la dimite ó desampara á favor del acreedor, como lo prueba Aved. en el *cap.* 110. *nn.* 6. *y* 12. La razon es en sustancia la misma que la del caso en que perece la cosa, á saber, que siendo el censo cargo á la manera de servidumbre, carga sobre sola la cosa, y la persona solamente está obligada en cuanto la posee; y de consiguiente debe serle permitido dejar la cosa, y libertarse con ello del censo, de la misma manera que el dueño del predio sirviente puede dejarle y quedar libre de la servidumbre. Por la misma razon dijo muy bien el Jurisconsulto Marciano (1), que debia ser oido el legatario, á quien el testador legó un campo, con la carga de dar á otro cierta cantidad y él quisiere no admitir el legado ó prestar el campo para no pagar el fideicomiso.

43 El IV. modo de extinguirse los censos es la prescripcion de 30 años, cuando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga por dicho término, con buena fe y sin interrupcion, como generalmente sin diferencia de poseedores lo defienden Gom. 2. *var. cap.* 11. *n.* 45. Carleval *de jud. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 20. Pero otros Doctores juzgan deberse distinguir, si el poseedor de la cosa es el mismo que impuso el censo ó algun sucesor suyo universal; ó es otro que la adquirió por título singular. Estos en el primer caso siguen la sentencia citada de Gomez y Carleval, dicen deber entenderse de este caso la *l.* 6. *nota* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (63. *de Toro*), que pone este término á las obligaciones con hipoteca ó mixtas. Y en el segundo se dividen en diferentes opiniones. Gutier. *lib.* 1. *pract. quæst.* 90. con otros muchos que cita

(1) L. 114. §. 4. de legat. et fideic. 1.

al *n.* 9. juzga, que el tercero que poseyere con buena fe y justo título la cosa como libre por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, consigue la libertad de la cosa, segun las *leyes* 39. *tit.* 13. *P.* 5. *y* 17. *tit.* 29. *P.* 3. que cree no estar corregidas por *d. l.* 6. lo que no nos place; porque ademas de ser generales las palabras de esta ley, allí: *La deuda se prescriba por* 30 *años*, sin que hagan mencion de diferencia de poseedores, no aparece razon alguna para decirse, que es correctoria de las *referidas* 39. *y* 27. *de la Partida* 3. en cuanto en ellas se requirian 40 años en el primer caso, como él mismo dice, y no lo es por la otra parte en que se contentaban con 10 en el segundo.

44 Ni tampoco nos parece bien la opinion de Avend. en el *cap.* 103. *n.* 7. de que el tercer poseedor no puede prescribir sino por tiempo inmemorial, ó de 40 años con título, fundado en que en la constitucion del censo se añade siempre el pacto de no enagenar la cosa, el cual como impeditivo de la traslacion del dominio resiste á la prescripcion. Cuya razon tiene muchas satisfacciones: I. Porque no se ha de dar tanta fuerza á este pacto, como prueba Gutier. *d. quæst.* 90. *n.* 9. II. Porque no tratamos de prescribir la cosa, sino el censo impuesto en ella, el cual sin enagenarse la cosa puede prescribirse por el mismo que le impuso, ó á lo menos por su heredero ó legatario, si tiene buena fe. III. Porque no siempre se pone dicho pacto. IV. Porque cuando se ponga, se debe considerar no puesto por ser gravoso al deudor; y no deber tener lugar en los censos los que son de esta clase, como latamente hemos probado en los *nn.* 36. *y siguientes.* Es verdad que en algunos de los irredimibles podria tenerle; pero son bastantes las otras razones para excluir esta opinion. Concluimos pues siguiendo la sentencia de Gom. y Carleval, que es muy conforme á la citada *ley* 6. que no haciendo diferencia entre poseedores y poseedores, establece la prescripcion de 30 años en las obligaciones mixtas, ó no meramente personales, cuya calidad ningu-

no ha negado jamas á la de censo. Queremos por último advertir aqui que en este Reino de Valencia está recibido y autorizado por innumerables sentencias de los tribunales, necesitarse cien años para prescribirse los censos, como enseña Bas *in Theat. jurisp. cap.* 12. *n.* 23. Pero no habiendo ahora razon alguna para decir que esta jurisprudencia no está corregida por *d. l.* 6. desde que en este Reino nos gobernamos por las leyes de Castilla, parece podrá decirse que tambien en él se deberán prescribir los censos por 30 años. Ni pesa mucho la razon que en *d. n.* 23. señala Bas.

45 Esta prescripcion que extingue el censo empieza á correr desde el tiempo en que se cesó del todo en las pagas de las pensiones, esto es, desde que el acreedor no las cobró de persona alguna, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 105. de suerte que aunque no haya pagado el poseedor de la cosa, no habrá prescripcion, ni aun empezada, si paga el que contrajo con el acreedor, ó algun otro en su nombre, Cencio *de censib. quæst.* 117. *nn.* 16. *y* 17. Si extinguido el censo por la prescripcion se entienden extinguidas todas las pensiones, asi del primer año en que se dejó de pagar como de los siguientes, ó sean necesarias para extinguirlas todas, tantas prescripciones como ellas son, de modo que cada pension necesite de su prescripcion, contadora desde que ella debió pagarse, es cuestion de mucha dificultad que trata con extension Avend. en el *cap.* 104. y juzga, que con la prescripcion del censo se extinguen todas las pensiones. Trae allí mismo la razon, y tambien Carleval *de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 20. á saber, que el censo es lo principal y las pensiones lo accesorio, y es bien sabido que destruido lo principal se pierde tambien lo accesorio. Inclinamos algo á esta opinion, pero confesando ser tambien muy probable la contraria, que defienden muchos que cita Ayllon *ad Gom.* 2. *var. cap.* 11. *n.* 45. La tratamos en nuestro *Apéndice.*

46 Y últimamente se extingue el censo por la reden-

cion, que es el modo mas sencillo y natural de todos, cuando el deudor restituye al acreedor el precio ó capital que este le habia dado al tiempo de su constitucion. Es pues permitido al deudor restituir cuando quiera el capital que recibió, y librarse del censo con esta restitucion. Y no está obligado á restituirlo todo de una vez: lo podrá hacer en partes, aun resistiéndolo el acreedor, como lo prueban bien, satisfaciendo los argumentos contrarios, Avend. *cap.* 107. Felician. *lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 16. *y tom.* 2. *cap.* 8. *n.* 12. Gutier. *lib.* 2. *pract. quæst.* 174. Vela *disert.* 34. *desde el n.* 48. citando muchas sentencias de las audiencias de Sevilla y Granada. La principal razon de estos Autores, es que las *Extravagantes* de *Martino V. y Calixto III.* que citamos arriba al *n.* 34. recibidas por todos en este asunto, y muy recomendables, como que fueron las primeras que dieron la forma á estos censos ó los aprobaron, establecen que la redencion se puede hacer en parte. Y como la palabra *parte*, puesta simplemente sin añadidura alguna, segun se lee en *dd. Extravagantes*, significa la mitad (1): y la facultad de redimir por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en asunto de pagas, de que no pueden hacerse por partes, resistiéndolo el acreedor, nos parece bien la opinion de Vela en *d. disert.* 34. *n.* 5. de no serle permitido al deudor redimir una parte que sea menor que la mitad.

47 Pero que tampoco nos desagrada la de Gutier. que en *d. quæst.* 174. quiere que la parte que se desee redimir debe ser mediana como la tercera, ú otra al arbitrio del Juez, atendida la cantidad del censo, y la de las personas; y que este en caso de duda debe ser mas propenso á admitir la redencion que á negarla, especialmente si el censo fuese ya viejo, porque estos censos son odiosos: sino es que fuese tan pequeña la parte, que su limitada redencion causara grave perjuicio al acree-

(1) L. 43. d. usufr. l. 164. §. 1. de verb. sign.

dor. Notan aqui los mismos Autores, que no valdria el pacto que prohibiese la redencion por partes, sino es que fuese compensado, por haberse dado en la constitucion del censo mayor precio que el tasado por la ley, dando la razon de que este pacto, por ser gravoso al deudor disminuye el precio, lo que prohiben severamente nuestras leyes, como hemos visto al *n.* 36. removiendo por ella todos los pactos gravosos en el *n.* 38. No debemos omitir aqui que la naturaleza del censo no permite que se conceda al acreedor facultad de poder obligar al deudor á que le redima; porque si esto sucediera, no seria censo sino mutuo, y las pensiones usurarias, como advierte bien Feliciano *d. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 18. y en otras partes.

48 Queremos hacer memoria aqui de un contrato muy semejante al del censo, y harto frecuente en este Reino de Valencia, que se llama debitorio, y es: *Compra en que el comprador, recibiendo la cosa que se le vende, se retiene el precio, obligándose á pagarlo á cierto tiempo, y entre tanto la pension que se establece, reservándose el vendedor el derecho de exigirla, en compensacion de los frutos de la cosa que entrega al comprador.* Covar. 3. *var. cap.* 4. refiere varios pactos semejantes á este, que en las compras suelen poner los contrayentes, y aprueba su justicia: porque la pension que exige el vendedor es en compensacion de la cosa que entregó, y por no carecer del precio y de los frutos, aprovechándose de uno y otro el comprador (1). Los autores de este Reino que han examinado con cuidado este contrato, Leon *decis.* 48. Bas *in Theat. jurispr. cap.* 12. *n.* 18. *y siguientes* dicen unánimes que no es censo; porque recibiendo el acreedor que vendió la cosa las pensiones, con solo el respeto á sus frutos, y por no carecer de ellos, y al mismo tiempo de las utilidades del precio que no recibió, es consiguiente ser tan personal la obligacion de pa-

(1) L. 5. C. de act. empt. et vend.

garlas el comprador, que ni se radica en cosa alguna, ni dice respecto á industria ú obras de la persona, en cuyos términos todos confiesan no haber censo alguno, á excepcion del vitalicio. Y tal vez por este motivo no ha tenido lugar hasta ahora en los debitorios el aumento de precio ó baja de pension á razon de 3. por 100. de que hemos hablado en el *n.* 20. segun la real resolucion del año 1762, en la cual el Rey, á súplica de las *Villas de Castellon de la Plana y Villareal*, y otras, y á consulta del Supremo Real Consejo manda, que los debitorios permanezcan en el mismo estado que tenian antes del año 1750 en que se hizo la baja de la pension en este Reino y demas de la Corona de Aragon; reservando á los deudores el derecho de pedir ante el mismo Consejo la baja de la pension en juicio de propiedad; de suerte que dicha Real resolucion solo dice respecto á la posesion.

49 Aunque mirada la cosa con delicadez, los debitorios no son censos, hemos de confesar que hacen sus veces, por lo menos en la intencion de los que venden sus cosas á su tenor; porque solo piensan en sacar renta á razon de 5 por 100 segun la daban los censos antes de la baja del citado año 1750. Y esto mismo sucede en las ventas que se hacen con el pacto dicho *de retrovendendo, ó á carta de gracia*, como solemos llamarlas, y hemos explicado en el *tit.* 11. *n.* 26. Es lo regular en ellas buscar el vendedor una persona extraña que haga el papel de arrendatario, y el mismo vendedor se constituye su fiador, y en su consecuencia se queda cultivando el campo y percibiendo sus frutos, como si no le hubiese enagenado, á la sombra del simulado arrendamiento; y cuidando solamente el comprador de sacar el 5 por 100 del dinero que dió en precio: lo que da mucho motivo á innumerables pleitos y perjuicios; porque ignorando casi todas estas ventas, á causa de querer tenerlas en oculto los que las hacen, sucede con alguna frecuencia que estos mismos vendedores vendan á otro las cosas como si todavía fuesen suyas. Lloramos, que

esto suceda tambien en varias ventas que se hacen á Comunidades eclesiásticas; y aun mas que en algunas se observa obligar al vendedor á que haya de pagar el Real derecho de equivalente que adeudan las cosas asi vendidas. Hay falta del remedio que hemos expresado en *d. n.* 26.

50 Para obviar estos inconvenientes y fraudes que tambien se observan en las constituciones de censos, se han establecido varias leyes en el año 1539 la *l.* 1. *tit.* 16. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* en el de 1713 *la ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 10. *Nov. Rec.* y últimamente en el de 1768 la *l.* 3. *d. tit.* 16. que confirma las dos anteriores, y da un remedio mas completo, que contiene lo siguiente: I. Que en todas las Cabezas de Partido se establezca un *Oficio de Hipotecas*, para cuyo gobierno sea obligacion del Escribano de ayuntamiento tener un libro en que tenga registro separado de cada uno de los Pueblos del distrito, y en ellos tomar razon de todas las Escrituras, con la expresion de su fecha, nombres y vecindad de los otorgantes, y de la calidad del contrato, obligacion ó fundacion, diciendo si es de imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se exprese en el instrumento: con la prevencion, que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden admitir gravámen ó constituir hipoteca. II. Que todos los Escribanos que autorizaren escrituras de las que habla *esta ley*, esten obligados á hacer en ellas la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la misma Cabeza de Partido; y dentro de un mes si fuere en otro el Pueblo del partido. III. Que no cumpliéndose con el registro y toma de razon, no hagan fe las escrituras en jui-

cio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en la escritura, cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces ó Ministros que contravengan incurran en las penas de privacion de oficio y de daños, con el cuatrotanto que previene *la citada ley* 2. Y que bajo la misma pena tengan obligacion los Escribanos de prevenir esta formalidad en todas las escrituras que recibieren. IV. Que por lo tocante á los instrumentos anteriores á *esta ley*, cumplirán las partes con registrarlos antes de presentarlos en juicio: bien entendido, que sin preceder esta circunstancia no podrá juzgarse por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto de perseguir las hipotecas: ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo las mismas penas; aunque hagan fe para otros efectos diversos. V. Que si alguno llevare á registrar instrumentos de redencion de censos, ó liberacion de la hipoteca ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros, se busque y ponga nota al márgen ó continuacion de estar redimida; y si no se halla, ó hallándose quiere la parte, se tome razon de la redencion del mismo modo que de la imposicion. Por no ser tan largos omitimos otras circunstancias menores, que puede ver en *d. ley* el que quisiere saberlas todas.

51 El fin de las leyes que acabamos de notar es, segun en las mismas se explica, para que puedan llegar á noticia de todos las cargas de las cosas, y evitarse de este modo la ocasion de engañar á los compradores causándoles embarazos y perjuicios. Y por el mismo motivo se establece en la *ley* 2. *de d. tit.* 19. que si el dueño de la cosa sujeta á censo ó tributo impusiese sobre ella otro censo ó tributo, tenga obligacion de manifestar y declarar los censos ó tributos que hasta entonces tuviere cargados sobre dichas cosas, so pena que si asi no lo hiciere, pague con el dos tanto la cuantía que recibiere por el censo que asi vendiere y cargare de nuevo á la persona á quien vendiere dicho censo.

52 Si el dueño de la cosa censida ú obligada á algun cargo la vendiese como libre, tendrá el derecho el comprador de precisarle á que la liberte de la carga; y si no hubiese dado precio podrá retenerle, pero no pedir que se deshaga la venta, porque toda vez que quede con la cosa libre, nada tiene de que poder quejarse, Molin. *d. tract. 2. disp. 394. vers. E contrario, et sep.* Gutier. *lib. 2. pract. quæst.* 169. en donde dice haberlo visto sentenciar asi en la Chancillería de Valladolid. Si el cargo fuese censo irredimible, del que el vendedor no tiene facultad para libertar la cosa censida, se ha de tomar otro camino. *La ley 63. tit. 5. P. 5.* concede derecho al comprador para que pueda deshacerse la venta y recobrar el precio que dió con los daños y menoscabos que haya tenido por esta razon, Gutier. *d. quæstion* 169. Gom. 2. *var. cap. 2. n.* 45. en donde dice con razon que atendida *esta ley*, es eleccion del comprador pedir la rescision de la venta, ó retener la cosa, y solicitar la satisfaccion de su interes por la accion *quanti minoris*, por aquellas palabras de la ley: *Puede el comprador desfacer la vendida.* En el dia ya puede redimirse por la *cédula del corriente año* 1801 que hemos notado al *núm.* 23.

TITULO XV.

DE LA COMPAÑIA Ó SOCIEDAD:

Y DEL MANDATO.

Titt. 10. 12. P. 5. (1).

1. 2. 3. *Qué sea compañía y sus especies.*
4. *Cómo se parte la ganancia ó la pérdida.*

(1) Titt. 26. et 27. lib. 3. Inst.

5. 6. *De las compañías en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.*
7. 8. 9. 10. *De los modos de acabarse la compañía.*
11. *Diligencia que deben prestar los compañeros, y su obligacion en resulta de culpa ó dolo, y efecto notable de la buena fe que debe observarse en este contrato.*
12. *Las resultas de la compañía alcanzan á los herederos.*
13. 14. *Qué sea mandato, y sus especies.*
15. *De la mutua obligacion entre mandante y mandatario.*
16. *Mandatos que no valen.*
17. *Modos de fenecer el mandato.*

1 El tercer contrato consensual es el de compañía ó sociedad, la cual es: *Ayuntamiento de dos ó mas hombres hecho con intencion de ganar algo.* Nace de ella grande utilidad cuando se hace entre hombres buenos y leales, que se socorren los unos á los otros como si fuesen hermanos. Y se puede hacer ayuntando los que la contraen su haber ó caudal, y á las veces poniendo el uno solamente su industria ó trabajo (1). Y se contrae por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros. *princ. y ley* 1. *tit.* 10. *P.* 5. Y la puede hacer cualquiera que no sea mentecato ó menor de 14 años, *d. l.* 1. Pero solo de cosas buenas y honestas, porque de malas que sean contra las buenas costumbres, no puede haber compañía, *l.* 2. *d. tit.* 10. (2).

2 Se puede contraer hasta cierto tiempo ó por toda la vida, *d. l.* 1, y de dos maneras. La una cuando la hacen de modo que todas las cosas que han los contrayentes cuando la hacen, y las que ganaren de allí en adelante sean comunes, y tambien la ganancia como la pérdida. La otra es cuando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño ú otra cosa semejante, *l.* 1.

(1) L. 7. pro soc. (2) L. 57. eod.

d. tit. 10. (1). El efecto de la primera es hacerse comunes todos los bienes que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que antes era del otro, *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3. que lo pone por otro de los ejemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en cualquiera manera que sea, aunque fuese peculio castrense ó cuasi castrense, con todas sus ganancias. Y de ahí es, que cada uno de los compañeros puede usar de estos bienes y hacer demanda sobre ellos. Pero si alguno tuviese señorío, jurisdiccion ó derecho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar ni usar de la jurisdiccion si señaladamente no les fuere otorgado del otro poderlo hacer, *l.* 6. *d. tit.* 10. cuyo poder le deberá otorgar, y lo que cobraron ó percibieron será comunalmente de todos, *d. l.* 47.

3 Esta *l.* 6. y la 3. solo ponen las dos especies de compañía que acabamos de referir al tenor de las Instituciones de Justiniano donde se hizo asi (2). Pero atendidas las *leyes 7. y 12.* del mismo *tit.* 10. debemos decir para mayor claridad de la materia, que la compañía que no es universal de todos los bienes de los contrayentes, se ha de subdividir en tres especies, á saber, ó para un solo negocio como se explica *d. l.* 6. ó simplemente sin expresar bienes sobre que se hace, segun la *l.* 7. *d. tit.* 10. ó sobre las ganancias que hicieren segun la 12 del mismo *tit.* En la primera de estas tres especies claro está que únicamente debe atenderse á las ganancias ó pérdidas en aquel negocio: las ganancias que por otro respecto hiciere otro de los compañeros no son comunes, sino propias del que las hizo. En la segunda se han de partir aquellas ganancias que provinieren de aquel menester ó mercadería que usaren, *d. l.* 7. de modo que solo pertenecen á ella las ganancias cuestuarias que salen de la industria ó trabajo, como advierte bien Gregor. Lop. en la *glos.* 1. *de d. l.* (3). En la tercera entran todas las ganancias, tomada lata-

(1) Princ. Inst. de societ. (2) Dict. princ. Inst. (3) L. 7. pro soc.

mente esta voz, de manera que comprenda todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante, *l.* 12. *d. tit.* 10. Es pues esta compañía media entre la universal de todos los bienes y la cuestuaria. En el derecho Romano no la hemos advertido.

4 En cuanto á las partes de ganancia y pérdida, se guardará lo que los contrayentes hayan expresado, como sea cosa guisada ó justa; y si nada expresaron deberán ser iguales. Si expresaren las de la ganancia y no las de pérdida, se partirán estas como se expresó en la ganancia, y al contrario, de modo que la expresion de una sirve para la otra, *l.* 3. *d. tit.* 10. (1). Y adviértase que la igualdad no ha de ser aritmética sino geométrica ó proporcional al caudal que cada uno ha puesto, es decir, que si el caudal de uno fueren 300 y el del otro 200 y la ganancia importare 10, tendrá 6 el de 300 y 4 el de 200, porque la misma equidad dicta que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros mas perito en la negociacion, ó poner mas trabajo ó aventurarse á mas peligros que los otros, se le señalare mas porcion de la ganancia, seria válida esta convencion. Asimismo valdria el pacto de que uno no tuviese parte en la pérdida en los términos que explicaremos al *n.* 6., y sí en la ganancia. Pero no si el pacto fuere de que uno no tuviere parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro: cuya compañía llaman las leyes leonina, *l.* 4. *d. tit.* 10. (2), tomando la denominacion de la fábula de Esopo, en que toda la ganancia ó presa fue para el Leon, sin tener parte alguna sus compañeros en la caza del Asno y la Zorra. Puede ponerse la division de partes en el arbitrio de un tercero señalado, y si este las hiciere justas se habrán de guardar; pero si las hiciere injustas, señalando mas á uno que á otro sin mostrar razon alguna, debe regularse su arbitrio por el dictá-

(1) §§. 1. et 3. Inst. de societ. (2) §. 2. eod. l. 29. §. 2. pro. soc.

men de hombres buenos que examinen y decidan bien la cosa, *l.* 5. *d. tit.* 10. (1).

5 Pudiendo contraerse compañía de modo que uno solo ponga su industria y trabajo y el otro el caudal, como dijimos en el *n.* 1. *princ. d. tit.* 10. (2); y siendo harto frecuente esta manera de contraerla entre ganaderos y pastores, queremos manifestar aqui la diversidad que en esto puede haber; pues aunque no hemos hallado mencion de ella en nuestras leyes se encuentra en nuestros Autores, y hacen preciso su conocimiento las muchas concurrencias en que es necesario. Le facilitamos en la manera siguiente. Unas veces por ser el trabajo corto y el caudal de buena calidad, se coteja ó compara aquel con solo el uso de este y el peligro de perderle; y otras por ser contrarias las circunstancias con el dominio. Cuando sucede lo primero, el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y de consiguiente para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó perece sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo: todo lo cual sucede al contrario en el caso segundo. Si en el contrato se explicó cual de estos dos modos quisieron los contrayentes que debia observarse, ese se observará.

6 Pero si esto no apareciese, interpretaremos su voluntad á favor del primero, si el trabajo fue poco, y el caudal de calidad buena, fácil de tener aumento y dar frutos pingües; y por el segundo si mereciese tanta estimacion el trabajo, como valia el caudal, por ser aquel mucho, y este de mala calidad, como lo prueban bien Covar. 3. *var. cap.* 2. *n.* 2. Escobar. *comp.* 22. Vin. *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 54. Pongamos dos ejemplos para que se vea con claridad esta doctrina: I. Pedro puso caudal que valia mil pesos en la compañía, y tú prometiste poner y pusiste tanto trabajo que os pareció igualar el trabajo con el valor del caudal: disuelta la compañía se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganan-

(1) L. 6. pro soc. (2) L. 7. eod. §. 2. Inst. de societ.

cia ó pérdida. II. El trabajo que se habia de poner era tan corto, que solo quisisteis igualarle con el beneficio que podia producir el uso del caudal: el valor de lo que quedare hasta mil pesos todo será de Pedro; y tú solo tendrás la mitad del sobrante si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. Si en este segundo ejemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo: y de consiguiente, que es válido pactar que uno de los compañeros tenga parte de la ganancia y no de la pérdida, como hemos dicho al *n.* 4. Pero claro es, que el no tenerla de esta, se entiende solamente respecto del caudal del que nada pierde, porque nada puso ni tuvo: mas en realidad pierde el trabajo que puso, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion.

7 Los modos de acabarse la compañía referidos en la *l.* 10. *d. tit.* 10. son: I. La muerte natural de alguno de los compañeros, y en tanto grado, que siendo muchos los compañeros se acaba por la muerte de uno solo, si no es que hubieren pactado de que muerto uno, siguiesen los demas en la compañia (1). Pero no valdria el pacto de que muerto un compañero hubiese de durar la compañía en sus herederos, sino es que lo fuese de arrendamiento de cosas del Rey ó de algun comun, *l.* 1. *d. tit.* 10. (2). II. Si alguno de los compañeros fuese desterrado para siempre, porque nunca ha de salir del destierro, y pierde sus bienes (3). III. La cesion de bienes de alguno de los compañeros (4). Morirse ó perderse la cosa, por la cual fue hecha la compañía (5), ó porque mudase de estado haciéndose sagrada.

8 Tambien se acaba por otro modo que refiere la *l.* 11. del mismo *tit.* 10. que es la renuncia (6). Si esta no es dolosa ó intempestiva nada mas hay que advertir sobre ella. Pero sí cuando tuviere alguna de estas malas calidades. La que se hizo con dolo ó engañosamente, al paso que no

(1) §. 5. Inst. de societ. (2) L. 59. de pro soc. (3) §. 7. eod. (4) §. 8. eod. (5) §. 6. eod. (6) §. 4. eod.

libra al renunciante de sus compañeros, liberta á estos del que renunció. Si por ejemplo pues, viendo el renunciante que le venia por herencia ú otro título alguna ganancia hiciere la renuncia, serán sus compañeros partícipes de esta ganancia: pero por lo contrario, si viniere alguna á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *d. tit.* 10. *l.* 12. (1). De la renuncia intempestiva que se hace antes de acabarse el negocio sobre que se hizo, ó el tiempo que habia de durar, dice la *l.* 11. *d. tit.* 10. que debe pagar el que la hiciere á los otros todo el daño ó menoscabo que les viniere por esta razon, salvo si se hubiere pactado cuando se otorgó la compañía, que la pudiese desamparar cualquiera, siempre que quisiere antes ó despues del tiempo expresado.

9 La doctrina de esta *ley* ha de entenderse cuando el renunciante no tiene justa causa para renunciar; porque si la tuviere podrá hacerlo impunemente. La *l.* 14. *d. tit.* 10. señala cuatro: I. Cuando uno de los compañeros es tan bravo ó de tan mala índole que los demas compañeros no le pudiesen sufrir ó vivir con él en buena manera. II. Si algun compañero es enviado por el Rey, ó el comun de alguna Ciudad ó Villa con poderes, ó le dan algun oficio ó le mandan hacer algun servicio ó cosa que sea á beneficio del Rey ó del comun del lugar. III. Cuando no guardan á algun compañero la condicion que se puso al contraerse la compañía. IV. Cuando aquella cosa por la cual se hizo la compañía es embargada de manera que no pueden usar de ella. Esta IV. razon de que pone ejemplos la ley puede referirse al modo IV. de acabarse la compañía que acabamos de notar.

10 Por lo que hemos manifestado se ve acabarse la compañía por dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, á excepcion del de mandato, en que tambien lo tienen en parte, como luego veremos, y son la muerte y la renuncia, sin embargo que tienen contra sí dos axio-

(1) L. 14. pro soc.

mas ó reglas capitales, á saber: *El que contrae, contrae para sí y para su heredero, l.* 11. *tit.* 14. *P.* 3. (1), y el otro: *De la obligacion una vez contraida, no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro* (2). La razon de no obstar el I. es, porque en contraer la compañía, tienen los contrayentes respeto y consideracion á la industria ó habilidad de la persona, y á las veces el heredero de hombre muy hábil es un bolo. Y el II. para mantener la tranquilidad de las gentes: porque el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ello, produce desacuerdos y discordias, *l.* 11. *tit.* 15. *P.* 6. (3).

11 Para concluir este asunto falta que digamos algo de las obligaciones que tienen entre *sí los compañeros*, y modo en que deben portarse en la administracion de las cosas comunes. Las debe gobernar el compañero que las administra con el mismo cuidado y diligencia, que si fuesen cosas propias: de suerte que deberá prestar la culpa leve, segun la regla del *tit.* 10. *n.* 38. Si lo hiciere asi, los daños y menoscabos que haya en ellas serán comunes á todos; pero si sucedieren por dolo suyo de no haber puesto cuidado, serán todos de su cuenta, debiendo resarcir á los otros los perjuicios que les hubiere causado, *l.* 7. *d. tit.* 10. (4), sin que le sirva decir que por otra parte hizo tantas ganancias que podia ser mejorada la pérdida; y si algun otro hubiere procedido tambien con dolo, deberán los dolosos repartirse entre *sí el resarcimiento* de perjuicios á favor de los demas, *l.* 13. *d. tit.* 10. Por la exhuberancia de buena fe é igualdad que debe reinar en este contrato (5), establece la *l.* 15. *d. tit.* 10. que si el que administra los bienes hubiese dado á uno ó á los dos de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, sin cuya noticia la dió, la han de volver á la compañía los que la recibieron para hacerse con igualdad, segun correspon-

(1) L. 9. de probat. (2) L. 5. C. de obl. et act. (3) L. 77. § 10. de legat. 2. (4) §. 9. de Inst. de societ. (5) L. 3. C. pro soc.

da, la division entre todos, sino es que habiendo sabido los que no la recibieron, que se habia dado á los otros, callaron por pereza, entre tanto se hizo pobre el administrador sin poderla dar á ellos; en cuyo caso sufrirán este perjuicio por su culpa (1).

12 Aunque segun hemos visto se acaba la compañía por la muerte del compañero, sus resultas de cuentas tanto activas como pasivas, respectivas al tiempo que duró, pasan á los herederos *l. ult. d. tit.* 10. Y últimamente advertimos que al compañero le compete el beneficio que llaman de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudiere hacer, *d. l.* 15. *d. tit.* 10. (2), de cuyo beneficio hablaremos en su lugar.

13 El cuarto y último contrato de los que se contraen por solo el consentimiento de ambos es el mandato ó mandamiento, y es: *Encargo que uno hace á otro que le recibe con obligacion de cumplirle.* Y se puede hacer entre presentes ó por cartas ó mensageros entre ausentes; y tambien á dia cierto ó so condicion. A dia cierto, como si uno dijera á Pedro: *Te mando ó quiero des á comer á Juan hasta el dia primero del año* 1804 *ó si quedare viudo*, si lo quisiere hacer so condicion. Y bastan para contraerse cualesquiera palabras que manifiesten la intencion de obligarse, *l.* 24. *tit.* 12. *P.* 5. Y se puede tambien contraer tácita ó calladamente, *l.* 12. *d. tit.* 12.

14 Por razon del fin se puede contraer de cinco maneras referidas con ejemplos en las *leyes* 20. 21. *y* 22. *d. tit.* 12. á saber: I. Por utilidad de solo el mandante. II. Por la de un tercero solamente. III. Por la del mismo mandante y la de un tercero. IV. Por la del mandante y la del mandatario. V. Por la del mandatario y la de un tercero. No juzgamos ser necesario poner los ejemplos, porque ademas de estar referidos en *dd. ll.* es tan fácil formarles, que lo puede hacer cualquiera con muy poca meditacion (3).

(1) L. 63. §. 5. pro soc. (2) §. 38. Inst. dd. action. (3) Princ. et §§ 1. 2. 3. 4. et 5. Inst. de mandat.

Pero si se hiciere por sola la utilidad del que le recibe, no tanto seria mandato como consejo, sin producir obligacion en el mandante, si no es que le hubiese dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso deberia pagar todo el daño que recibio por esta razon aquel á quien le dió, *l.* 23. *d. tit.* 12. (1).

15 Este contrato del mandato ó mandamiento es tambien bilateral, en que se obligan mutuamente los contrayentes. La obligacion del mandante es, haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado ó expendido en cumplir el mandamiento; y el de este haberlo de cumplir de manera, que si en no cumplirlo, ó cumplirlo mal, comete engaño o culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *d. l.* 20. que da la razon de que los mandamientos se hacen por hacer amor, y no para hacer daño. Gregor. Lop. interpretando la palabra *culpa*, que expresa la ley, dice en su *glosa* 5. que debe entenderse de toda *culpa*, de modo que comprenda tambien la levísima, apoyado en el derecho Romano (2), que es su ídolo. No lo respetamos tanto, pero no dejamos de conocer, despues de haberle estudiado medianamente, que á excepcion de algunas escrupulosidades y formalidades de las que ya quitó muchas Justiniano, casi todas sus leyes contienen una excelente doctrina y buena moralidad.

16 Para que valga el mandato y produzca las obligaciones que acabamos de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuere no vale ni aprovecha para cosa alguna, como si por ejemplo mandaras á Pedro que robase, hiciera algun homicidio ó incendiase alguna casa; y por ello aunque Pedro lo ejecutara gastando en ello algun dinero, nada te podia pedir en su razon; pero tanto tú como él estariais obligados á las malas resultas de este ímprobo cumplimiento, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no

(1) §. 6. Inst. eod. junc. l. 47. de div. reg. jur. (2) L. 13. l. 21. C. mand. v. contr.

valdria tampoco el mandamiento que hiciere un menor de 25 años de que alguno saliese fiador de una barragana, ú otra mala muger, *l.* 25. *d. tit.* 12. (1).

17 En cuanto á fenecer el mandato por la renunciacion ó por la muerte, no hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; aunque lo dijeron afirmativamente las Romanas (2). Solo encontramos que Gregor. Lop. comentando aquellas palabras de *d. l.* 20 en que hablando del mandatario, dice simplemente sin añadidura alguna: *Tenudo es de cumplirlo*, quiere inferir que en España, ni aun estando las cosas enteras, podrá el mandatario renunciar. De la muerte decimos nosotros, que de las últimas palabras de la misma *l.* 20. *por facerles amor*, podrá decirse que el mandato se le considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos. El docto lector hará de estas dos especies el juicio que le pareciere mejor. Y advertimos últimamente, que por razon del objeto, se divide el mandato en extrajudicial y en judicial; y que aqui solamente hemos hablado del primero, dejando el segundo para cuando tratemos de lo perteneciente á los juicios en el *libro III.*

TITULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL

Ó DE PALABRAS.

1. *Estado del derecho Romano en el contrato verbal.*
2. 3. *Se explica la famosa* l. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. *á favor de las obligaciones.*
4. *Cómo se hace este contrato, y quiénes pueden hacerle.*
5. *De qué cosas no vale la promesa.*
6. *De la congruencia entre pregunta y respuesta.*

(1) §. 7. Inst. eod. l. 12. §. 1. mand. vel con. (2) §§. 10. et 11. Inst. eod.

7. 8. 9. Se explican los tres modos de contraer esta obligacion.

10. Qué sucede cuando hay dos reos de prometer ó de estipular.

1 Fue muy famoso entre los Romanos el contrato verbal, al que con un solo nombre llamaron *estipulacion* (*stipulatio*), y para cuya legítima constitucion requerian al principio varias solemnidades escrupulosas: de las cuales han quedado todavía algunas en el derecho reformadas por Justiniano, aunque este y su antecesor Leon cuidaron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes, que eran necesarias antes del Emperador Leon que las quitó, la hacian distinguir clarísimamente del nudo pacto; despues es dificil alguna vez de conocer, si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulacion, aunque siempre han quedado muchas diferencias en cuanto á los efectos con la principal, que aquellos no producen accion, y esta si.

2 Permítaseme esta digresion ó correría hácia el derecho Romano, para celebrar mas la dicha que tenemos en nuestra España, de no haber la menor diferencia entre un pacto serio promisorio y la estipulacion, y todavía hay mas en la famosísima *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* cuyas palabras queremos notar aqui: *Pareciendo*, dice, *que alguno se quiso obligar á otro, por promision ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fue hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fue hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fue hecho ante Escribano público, ó que fue hecha á otra persona privada á nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro, ó haria alguna cosa, mandamos que todavia vala dicha obligacion y contrato que fuere hecho en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.* Esta *ley* cons-

tituye un modo de producir obligacion y accion tan desnudo de solemnidades, y distante de ser estipulacion, que ni aun es nudo pacto, como que consiste en que solo conste de la voluntad de quererse uno obligar, sin ser necesario para su valor que consienta otro, sin lo cual no puede haber pacto. La explica latamente Acev. y lo bastante con la solidez que acostumbra Covarrub. *lib.* 1. *var. cap.* 14. *n.* 3. probando, que si uno manifiesta querer dar, ú obligarse á dar á un ausente, vale desde luego la donacion ó promesa revocablemente hasta que el otro la sepa y acepte, y despues de la aceptacion irrevocablemente. Es pues un modo de producir obligacion anómalo ó extraordinario, que destruye muchos vestigios de las estipulaciones que se leen en el *tit.* 11. *P.* 5. que habla de las promisiones. Si le hubiéramos de referir á alguna clase de contratos, mas seria á la de los consensuales, que á la de los verbales. Sin embargo le ponemos en el título de estos, porque el fin principal de establecer *esta ley*, creemos fue el que se despreciase toda la escrupulosidad y solemnidad de palabras.

3 Y con este desprecio apenas se puede decir que tenemos en España contrato verbal, que no esté refundido en *d. l.* 2. y que por ello es en gran parte inútil, sin poder servir el citado *tit.* 11. *de la P.* 5. que consta de 40 leyes. El *tit.* 1. *del lib.* 45. *del Digesto Romano*, á quien corresponde, tiene 141. lo que hace ver lo mucho que degolló la referida *ley* 1. No obstante lo que llevamos dicho, no hay prohibicion ni reparo, que estando presentes, pregunte el uno al otro si le pomete dar alguna cosa, ó hacerla por él, y responda que sí el preguntado: lo que sucede lo bastante, y en estos términos no puede negarse que hay un contrato verbal, llano y regular, *l.* 1. *d. tit.* 11. No quiso *d. l.* 1. destruir esto, quiso no hacerlo necesario, y purgar este contrato, cuando se haga, de muchísimas escrupulosidades, que copiadas de las leyes Romanas fueron establecidas en el expresado *tit.* 11. *de la P.* 5. las cuales deberán considerarse derogadas por *d.*

l. 1. en lo que no sean conformes á su sencillez y espíritu. Bajo de este supuesto pasamos á hablar brevemente de él en cuanto queda susistente despues de *d. l.*

4 En este contrato, al que llaman las leyes de la Partida *promision*, *l.* 1. *d. tit.* 11. el uno pregunta al otro pidiendo que le de ó haga por él alguna cosa, y este le responde otorgándoselo, quedando por ello obligado á cumplirlo. Pueden prometer todos los que no estan prohibidos, y para que se sepa los que lo estan, les refieren las *leyes* 4. 5. *y* 6. *d. tit.* 11. y son, el loco ó desmemoriado, el infante ó menor de siete años, el pupilo que es mayor de siete y menor de catorce, sino en cuanto le sea útil la promesa, y en los mismos términos el mayor de 14 años y menor de 25 que teniendo curador se quisiere obligar sin su consentimiento; pero si no tuviere curador, vale su promesa, bien que con sujecion á la restitucion *in integrum*; y en los propios términos que el pupilo, el pródigo ó desgastador de sus bienes. Ni puede tampoco prometer el padre á su hijo que tiene en su patria potestad, ni el hijo al tal padre, si no es en razon del peculio castrense ó cuasi castrense. Exceptúanse las promesas de mejorar, al tenor de lo que dijimos arriba *tit.* 6. *n.* 3.

5 No vale la promision de las cosas que estan fuera del comercio de los hombres, como son las que llamamos de derecho divino; y en tanto está reprobada, que no valdria ni aun en el caso que despues se hicieren profanas, *l.* 22. *d. tit.* 11. (1). Ni vale tampoco la promesa de cosa que ni es ni pudiese ser (2); ó de cosa cierta que fuese ya muerta, como de un caballo, sin que tenga el que la hizo obligacion de dar cosa alguna en razon de ella, *l.* 21. *d. tit.* 11. Mas si la matare sin justa causa, habria de pagar su importe, *l.* 19. *d. tit.* 11. Pero sí que vale la promesa de las cosas que aun no han nacido, como los frutos de este año, de tal cam-

(1) §. 2. de inut. stipul. (2) §. 1. eod.

po, ó el parto de tal caballería; y tendrá obligacion de cumplirla el promisor luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada tendria obligacion de dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente porque no naciese, que entonces habria de pagar lo que importare por el engaño, *l.* 20. *d. tit.* 11.

6 Para que valga este contrato es preciso que haya congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta; porque sin convenir los que tratan en una misma cosa, es imposible que resulte contrato alguno. Por ello no le habria verbal, si preguntado Pedro si daba un buey, *respondia que daba un caballo.* Y lo mismo sucederia si siendo la pregunta pura, la respuesta fuese condicional ó al contrario, aunque fuese de una mismas cosa. Seria del todo inútil el contrato en estos dos casos, por ser total la incongruencia; pero si esta fue parcial, solo seria de ningun valor el contrato, en la parte en que hubiese incongruencia, y válido en la que habia congruencia; como si preguntado uno si queria dar 40 respondia que daba 10 ó al contrario, en cuyos casos valdria la promesa en 10 porque en esta cantidad los dos convenian; no en los de 30 de mas; porque en este exceso no estaban concordes; asi lo dispone la *l.* 26. *d. tit.* 11. (1), y bien establecido, si la cosa se hubiese de mirar á la sombra del contrato verbal. Pero creemos que toda la doctrina de *esta ley* está corregida por la citada memorable 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* segun la cual debe estar el promisor obligado á cuanto le salió de la boca, y de este sentir es Antonio Gomez 2. *var. cap.* 9. *n.* 4. discrepando solo en el caso en que la incongruencia fuese en el modo de ser pura la pregunta, y la respuesta condicional, ó al contrario, de cuya discrepancia no hallamos razon sólida.

(1) §. 5. Inst. de inut. stipul. l. 1. §. 4. de verb. oblig.

7 Tres son los modos de constituirse este contrato, á saber, puramente, á dia cierto, y so condicion. Será pura la promision, cuando en ella ni hay dia señalado ni condicion, como si preguntándote: *Me prometes* 10 *pesos* respondieras: *Los prometo*: á dia cierto, si se le añadiera en la pregunta, como *el dia* 1 *de Enero*; y lo mismo seria si fuere cierto, que el dia habia de venir, sin poderse señalar el cuando, como lo es el dia de la muerte. Y por último so condicion, si estuviere puesta en la pregunta, como si Pedro te dijera: *Me prometes* 50 *pesos, si me casare, l.* 12. *d. tit.* 11. *P.* 5. Estos tres modos tienen tambien lugar en todos los otros contratos, en las donaciones, y en su manera en las obligaciones que produce la referida *l.* 2. sus efectos son dignos de saberse. Cuando la promision es pura, pende del arbitrio del Juez señalar el dia en que debe cumplirla el que la hizo; y si fuese expresado el lugar en que el promisor la habia de cumplir, y maliciosamente no quisiere ir allá, habiendo pasado tanto tiempo que podia haber ido, le puede apremiar á que la cumpla donde la hizo, con los daños y menoscabos que recibió el otro, *l.* 13. *d. tit.* 11. Los Romanos en este caso, por falta de accion civil, tenian la pretoria *de eo quod certo loco.* Las promisiones á dia cierto señalado, y so condicion convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia, ó se cumpla la condicion. Convienen igualmente en que si muriere antes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan los efectos de la promision en sus herederos de la misma manera que estaban en el que murió, *l.* 14. *d. tit.* 11. lo que sucede al contrario en los legados condicionales, porque segun dijimos en el *lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 19. muerto el legatario pendiente la condicion, no vale el legado, la razon de la diferencia se toma de la regla que sentamos *en el lib.* 2. *tit.* 15. *n.* 10. segun la *ley* 11. *tit.* 14. *P.* 3. á saber: *El que contrae, contrae para sí y para su heredero.* Los Romanos lo explicaban diciendo que la esperanza de que hubiese deuda que adquiria el esti-

pulador la trasmitiria á su heredero (1). Pero los legados se dejan por el afecto que tiene el testador á la persona del legatorio (2), y de ahí es, que se consideran personales. En lo demas hay algunas diferencias y particularidades entre las promisiones, condicionales, y á dia cierto, que deben explicarse con separacion.

8 Examinemos pues primero lo perteneciente á las promisiones hechas á dia señalado, y despues hablaremos de las condicionales. Si alguno prometiere dar alguna cosa el dia primero del mes, sin expresar cuál, se debe entender del mes primero que viniere despues de hecha la promision. Si dijere, que prometia 20 pesos cada año, no podria pedir el otro hasta el fin del año los pertenecientes á aquel año; pero si dijera que los prometia en todos los años de su vida, se le podrian pedir al principio de cada año los de aquel año, *l.* 15. *d. tit.* 11. *P.* 5. Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el cuándo, cuál es el dia de la muerte del promitente (ó cualquiera otro), si lo pagare este antes de morir, no lo podria repetir, porque no podria dejar de venir el dia en que habria derecho de exigirse, si no se hubiese pagado, *l.* 32. *tit.* 14. *d. P.* 5. que lo dice asi hablando en términos de condicion: bien que si se lee con cuidado, se advierte fácilmente, que el decirse so condicion fue hablando impropiamente atendiendo solo á la fórmula de las palabras, porque no puede haber condicion sin incertidumbre de si existirá ó no, la que no hay en el caso que propone; y con efecto en la parte primera de la *misma ley*, en que se habla de condicion propia, se dice lo contrario, como veremos luego.

9 En la promision condicional no hay deuda hasta que se cumpla la condicion; y de ahí es lo que acabamos de decir hallarse establecido en la primera parte de *d. l.* 32, que si uno paga lo que prometió so condicion

(1) §. 4. hist. de verb. obl. (2) L. 9. pro soc.

antes de haber existido esta, lo puede repetir; porque puede suceder que no llegue á deberse. Es pues el afecto de la condicion suspender el valor de la promesa mientras hay incertidumbre de si existirá ó no. Si se cumple, queda entonces obligado el que prometió; y si consta ya haber faltado, no vale la promision, *l.* 12. *al fin.*, *d. tit.* 11. *P.* 5. como lo advertimos ya en el *tit.* 5. al *n.* 7. en el cual y *siguientes* hemos hablado tan latamente de las condiciones, que queriendo tenerlo aqui por repetido, solo nos queda que decir, para complemento de lo que tratamos, lo poco que se sigue.

10 Si alguno prometiere alguna cosa, y en el caso de no cumplir, cierta pena, estaria obligado á satisfacer lo uno ó lo otro, pasado el tiempo en que debió cumplirlo si no es que hubiere prometido dar en tal caso ambas cosas; porque entonces deberia dar las dos. Y si al principio de esta promision pusiere una condicion de no hacer, diciendo: *Si no te diere ó hiciere tal cosa, te prometo dar* 100 *pesos*, no estaria obligado mientras viviere y existiere la cosa, porque hasta entonces le pudo dar, y con ello evadir la obligacion de la promesa, *l.* 15. *d. tit.* 11. Cuya doctrina creemos entenderse generalmente en todas las promisiones de no hacer, tanto que se refieran al promisor como al estipulador, pues siempre deberá esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion, para que esta pueda decirse cumplida por ser general y aplicable á todas, la sólida razon en que se funda dicha *ley*, sin que tenga jamas lugar aquí la caucion llamada *Muciana*, que lo tiene en las legadas, como lo hemos explicado en el *tit.* 5. al *n.* 9.

11 Concluimos *este título* diciendo, que para haber dos reos de prometer, esto es, que los dos esten obligados *in solidum*, ó al todo de lo que prometieron, es menester que lo expresen asi al tiempo de contraer la obligacion; porque si se obligaren simplemente por contrato o de otra manera, se entienden obligados cada uno

por la mitad, *l.* 10. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1) Acev. en el *comentario de esta ley* prueba que debe entenderse tanto de los fiadores como de los que se obligan, como principales; y que cuando se obligaren *in soliaum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la excepcion ó beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion; siendo solventes. Y que no la necesitan para el caso en que se hubieren obligado simplemente; porque la *misma ley* quiere, que solo esten obligados por mitad, y de consiguiente bastará, que solo lo digan por via de defensa, que desde luego debe aquietar al acreedor y al Juez. Segun esta exposicion de Acev. que nos parece conforme, decimos estar corregida por *esta ley* la *l.* 16. *tit.* 12. *P.* 5. que habla de fiadores. Lo explicaremos en el *título siguiente*. Cuando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo, se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo se extingue la deuda, como tambien si hay dos reos de prometer, y solo uno lo paga todo (2). Pueden tambien constituirse dos reos en otro contrato ó en testamento.

TITULO XVII.

DE LAS FIADURAS.

Tit. 12. P. 5. tit. 11. lib. 10. de la Nov. Rec. (3).

1. *Qué sea fiadura, y quiénes pueden ser fiadores.*
2. 3. *De las fiaduras de las mugeres.*
4. 5. 6. *De los privilegios de los Labradores en cuanto á fiaduras y otros asuntos.*

(1) Authen. Hoc. ita. C. duobus reis. (2) §. 1. Inst. de duob. reis. (3) Tit. 21. lib. 3. Inst.

7. *Qué obligaciones admiten fiadores.*
8. *La obligacion del fiador es accesoria, y sus consecuencias.*
9. 10. 11. *Privilegios de los fiadores.*
12. 13. 14. *Cuándo se obliga el fiador: qué sucede cuando paga; y qué si pretende libertarse de la fiadura.*

1 Seguimos el buen método del *Digesto Romano*, y del libro de las *Partidas*, en tratar de las fiaduras despues de haber hablado generalmente de las promisiones ú obligaciones verbales; porque aquellas se hacen tambien por promisiones, y con el fin de asegurar y fortalecer las obligaciones anteriores á que se refieren. Fiaduras ó fianzas son: *Obligaciones que hacen los hombres entre sí para que las promisiones y posturas que hayan hecho sean mejor guardadas, pr. del tit.* 11. *P.* 5.; cuya definicion manifiesta ser la fiadura obligacion accesoria de otra principal. Será pues fiador aquel que da su fe, y promete á otro dar ó hacer alguna cosa por mandado ó ruega de aquel que le mete en la fiadura, la cual es muy útil al que la recibe, porque está mas seguro que se le cumplirá lo que se le debe, quedando obligados á ello tanto el fiador como el deudor principal. Por lo regular pueden ser fiadores todos los que pueden hacer promisiones para obligarse por ellos; y lo mismo recibirles, *l.* 1. *d. tit.* 12. Pero no deja de haber algunas excepciones y limitaciones en cuanto á lo primero que vamos á notar.

2 En primer lugar no pueden ser fiadores los Caballeros que reciben soldada del Rey, por estar en su servicio. Ni los Obispos, ni las mugeres, *l.* 2. *d. tit.* 12., bien que de estas pone la *siguiente ley* 3. varios casos en que pueden serlo, y son: I. Por la libertad (1). II. Por razon de la dote, esto es, si afianzase á favor de Pedro la dote que habia de haber de la muger con que casa-

(1) L. pen. ult. C. ad senat. Vellejan.

se (1). III. Cuando sabedora y segura la muger de que no podia ni debia ser fiador lo fuere, renunciando por su voluntad, y desamparando el derecho que la ley le concede en esta razon. IV. Si habiendo entrado fiador por otro, dura en la fiadura hasta dos años, y desde allí adelante la ratifica ó renueva de alguna manera (2). V. Si recibiere precio por la fiadura que hiciese (3). Gregor. Lop. en la *glosa* 9. de esta *l.* 3. juzga ser mas probable que la cantidad del precio se repute por el arbitrio del Juez. VI. Si vistiéndose la muger de hombre, ó haciendo creer de otra manera que lo era, la recibiese alguno por fiador, creyendo engañado que era varon; y es la razon, porque este favor no se les ha concedido para engañar, sino para que no sean engañadas por la simplicidad y flaqueza de su sexo (4).

3 VII. Cuando hiciese la fiadura por su hecho propio ó utilidad, como si fuese fiador por aquel que le hubiese fiado á ella (5). VIII. y último: Cuando entró fiador por alguno, y acaeciese despues de esto, que ha de heredar los bienes de aquel por quien fió. En cualquiera de estos ocho casos seria válida la fiadura de la muger, y tendria obligacion de cumplirla. Y adviértase sobre el caso VII. que la *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* establece que las mugeres no pueden ser fiadores de sus maridos, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ellas. Y manda asimismo, que cuando se obligaren á mancomun, marido y muger en un contrato ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella; pues entonces prorata del dicho provecho será obligada; pero si lo que se convirtió en provecho de ella, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como en vestirla y darle de comer, y las otras cosas necesarias, manda que

(1) L. 12. C. eod. (2) L. 22. eod. (3) L. 23. eod. (4) L. 2. §. 3. d. eod. (5) L. 13. eod.

por eso no sea ella obligada á cosa alguna: queriendo que todo lo dicho se entienda, si no fuere la dicha fuerza y obligacion de mancomun por dinero de las rentas reales ó pechos ó derechos de ellas. Antonio Gomez, 2. *var. cap.* 13. *nn.* 16. *y* 17. y en la *l.* 61. *de Toro*, que es la misma *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* examina algunas cuestioncillas que pueden suscitarse en este asunto.

4 La *l.* 16. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* manda, que los Labradores no puedan ser fiadores sino entre sí mismos unos por otros, y que las fianzas que hicieron por otras personas, sean en sí ningunas; y que lo contenido en *d. l.* y la 15. del mismo *tit.* á favor de los Labradores no se pueda renunciar, ni valga la renunciacion que hicieren de ella. Los principales privilegios concedidos á los Labradores, que por sus personas ó criados y familia labraren, en dichas *leyes* 15. *y* 16. *d. tit.* 31. son los siguientes: I. Que no puedan ser ejecutados por deuda que debieren de cualquier manera, en sus bueyes, mulas, ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos que tuvieren para labrar, ni en sus sembrados ni barbechos en ningun tiempo del año; cuya exencion concedida en *d. l.* 15. la extendió en cuanto á sembrados la 16. al pan que cogieren de sus labores despues de segado, puesto en rastrojos ó en las eras, hasta que lo tengan entrojado; y entonces cuando por alguna ejecucion se les hubiere de vender alguna parte del pan, no se les pueda tomar ni vender á menos precio de la tasa; y no habiendo comprador, se haga pago con ello al acreedor. Creemos que la palabra *pan*, de que usa *d. l.* 16. debe entenderse de todos los frutos seminales, por referirse á la otra *sembrados*, y ser la misma razon en todos. Tres casos exceptuan las *mismas leyes*, á saber, por los pechos y derechos debidos al Rey; ó por las rentas de las tierras del señor de la heredad; ó por lo que el tal señor les hubiere prestado ó socorrido para la dicha labor; y en estos tres casos cuando no tuvieren otros bienes de que puedan ser pagadas dichas deudas: y que en un par de bueyes ú otras

bestias de arar, no pueden ser ejecutados en los dichos tres casos, ni por otro alguno.

5 II. Que no puedan ser presos por deuda alguna que no descienda de delito; cuyos dos privilegios se les conceden con tanta gracia y benignidad, que si el Juez ó el ejecutor contravinieren á ello, deben ser castigados, aquel con la suspension de su oficio por un año, y el acreedor que lo pidiere, por el mismo caso haya perdido y pierda la deuda, y el Labrador quede libre de ella. Dicha *ley* 15. quiso que este segundo privilegio solo tuviese lugar en los seis meses últimos del año, pero la 28 lo extendió á todo el año, si no es que las deudas sean contraidas antes de ser Labrador.

6 III. Que por ninguna deuda que deban puedan renunciar su fuero, ni someterse á otro. En este particular pone *d. l.* 15. la excepcion de que puedan renunciar el fuero, sometiéndose al Corregidor Realengo mas cercano, y en los Lugares eximidos al de la Cabeza de la jurisdiccion donde le eximieron, pero la deroga expresamente la *citada l.* 16. confirmada en esto por *la nota 7. tit. 19. lib. 7. nota 4. tit. 31. lib. 11. de la Nov. Recop.* IV. Que no puedan obligarse como principales, ni como fiadores á favor de los señores de los Lugares en cuya jurisdiccion vivieren. Y que sean nulas las escrituras que otorgaren en contrario de este y demas privilegios concedidos á favor de los Labradores, sin embargo de cualesquiera renunciaciones que de ello hicieren; y que los Escribanos no den lugar que ante ellos se otorguen, so pena que pierdan sus oficios y no puedan usar mas de ellos de allí adelante. V. Que no se les puedan tomar ni tomen ningunos carros, carretas ni bestias, sino fuera para el Real servicio ó necesidad pública, y entonces pagándoles primero de contado el alquiler que pareciere justo á la Justicia, segun el tiempo en que se les tomaren. Otros privilegios de menos uso sobre panadear, y no asistir á Guardas, ni otra gente de guerra, con trigo, cebada ni otro mantenimiento, se pueden ver en *dichas leyes*. A ocasion de haber habido de hablar aqui sobre fianzas de Labradores, nos ha parecido referir

los otros privilegios que tienen, para que se encuentren unidos, con el ánimo de indicarlos remisivamente en los lugares que corresponda.

7 No solamente la obligacion eficaz, natural y civil admite fiador, sino tambien la meramente natural, en cuyo caso aunque el deudor principal no pueda ser apremiado á cumplirla, podria serlo el fiador, *l.* 5. *d. tit.* 12. *P.* 5. (1). Las de los hijos de familia y menores, en que esto no tiene lugar, se pueden ver en el *tit.* 10. *n.* 10. donde las hemos notado. Por la *l.* 6. *d. tit.* 12. era menester formal promision ó estipulacion para contraerse la obligacion de fiadura; pero advierte muy bien Greg. Lop. en su *glos.* 1. estar corregido por la célebre *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que hemos citado tantas veces. Puede un hombre entrar fiador por otro si quisiere, no solo cuando se constituye la obligacion principal, sino tambien antes ó despues (2). Y asimismo hasta cierto tiempo, ó so condicion, *d. l.* 6. poniendo las fórmulas.

8 Como la obligacion de la fiadura es accesoria, no se puede extender mas que la principal, y no valdria en cuanto es de mas, y este de mas puede ser un derecho de cuatro maneras: I. En la cantidad, si debiendo 100 el deudor principal entrase el fiador á obligarse en 120, en cuyo caso no valdria la fiadura en el exceso, esto es, en los 20. II. Cuando el deudor principal es obligado á dar alguna cosa en lugar cierto, y el fiador se obliga á darla en otro mas grave. III. Cuando el principal estaba obligado á dar la cosa en tiempo cierto, y el fiador entra en darla en mas breve tiempo. IV. Si el deudor era obligado á dar la cosa, so condicion, y el fiador se obligase á darla puramente sin condicion alguna; de suerte que en ninguno de estos tres últimos casos no valdria la fiadura, *l.* 7. *d. tit.* 12. (3).

9 Para que el acreedor pueda pedir la deuda al fiador, es menester que la pida antes al deudor principal, si se hallare en la Ciudad, y no pudiendo cobrarla de este, podrá

(1) §. 1. Inst. de fidejus. (2) §. 3. eod. (3) §. 5. Inst. de fidejus.

entonces demandarla al fiador. Y si acaeciese que hallándose presente el fiador estuviese ausente el deudor, puede aquel pedir plazo al Juez, que le deberá dar segun le pareciere, para poder llevar á la Ciudad al deudor, y si pasare el plazo sin llevarle podrá ser precisado á la paga, *l.* 9. *d. tit.* 12. *P.* 5. Este beneficio del fiador se suele llamar de *orden*, por el que debe seguirse de reconvenir antes al deudor que al fiador: ó de *excusion*, porque para llegar el acreedor al fiador debe hacer antes excusion de los bienes del deudor, y verse por ella que no les hay ó no son bastantes para satisfacer al acreedor. Deja de tener lugar cuando el fiador lo renunció y cuando el deudor es *notoriamente* insolvente, y en otros casos menos frecuentes que refiere y prueba Gom. 2. *var. cap.* 13. *n.* 14. bien que fundado en solas leyes Romanas. En el dia apenas se ve escritura de fianza que no contenga esta renuncia.

10 En el caso en que fueren muchos los fiadores de un deudor, les concedieron dichas leyes Romanas otro famoso beneficio ó privilegio (1), llamado comunmente de *division*, en cuya virtud, oponiéndolo aquel de los fiadores que fuere reconvenido por toda la deuda, consigue que se divida la accion del acreedor, dirigiéndola contra sí solo prorata. Ant. Gom. en el *d. cap.* 13. *n.* 15. y Maymó en este *tit. n.* 12. pretenden, que esta doctrina que está tambien establecida en la *l.* 8. *d. tit.* 12. debe observarse en el dia; pero nos parece mejor la opinion de Acev. de que hicimos mencion al *n.* 11. *del título antecedente*, de suerte que atendida la *l.* 10. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la. Nov. Rec.* creemos, que ahora podrá cuando mas tener lugar esta doctrina en el caso que los fiadores se hubiesen obligado expresamente *in solidum*: y aun para entonces tenemos por mas probable que no lo tiene; porque toda vez que despreciando el beneficio de *d. l.* de quedar solamente obligados por la mitad, cuando se obligaban simple-

(1) §. 4. cod.

mente, quisieron expresamente obligarse *in solidum*, parece fue su voluntad privarse de tener recurso alguno para intentar recobro contra sus compañeros, y que fue tambien esta la intencion del acreedor. Escogerá el prudente lector la opinion que le parezca mas conforme. Otro beneficio compete á los fiadores llamado *cesion de acciones*, por el cual pagando uno de los fiadores toda la deuda al acreedor, puede pedirle que le ceda sus acciones contra sus compañeros, para demandar le satisfaga cada uno la porcion que le corresponda, *l.* 11. *d. tit.* 12., la cual explicándose mas en el asunto, añade que esto tendrá lugar cuando el fiador pagare en nombre suyo; pero que si pagó á nombre del deudor, no podrá ya pedir la cesion, aunque puede conseguir del mismo deudor lo que por él hubiese pagado: cuya facultad tendrá tambien en el caso de haber pagado en nombre suyo, de modo que tendrá entonces la eleccion de reconvenir al deudor ó hacer uso de la cesion contra los otros fiadores. Y añade ademas, que si pagó simplemente, sin expresar si lo hacia en nombre suyo, ó en el del deudor, se entenderá lo primero si propone luego su demanda pidiendo la cesion: y lo segundo si lo difiere. A esta cesion solemos llamar *carta de lasto.*

11 Si dos fiadores estuviesen obligados por mitad por haber contraido la fiadura simplemente, y uno de ellos pagare toda la deuda, no podrá pretender la cesion de acciones para recobrar la mitad que pagó por el otro: porque si la pagó ignorando el beneficio de *d. l.* 10. la podrá repetir del acreedor, como indebidamente pagada, y si lo hizo sabiéndolo, se juzgará que la quiso dar. Esto nos parece lo mas conforme á la sentencia de *d. l.* 10. que segun dijimos explica latamente Acevedo.

12 Vale la fiadura no solo cuando uno entra fiador por mandado expreso del deudor, sino tambien cuando entrare por su voluntad delante del deudor sin mandado de este y no contradiciéndolo; ó entrando por el deudor sin su sabiduría ó mandado, y cuando lo enten-

de lo consiente y le place; ó finalmente, si entra sin mandado sobre cosa que otro debe dar ó hacer, en cuya utilidad lo hace, aunque este no lo consienta. Y cuanto pagare en alguno de estos casos el fiador por el deudor, debe este dárselo ó hacérselo cobrar, *l.* 12. *d. tit.* 12. (1), que en seguida pone tres casos de excepcion: I. Si paga el fiador la deuda con intencion de dársela al deudor para nunca pedírsela. II. Si la fiadura es hecha por utilidad del mismo fiador. III. Si entró fiador contradiciendo el deudor. Si por mandamiento de Pedro entrases fiador por Juan que estaba ausente, sin habértelo mandado, y pagases algo por Juan de quien eras fiador, no se lo podrás demandar, lo deberás pedir á Pedro, por cuyo mandato hiciste la fiadura. Pero si cuando la hacias estaba presente Juan y no lo contradijo, ó la hacias en nombre suyo estando él ausente, y es en utilidad suya, tendrás la eleccion de pedirlo á Pedro ó á Juan, y los dos estarán obligados á pagártelo, *l.* 13. *d. tit.* 12.

13 Si reconvenido el fiador no quisiere oponer excepcion perentoria que tenia, y vencido pagare la deuda, no la podrá recobrar del deudor; porque se presume que lo hace engañosamente para hacerle perder su derecho. Pero si la excepcion que podia oponer solo era personal para sí ó para el deudor, bien lo podrá recobrar, *l.* 15. *d. tit.* 12. cuya doctrina en el caso de ser la excepcion personal para el deudor la limita Greg. Lop. en la *glos.* 10. al caso en que el fiador no pudo avisarle, para que hiciere uso de su excepcion; y en la 9 trabaja mucho en formar el caso. No impide al fiador el poder cobrar del deudor lo que pagó por él, haberlo pagado por su voluntad sin reconvencion judicial: pero si la deuda era á plazo, y la pagó antes de venir este, habrá de esperar á que venga, *l.* 16. *d. tit.* 12. la que tambien expresa, que por la muerte del fiador pasan á sus herederos todos los

(1) L. 6. §. 2. l. 18. l 20. §. 1. mand. v. contr.

efectos de la fiadura, lo que es general en todos los contratos, á excepcion de la compañía y mandato, por las razones especiales que en ellos concurren, segun lo manifestamos en su explicacion.

14 No puede el fiador pedir al Juez que el deudor le liberte de la fiadura antes de pagar cosa alguna de la deuda, *l.* 14. *d. tit.* 12. que pone en seguida cinco casos de excepciones: I. Si fuere ya condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella. II. Si dura ya mucho tiempo en la fianza, cuya tasa pertenece al arbitrio del Juez. III. Cuando el fiador viendo que viene el plazo quiere pagar para no caer en la pena que se puso ni él ni el deudor, y el acreedor rehusa admitir la paga y entonces la deposita en buena parte ante testigos. IV. Cuando se constituyó fiador hasta cierto dia y este pasó ya. V. Cuando el deudor empieza á desgastar sus bienes.

15 Queremos aqui al fin de este título advertir, que ademas de la caucion de fiadores de que acabamos de hablar se reconocen en el derecho otras para asegurar la deuda al acreedor, cuales son la de peños ó prendas, que tienen lugar y se admiten en los casos de poder ó personería que refiere la *ley* 21. *tit.* 5. *P.* 3. y á esta clase pertenecen todas hipotecas y la juratoría por la que promete alguno con juramento que pagará ó hará lo que resultare deber pagar ó hacer. Esta se exige cuando el deudor no tiene bienes y dice no encontrar fiadores debiéndoles dar, *l.* 41. *tit.* 2. *P.* 3.

TITULO XVIII.

DE LOS PEÑOS Ó PRENDAS.

Tit. 13. P. 5. y tit. 31. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea peño, y sus especies.*
2. *Se explican, y el especial y efectos que producen.*
3. *Quiénes pueden dar á peños, y qué han de probar.*
4. 5. *Qué cosas no pueden ser empeñadas.*
6. 7. *Qué sea hipoteca expresa, y qué tácita; y modos y casos en que esta se constituye.*
8. 9. 10. *Derechos del acreedor en la hipoteca especial.*
11. *El dueño es preferido á todos los acreedores.*
12. *Cinco clases de acreedores, relativas á quiénes deben ser preferidos á los otros cuando concurren á cobrar.*
13. *Quiénes pertenecen á la primera.*
14. *Quiénes á la segunda.*
15. *Las clases por su orden tienen preferencia una sobre otra; y qué preferencia haya entre los de la primera.*
16. 17. 18. 19. 20. *Preferencias que tienen entre sí los de las otras clases.*
21. *Modos de extinguirse las obligaciones de peños.*

1 Adoptamos tambien aqui el buen método del *libro de las Partidas* en poner inmediatamente despues del *título de las fiaduras* el de los peños; porque no menos la obligacion de estos que las de las fiaduras, es accesoria de otra obligacion principal, para cuya mayor

(1) Tit. 1. lib. 20. Dig.

seguridad se hace, *princ. del tit.* 13. *P.* 5. Peño, hablando con rigor y propiamente es: *Aquella cosa que un hombre empeña á otro, apoderándole de ella, y mayormente cuando es mueble.* Mas segun el largo entendimiento de la ley, toda cosa sea mueble ó raiz, que sea empeñada á otro, puede ser dicha peño, aunque no fuese entregado de ella á aquel á quien la empeñasen. Segun el modo regular de hablar, que tambien adoptan los Autores, cuando la cosa empeñada no se entrega al acreedor, se llama *hipoteca* y suele ser raiz, y cuando se entrega, y suele ser mueble, *prenda*; y á este tenor hablaremos aqui cuando nos parezca mas proporcionado. Se divide el peño en voluntario y necesario ó *judicial*: tambien en expreso y tácito ó callado; y en general y singular ó particular. El voluntario se suele llamar tambien convencional, porque casi siempre se constituye por convencion de las partes; pero no hay impedimento de que se constituya por testamento, como si un testador legase á Pedro cien pesos ánuos, hipotecando para el pago sus bienes raices que dejaba á su heredero. Del judicial hablaremos mas adelante.

2 Peño general es cuando uno obliga los bienes que tiene y tendrá en lo sucesivo: de cuya generalidad solo se exceptuan aquellas cosas, que verosímilmente nadie quiere obligar, cuales son las cosas de su casa que ha menester cada dia para el servicio de su cuerpo y de su compañía, asi como su lecho y el de su muger, y la ropa y las cosas de su cocina que ha menester para el servicio de su comida, y las armas y el caballo de su cuerpo y otras semejantes, *l.* 5. *d. tit.* 13. Especial es cuando uno obliga una sola cosa ó algunas señaladamente, y entonces solo se extiende esta obligacion á las cosas señaladas, y se interna tanto en ellas este derecho del acreedor que la conserva, aunque la cosa mudare de estado, como si por ejemplo fuese casa y se derribase, ó tierra calva y se plantase en ella majuelos ó árboles: y tiene tambien lugar en las mejoras y crecimientos, como si siendo tier-

ra al lado de un rio, se aumentase algo por la aluvion: pero si el tal acreedor tuviese en su poder la cosa, lo debe restituir todo al deudor, pagándole este la deuda y las despensas que hubiese hecho en esta razon, *l.* 15. *d. tit.* 13. Y alcanza el derecho de peños á los frutos de la cosa empeñada, enagenada despues por el que la empeñó en los términos siguientes: si el que empeñó su heredad la vendiese ó enagenase de otra manera, despues de haberla sembrado estarán tambien obligados los frutos que sembrados antes nacieron despues: lo contrario seria, si el que la compró la sembrase siendo ya tenedor de ella, *l.* 16. *d. tit.* 13.

3 Los que han poder de enagenar la cosa, porque son dueños de ella la pueden empeñar á otro. Y aun aquellos que tienen algun derecho en las cosas aunque no tuviesen el señorío de ellas. Y tambien, si esperando alguno el señorío de alguna cosa la empeñase antes de tenerle, y despues de haberla empeñado le adquiriere quedaria empeñada, como si la hubiere dado á peños despues que era ya dueño, *l.* 7. *d. tit.* 13. Greg. Lop. en la *glosa* 2. dice sobre el caso de aquel que tiene derecho, que desde luego quedaria obligado este; y adquirida la cosa en virtud del derecho que obligó lo estaria la cosa. Y en apoyo de esta su opinion hubiere podido citar la *ley* 18. *d. tit.* 13. que establece, que para poder el acreedor hacer uso de su derecho de peños ha de probar dos cosas. La una, que le empeñaron la cosa. La otra, que quien la empeñó era dueño á la sazon del empeñamiento, y probando esto, se le debe entregar la cosa empeñada que demanda: bien que el mismo Lop. en la *glos.* 1. *de d. ley* 18. dice, que el requisito del dominio solo es necesario cuando el acreedor quiere intentar la accion hipotecaria contra un tercer poseedor, y con efecto de él habla la *ley*; pero para intentarla contra el mismo que empeñó la cosa, le basta probar que este tal la poseia con buena fe al tiempo en que la empeñó.

4 Pueden ser dadas á peños las cosas que estan en el

comercio de los hombres, y aunque estuvieren todavía por nacer, como los partos de los ganados y los frutos de los campos ó árboles asi que sean corporales como incorporales. Y si estuvieren en poder del que las recibió á peños, los frutos y provechos que este percibiere de ellas los debe descontar de lo que dió sobre la cosa empeñada: porque todos pertenecen al deudor, *l. 2. d. tit.* 13. Y es la razon, porque las cosas no se dan á peños para que las disfrute el que las recibe, sino para que le sirvan de seguridad para cobrar lo que se le debe, *l. 1. d. tit.* 13. Y como en nuestra España estan justamente prohibidas las usuras, como veremos en su lugar, no admitimos el pacto llamado *anticreseos*, que admitieron las leyes Romanas (1), reducido á que gane el acreedor las usuras ó frutos de la cosa que hubiese recibido en peños, si asi se pactare, el cual fue reprobado como á usurario en varios capítulos del derecho canónico (2). Pero sí que admiten nuestros Autores la doctrina del famoso *capítulo salubriter* 16. *de usur. de las Decretales de Gregor. IX.* de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes que se le hubiesen dado á peños, en seguridad de la dote que habian de darle, como compensatorias de dichas cargas, como lo prueban bien Gomez en la *l.* 50. *de Toro n.* 30. Castill. *lib.* 3. *controv. n.* 23. y latísimamente el Señor Covarr. *var. cap.* 1. *n.* 3. recorriendo muchos casos. Las cosas que estan fuera de comercio, como las sagradas, religiosas y el hombre libre, no pueden ser dadas á peños. Pero en cuanto á dichas cosas véanse los casos de excepcion en que se pueden vender en el *tit.* 10. *n.* 11. y en los mismos es preciso digamos, que se pueden empeñar, *l.* 3. *d. tit.* 13. que menciona tambien esta excepcion. Por lo tocante al hombre libre, ponen asimismo excepcion en dos casos de suma necesidad las *leyes* 8. *y* 9. *tit.* 17. *P.* 4. Aunque el hombre libre no puede ser dado á

(1) L. 1. §. 3. l. 11. §. 1. de usur. (2) Cap. 1. cum. seq. extra de usur. cap. 4. cap. 6. de pignor.

peños, no hay impedimento para que pueda ser dado en rehenes por razon de paz ó tregua que firmasen algunos entre sí ó por otra seguranza semejante á esta. Y aunque la convencion sobre que fue dado, no fuese guardada, con todo, no le deben matar ni herir ni darle pena ninguna ni hacerle mal alguno. Podrán solamente tenerle guardado hasta que se cumpla el tiempo determinado, *d. l.* 3.

5 Tampoco puede ser dada á peños la cosa agena sin mandado de aquel cuya es. Pero si despues lo supiere y consintiere su dueño ó diere por firme, ó estando delante callare y no lo contradijere, valdria el empeñamiento como si se *hubiere hecho* por su mandado, *l.* 9. *d. tit.* 13. Si despues de haber empeñado uno á Pedro alguna cosa la empeñara á otro, sin sabiduría ni mandado de Pedro, no valdria el segundo empeño, sino es que la cosa valiese tanto que bastase para pagar á los dos. Y si habiéndola empeñado por tanto cuanto valia, la empeñase despues á otro sin sabiduría ni mandado del primero, estaria obligado á dar otro peño al segundo que valiese tanto como habia recibido de él. Y ademas de esto le puede poner pena el Juez, segun su arbitrio, por el engaño que hizo. Y esto mismo debe ser guardado cuando empeña cosa agena no lo sabiendo aquel que la recibe en peños. *l.* 10. *d. tit.* 13. *P.* 5.

6 Hipoteca expresa es aquella que se manifiesta por las mismas palabras de los que la constituyen. Tácita ó callada la que se constituye por la ley, ó bien apoyando la voluntad presunta de las partes, la que por eso llaman algunos *convencional*, ó bien sin atender á voluntad alguna, que por lo mismo suelen llamar puramente *legal*. De la primera de estas dos especies es la que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella, para asegurar la cobranza del arrendamiento y los menoscabos que le hubiere ocasionado en ella el arrendador. Y lo mismo si la cosa arrendada fuese campo, en las cosas que alli hubiere metido el arrendador, con

sola la diferencia de que en el campo es menester que las cosas hubiesen sido metidas con ciencia del dueño, la que no es necesaria en las casas, como lo hemos explicado con extension en el *tit.* 13. *n.* 7. con referencia á la *ley* 5. *tit.* 8. *P.* 5. que asi lo establece (1). Y de la misma especie es la que tiene el dueño de un campo que arrendó en los frutos que produjo, *l.* 6. *tit.* 11. *lib.* 10. y *ley* 15. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec. n.* 3. (2). Y la que tiene el legatario en los bienes del testador, *l.* 26. *d. tit.* 13. (3). Y últimamente la que compete al que prestó dinero para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para hacer ó reparar alguna cosa ú otro edificio, en la nave ó casa en que se hubiese empleado el dinero, *d. l.* 26. *v. E aun, d. tit.* 13. *P.* 5.

7 De la hipoteca meramente legal, que nace de la ley, sin respecto á la voluntad de las partes, hay tambien varias especies: I. La que tiene el fisco en los bienes de los que le deben tributos, y en los de aquellos que recogen los pechos del Rey, ó hacen arrendamiento ú otro convenio para recobrar sus derechos, *l.* 25. *d. tit.* 13. (4). II. La del pupilo en la cosa que otro le compró, hasta que haya cobrado todo su precio, *d. l.* 25. (5). III. La que tienen los menores en los bienes de sus guardadores, desde el dia que empezaron á usar su oficio, hasta que hayan dado las cuentas (6), *l.* 23. *d. tit.* 13. IV. La que tiene el marido para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió en los bienes del que le hizo la promision, fuese su muger, ó fuese otro; y la que tiene la muger en los bienes de su marido por razon de la dote, ó bienes parafernales que recibió con ella, *d. l.* 23. *l.* 17. *tit.* 11. *P.* 4. (7). V. La que compete

(1) L. 4. in quib. caus. pign. v. hipot. tac. const. L. 5. C. de locat. (2) L. 7. d. tit. in quib. caus. (3) §. 2. Inst. de legat. (4) L. 1. C. in quib. caus. pign. L. 1. C. de priv. fisc. (5) L. 7. qui pot. in pign. (6) L. 20. C. de admit. tut. (7) L. m. §. 1. C. de rei uxor. act. l. ult. C. de pac. conv.

á los hijos en los bienes de su madre: que casó segunda vez, por razon de las donaciones que le hizo su primer marido padre de dichos hijos, á cuyo favor estan reservadas, *l. 26. d. tit.* 13. (1). VI. La que tienen los hijos en los bienes de su madre, que despues de haber sido su guardadora, siendo viuda, casa con otro, y en los de este otro su padrastro, hasta que diere cuentas, *d. l. 26.* (2). VII. La que tienen los hijos por razon de sus bienes maternos en los de su padre fructuario de ellos que los administra; y si acaso los bienes del padre no fueren bastantes, podrán demandar los suyos á cualquiera que los tuviere, si no es que fueren herederos de su padre, *l. 24. d. tit. 13. P. 5.* El que empeña la escritura de compra de alguna cosa se entiende empeñar la misma cosa, *l. 14. d. tit.* 13.

8. Veamos ahora los derechos que tiene el acreedor en la cosa empeñada cuando el peño es especial. Puede demandar al que se la empeñó ó á sus herederos que se la entreguen. Y si este, antes de habérsela entregado, la diese, vendiese, empeñase ó enagenase de cualquier manera entregándola á otro, debe aquel á quien se empeñó primeramente pedir al deudor todo lo que le habia dado sobre ella; y si lo pudiere cobrar debe dejar en paz al que la tiene. Pero si no lo pudiere conseguir de él, entonces puede pedir la cosa al que la tuviere, *d. l. 14. d. tit.* 13. de suerte que el acreedor debe guardar en esto el mismo orden que contra el fiador, de haber de reconvenir primero al deudor que contrajo la obligacion. Pone en seguida *d. l. 14.* la excepcion en el caso que el deudor hubiese enagenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella; en el cual tendrá el acreedor la eleccion de demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al que la tenia segun mejor le pareciere. Si diste á Pedro en prenda un campo por 200 pesos que te prestó, y des-

(1) L. 6. §. 1. C. de secund. nup. (2) L. 6. C. in quib. caus. pign. v. hypot.

pues contrajiste á su favor otra deuda de 100 sencilla, sin expresion alguna de peños, y le pagares los 200 tendria sin embargo derecho de retener tu campo hasta que le pagues los 100. Cuyo derecho tiene tan solamente contra tí y tus herederos: de manera, que si acaeciese que siendo en poder de Pedro el campo le vendieses á otro, podria este pedir á Pedro que se lo entregara, pagándole solo los 200 pesos porque fue empeñado, sin poderlo Pedro resistir á título que todavia se le debian los 100. *l.* 22. *d. tit.* 13. (1).

9 Si al tiempo de constituirse el peño pactasen el acreedor y el deudor que si este no le redimia hasta cierto tiempo pudiese aquel vender la cosa empeñada, la podrá vender pasando el término en la manera convenida; pero deberá antes hacerlo saber al deudor que la empeñó, si se hallase en el lugar; y si no lo hallare á aquellos que encontrare en su casa. Y si el acreedor lo hiciere asi ó no lo pudiere hacer por alguna razon, puede proceder á hacer la venta públicamente en almoneda á buena fe y sin engaño, devolviendo al deudor las sobras del precio sobre el valor de la deuda, ó cobrando las faltas si las hubiere: *l.* 41. *d. tit.* 13. Si el empeñamiento se hubiese hecho sin expresarse tiempo de redencion ni cosa alguna sobre venta de la cosa, y habiendo requerido el acreedor al deudor delante de hombres buenos que la redimiera, este no quiso redimirla, y hubiesen pasado 12 dias si la cosa era mueble, ó 30 si fuere raiz, la puede vender dende alli adelante.

10 Y últimamente, si al empeñar la casa pactaron los contrayentes que el acreedor no pudiese vender la prenda, podrá sin embargo venderla si requiriere tres veces delante de buenos hombres al deudor que la libertara y pasasen despues de ello dos años. Y tanto en este caso como en el antecedente, se debe tambien hacer la venta de buena fe en almoneda, *l.* 42. *d. tit.* 13. *P.* 5.

(1) L. un. C. etiam ob chirograph.

No puede el mismo acreedor comprar la prenda, sino es que lo hiciera con placer de su dueño. Pero si puesta en almoneda no se encontrare comprador por miedo ó algun respeto á su dueño, podrá pedir al Juez que la otorgue por suya, y el Juez lo deberá hacer atendiendo á la cantidad de la deuda y valor de la prenda, *l.* 44. *d. tit.* 13. Tiene facultad el acreedor de empeñar á otro la cosa que él hubiese recibido á peños; pero si sucediere que el deudor le pagase lo que le debia, podrá recobrarla del segundo á quien se empeñó, el cual tendrá derecho de exigir del primero que le dé otro peño igual, ó que le pague lo que le debe, *l.* 35. *d. tit.* 13. Puede constituirse el peño so condicion ó á dia cierto, y entonces no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda hasta que se cumpla la condicion ó venga el dia, si no es que el deudor se hubiese de ausentar, en cuyo caso le tendrá para que se le entregue ó para que le dé seguridad de que se la entregará cumplida la condicion ó venido el dia, *l.* 17. *d. tit.* 13.

11 Porque con frecuencia se mueven pleitos entre los acreedores sobre quienes deben ser preferidos á los otros, queremos examinar este asunto con alguna extension, sin limitarnos á los hipotecarios de que hemos hablado, por considerar conducir á la mayor claridad y perfecto conocimiento el hablar de todo. Y advertimos antes de entrar en esta discusion, que si alguno quiere vindicar ó pedir por derecho de dominio alguna cosa que estaba en poder del deudor, como por ejemplo un caballo, el que le depositó en poder de Pedro es preferido á todos los acreedores de este en su razon, *ley* 9. *tit.* 3. *P.* 5. *al fin vers. Mas.* Pero si lo depositado fuese cosa que se suele contar, pesar ó medir, no tendrá esta prelacion el deponente, *d. l.* 9. cuya razon señala Greg. Lop. en su *glos.* 1. de que en este caso le falta el dominio que pasa al depositario: lo que establece expresamente la *ley* 2. *d. tit.* 3.

12 Viniendo con este antecedente á los acreedores,

decimos que sus clases que vamos á expresar, tienen prelacion las unas sobre las otras en el orden que las pondremos: y que cuando concurren dos de una misma, es preferido regularmente el que tiene mas antiguo el derecho, *l. 27. d. tit.* 13. (1), que en seguida pone por via de excepcion un caso, que bien examinado no lo es; porque el que alli se dice segundo: solo lo es en cuanto á haber contraido despues: pero tuvo seguro el derecho de peños antes del que trató primero, y de ahí nace la prioridad (2). Las leyes Romanas explicaban este derecho de prioridad por una regla muy concisa y hermosa: *Qui prior est tempore, potior est jure*; esto es: *El que es primero en el tiempo, es preferido en el derecho.* Los intérpretes hacen cinco clases. En la I. colocan á los singularmente privilegiados. En la II. á los hipotecarios privilegiados. En la III. á los hipotecarios no privilegiados. En la IV. á los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio meramente personal. Y en la V. á los no hipotecarios sencillos, que no tienen privilegio alguno, de los cuales tenemos en España tres especies que pueden tambien formar clases subalternas de preferencia como luego veremos.

13 A la primera clase pertenecen los que gastaron para enterrar al difunto, para recobrar las despensas que en ello hicieron: cuyo cobro le prefiere expresamente la *l.* 12. *tit.* 13. *P.* 1. á todas las deudas que debia el difunto, de cualquier manera que las debiese, con la prevencion de que dichas despensas sean hechas mesuradamente, *segun las circunstancias del difunto, y refiere qué cosas* deben entenderse por estas despensas (3), añadiendo, que primero se hagan de bienes muebles del difunto, si los hubiere, y en su defecto de los inmuebles. Pero téngase presente, y acomódese aqui lo que sobre gastos de entierro dijimos en el *tit.* 5. *n.* 18. y en el 6. *n.* 26. Y son

(1) L. 2. l. 4. et passim. C. qui potior. in pig. (2) L. 11. D. qui pot in pign. (3) L. 14. §. 1. l pen. de relig. et sumpt. fun.

tambien de esta primera clase los acreedores á quiénes se les debe pagar por razon de la faccion del testamento del difunto, inventarios ú otra diligencia semejante necesaria á formar el patrimonio para proceder á la paga de las deudas, *l.* 8. *tit.* 6. *P.* 6. que compara estos gastos con los del entierro (1), Gom. *in l.* 30. *Taur.* en donde añade deberse decir lo mismo de la que se gastó en la enfermedad del difunto.

14 Pertenecen á la II. clase los acreedores hipotecarios privilegiados, cuales son: I. El fisco por lo que se le debe, y la muger en los bienes del marido por razon de su dote, *l.* 33. *d. tit.* 13. *P.* 5. (2). II. El que dió dinero para rehacer ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para guarnecer la nave de armas ú otras cosas que fuesen menester, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, y con efecto se empleó en ello el dinero; porque este en razon del derecho de hipoteca que tiene sobre la nave, ó bien expresa, ó aunque fuese tácita; es preferido al que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa á su favor, *l.* 28. *d. tit.* 13. (3), que da la razon de esta preferencia diciendo: *Porque con los dineros que él dió fue guardada la cosa que se pudiera perder* (5). III. El huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario á quien estuviere empeñada por el mismo que la compró por hipoteca general, *l.* 30. *d. tit.* 13. (4). IV. El que prestó dinero á Pedro, que tenia todos sus bienes hipotecados en hipoteca general á otro para comprar alguna cosa, con el pacto de que esta cosa le debia estar hipotecada; pues tendria el que prestó preferencia en la cosa comprada al hipotecario general, *d. l.* 30. (5). V. Los señores de las tierras en los frutos que producen para cobrar su renta ó arrendamiento en los que establece la *l.* 6. *tit.* 11. *lib.* 10.

(1) L. ult. §. 9. C. de jur. deliber. (2) L. ult. C. qui potior in ping. (3) L. 5. qui potior in pign. l. 6. eod. (4) D. l. 6. (5) L. 7. eod.

y *ley* 15. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que sean preferidos á los otros acreedores de cualquiera calidad que sean.

15 Los de esta II. clase ceden siempre á los de la primera, y asi sucesivamente como hemos insinuado; pero si se moviere lucha entre dos de una de estas dos clases, no hay apoyos de leyes expresas ni opinion generalmente recibida para decidirla. Diremos sin embargo algo, con sujecion como siempre, á los que pensaren mejor. Por lo tocante á la primera, que debe ser preferido á todos el que solicita recobrar lo que gastó en el entierro del difunto; porque ademas de tener algun apoyo su prioridad en las muchas leyes que hablan de su *privilegio*, lo persuade asi el estar establecido por la causa pública y de la religion que tanto interesan que esten expeditos los medios de facilitar los entierros de los cadáveres.

16 Para los casos en que disputaren algunos de la II. clase, no encontramos tan buen apoyo para la decision; pero no dejan de dar alguna luz palabras con que las leyes conceden el privilegio, y las razones que le han motivado. Con respecto á todo esto nos parece que los dueños de las tierras deben ser preferidos en los frutos nacidos de ellas á cualquier otro privilegiado. Lo persuaden las palabras de la ley, y el considerar que ni los dueños ni los colonos ó arrendadores debieron tener la intencion de que los frutos se hicieran de estos si no por medio de la paga; y de consiguiente que no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y les detiene el colono como por depósito: lo cierto es, que estando pendientes, antes de percibirse son del dueño de la tierra como parte de ella (1). Tambien nos inclinamos, que por lo tocante á nave ó casa, debe preferirse á todos el que dió dinero para su refaccion ó reparo, por la sólida y preferente razon que hemos manifestado, expresada en la citada *l.* 28. *d. tit.* 13. que le concede la prelacion.

(1) L. 44. de reivind.

Del fisco y de la muger por razon de su dote, suele decirse, que corren á un mismo paso. Su privilegio consiste en tener preferencia á los acreedores hipotecarios que tienen á su favor hipoteca tácita anterior; pero no si esta fuese expresa, *d. l. 33. de tit. 13.* Y se extiende á los descendientes de la muger, pero no á sus herederos extraños, aunque sí que les alcanza el derecho de hipoteca, como prueban *Greg. Lop. en la glos. 6. de d. l. 33. y Anton. Gom. en la l. 50. de Toro n. 45.* Si esta prelacion de la muger le compete tambien por razon de sus bienes parafernales, es cuestion no decidida en nuestras leyes. La comun opinion lo niega, Covar. 1. *var. cap. 7. n. 1.* Vela *disert. 2. n. 64.* En los casos que acabamos de referir, cesa la regla que hemos notado al *n. 12.* de tener preferencia el que tuviere el derecho mas antiguo; pero sí que tendrá lugar cuando la competencia fuere entre herederos de persona de una misma especie. Si sucediere pues el caso de que habiendo tenido Pedro dos mugeres, solicitaran los herederos de ambas el cobro de su crédito dotal, tendrian preferencia los de la primera, *d. l. 33. tit. 13.* la que añade en seguida una excepcion digna de saberse, y es, que si en los bienes del marido fuesen halladas algunas cosas que fuesen primeramente de la segunda muger, estas tales en salvo deben fincar en ella, y á sus herederos; y prueba Greg. Lop. en la *glos. 7. d. l. 38.* deber entenderse tambien esta doctrina cuando dichas cosas hubiesen sido dadas estimadas en estimacion que hizo venta. No nos atrevemos á avanzar mas en asunto tan delicado, ni corresponde á un mero Institutista.

17 A la III. clase de acreedores pertenecen los hipotecarios no privilegiados, en la cual obra de lleno la famosa regla de ser preferido el que tiene el derecho mas antiguo, *l. 27. d. tit. 13.* que hemos citado arriba *n. 12.* explicando cómo debe entenderse con referencia á la regla, la que pone como limitacion, la que no consideramos contraria, ó excepcion. Ni lo es tampoco, aunque lo parezca á pri-

mera vista la *l.* 31. *d. tit.* 13. en cuanto dice, que el acreedor que probare con escritura hecha por mano de Escribano público habérsele hipotecado alguna cosa, es preferido á otro que lo acreditase á su favor, por carta en que lo escribió por su mano misma el deudor, ó haciendo pacto de esta obligacion ante dos testigos, aunque esta obligacion fue anterior á la de la escritura pública. Porque si se mira con atencion esta decision, con lo restante de la ley se conoce fundarse, en que el escrito privado no está enteramente libre de sospecha, de que pudo ponerse su fecha con anterioridad al tiempo en que verdaderamente se hizo, cuya sospecha no puede caber contra la escritura pública.

18 Lo persuade tambien asi la segunda parte de la *misma ley*, en que establece seria preferido al de la escritura pública el que tuviere á su favor el documento privado, si este fuese hecho por mano del deudor, y firmado con tres testigos que escribiesen en él sus nombres, con sus manos mismas; y da la razon Greg. Lop. en la *glos.* 8. *de d. l.* 31. de tener fuerza de instrumento público el documento ó carta con estas circunstancias: que es lo mismo que decir, que está tan libre de sospechas de fraude, como la escritura pública. Y con arreglo á esta doctrina prueba bien Covarr. *pract. quæst. cap.* 12. tratando latamente de este asunto, que siempre que constase plenamente, que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, deberia ser preferida á esta. La *l.* 13. *d. tit.* 13. contiene una especie digna de notarse en este particular, y es, que si el Juez ha mandado dar alguna cosa en peños á Pedro, y antes que se le entregue la empeña su amo á otro en peño convencional, y se la entrega, es este preferido: cuya doctrina la pone como ejemplo de una regla que establece; á saber: que los empeños que manda hacer el Juez no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego que los otorgan las partes.

19 De la IV. clase de acreedores solo encontramos

uno en nuestras leyes, que es el deponente que dió en depósito cosas que se suelen contar, pesar ó medir, por cuento, peso ó medida, en cuyo caso pierde el dominio de ellas, como vimos arriba al *n.* 11. pero tiene en ellas privilegio de ser preferido á los demas acreedores que no sean hipotecarios, *l.* 9. *tit.* 3. *P.* 5. y en su *glos.* 3. Greg. Lop. La V. clase en que se coloca á los acreedores, que ni tienen hipoteca ni privilegio alguno, la tenemos subdividida en tres especies, órdenes ó clases, en la *ley* 5. *tit.* 24. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Manda, que los acreedores que acreditan su crédito por escritura pública, sean preferidos á los otros. En segundo lugar, que los que prueban por documento privado escrito en el papel sellado que corresponde á su calidad y cantidad, tengan prelacion sobre los que solo apoyan su crédito en papel comun ú ordinario, que por esto estan en el orden tercero y último. En los que pertenecen al orden segundo, da lugar á la regla de prioridad que hemos explicado, alli: *Dándoles lugar entre sí mismo conforme á su antelacion.* Cuya regla, aunque no la expresa en los del orden primero, debemos creer ser su intencion, que se observase tambien en ellos; porque sobre no aparecer razon alguna de diferencia, tiene la equidad que es notoria.

20 Pero no creemos se deba observar en los del orden tercero; porque sobre no expresarse en la ley, dice con mucha razon la misma, que tales escritos estan sujetos á grandes fraudes por las antedatas y postdatas, y otros inconvenientes que en ellos se suelen hacer, por las cuales aparecen mas antiguos de lo que son. Solo habla la ley de los acreedores quirografarios ó no hipotecarios; pero teniendo tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados la citada regla, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones las mismas fraudes que quiso evitar, no dudamos en afirmar, que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

21 Para concluir *este título*, solo falta que veamos

los modos por los que se extingue ó acaba la obligacion de peños. Como es accesoria, es preciso se acabe por todos aquellos que extingue la principal, de los que trataremos mas abajo en el *tit.* 23. Y hay otros en que conservándose esta, se acaba ella por sí misma, y son: I. Si se pierde ó consume enteramente la prenda sin culpa del deudor segun aquel famoso axioma: *Los deudores de cierta especie, por perecer esta, sin culpa suya, se libertan* (1). Dijimos *enteramente*; porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos arriba al *n.* 2. (2). II. Por la remision ó condonacion del acreedor expresa ó tácita. En la expresa no hay dificultad. La *tácita* se entiende cuando ocurre algun caso que la hace presumir y prueba: tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entenderia, que le remitia el derecho de peños, pero no la deuda, sino es que dijese manifiestamente que se la perdonaba, *l.* 40. *d. tit.* 13. (3). Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de 30 años, sin distinguir cuál sea el poseedor, al tenor de lo que dijimos de los censos en el *tit.* 14. *num.* 43. *y siguientes*: cuya doctrina puesta alli con extension, es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

LIBRO XIX.

DEL CONTRATO LITERAL,

Y DE LOS REALES (4).

1. 2. 3. *De la obligacion literal.*
4. 5. 6. 7. 8. *Del contrato del mutuo, y de la prohibicion*

(1) L. 23. de verb. oblig. (2) L. 21. de pig. act. (3) L. 3. de pact.
(4) Lib. 3. Inst. titt. 15. y 22.

de darse mutuo á los hijos de familia.
9. 10. *Del comodato.*
11. 12. 13. 14. 15. *Del depósito.*

1 Decimos contrato literal al que para su constitucion son necesarias letras ó escrito, y sucede: *Cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no la ha recibido, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado.* Asi lo explica la *l.* 9. *tit.* 1. *P.* 5. que es la única de las nuestras que habla de este asunto. Usa de la palabra *cosa*, pero prueba bien Greg. Lop. en su *glos.* 1. que debe ser de aquellas que constan de peso, número y medida, y lo convence la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravedís. Dentro de dos años puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perficione este contrato, sin estar él obligado, ó bien oponiendo la excepcion de no habérsele entregado el dinero, si se le pide de justicia ó protestar el no entrego, aunque no se le pida; y en su consecuencia, que se le devuelva el escrito ó vale suyo, que tiene el que se titula acreedor. Si los deja pasar sin valerse de alguno de estos remedios, estará obligado á pagar el dinero, como si le hubiese recibido; porque recibe toda su perfeccion el contrato, que es obligatorio como todos los demas.

2 Pero para estarlo antes de cumplirse los dos años, es menester que pruebe el que tiene el vale, que con efecto le entregó el dinero; y entonces ya seria contrato de mutuo, ó préstamo y no literal. La razon de no tener el que firmó el vale la obligacion de probar su excepcion cuando la pone, es por tener á su favor la presuncion de que no se le habia entregado el dinero cuando le firmó, como lo indican las palabras primeras de la *ley*, y lo acredita cada dia la experiencia: á esto obliga la indigencia á los que solicitan préstamos. Si renunciare dicha excepcion no la podrá oponer, y habrá de pagar aunque la renun-

cia esté hecha en el mismo escrito, *d. l.* 9. que establece cuanto llevamos dicho. La circunstancia de servir la renuncia cuando se hace en el mismo vale, no deja de tener algunos inconvenientes; porque los pobres en aquel lance firman la renuncia con la misma facilidad que el préstamo, ó por decirlo mejor, todo lo abonan bajo una sola firma. El señor Covar. examinando con su ordinaria solidez y bastante extension esta renuncia, 2. *var. cap.* 4. *n.* 3. dice: ser muy frecuente su uso en España, y que cuando se hiciere debe entenderse de modo, que no pueda el renunciante oponer la excepcion, transfiriendo á su adversario la obligacion de probar el entrego; y que al contrario seria, queriendo tomar sobre sí la de *no haberlo habido.* Y añade y funda, que la partícula *si* de que usa nuestra *ley* cuando habla de esta renuncia, no contiene condicion; porque tambien vale, y con mas razon la renuncia hecha en otro papel.

3 El haber establecido la *ley* 4. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que los vales reconocidos por los que les hicieron ante Juez competente, traigan aparejada ejecucion, ha dado ocasion á nuestros Intérpretes para disputar, si despues de ella queda excluida la referida excepcion, cuando el que firmó el vale, le reconoce delante del Juez ó su Escribano. Nos parece mas probable la opinion que lo niega; porque sobre nacer la excepcion del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos guarenticios, como lo prueba Gom. 2. *var. cap.* 6. *n.* 3. y Molina *de just. et jur. disp.* 302. á los cuales compara dicha *ley* los vales reconocidos. Pero si el que reconoció el vale, reconociese tambien ser cierta la deuda que expresaba, no habia lugar á la excepcion, por faltar la presuncion de que no hubo entrego, en que se funda.

4 Los contratos reales, de que vamos á tratar, llamados asi, porque necesitan para su constitucion, que se entregue alguna cosa, que en latin se dice *res*, son tres, mutuo, comodato, depósito, pues aunque en las Instituciones Romanas se cuenta tambien por tal, como lo es el

de peños, cuando la prenda se entrega al acreedor, le omitimos aqui, por haber tratado de él completamente en el *título antecedente*. El *tit.* 1. *de la P.* 5. que habla del primero de estos tres contratos, tienen la inscripcion: *de los empréstitos*, y dice su *ley* 1. que: *Empréstamo es una manera de pleito (contrato) que hacen los omes entre sí, emprestando los unos á los otros de lo suyo, cuando lo han menester*; y en seguida le divide en dos especies, que describe, diciendo ser la una la que llaman en latin *mutuum*, y la otra *commodatum*. Y respecto que estos nombres se han castellanizado por el uso; y que valiéndonos de ellos, se hablará con mas separacion y claridad de cada uno de estos dos contratos, los explicaremos bajo de estos nombres. Decimos pues, que mutuo es: *Contrato por el cual se da á alguno cosa que se acostumbra contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto.* Por él pasa su dominio al mutuatario que la recibe, *l.* 1. *d. tit.* 1. *P.* 5. (1). De ello se infieren dos cosas: La una, que si se pierde, aunque sean sin culpa suya, por fuego ó cualquier otra aventura, se pierde para él, *l.* 10. *tit.* 1. (2), y puede hacer de ella lo que quisiere, *l.* 2. *tit.* 1. y la otra, que solo puede dar en mutuo el que fuere dueño de las cosas que da, ú otro por su mandado, *d. l.* 2.

5 Se puede dar no solo á las personas particulares, sino tambien á los Reyes, á las Iglesias, Ciudades ó Villas, y á los que fueren menores de 25 años. Cuando asi sucediere, es menester para que valga el mutuo, que pruebe quien le dió haberse convertido en utilidad de quien lo recibió, sino es que el mensagero que lo recibió de cuenta del Rey, enseñara carta del Rey para recibirlo, en cuyo caso no seria necesaria dicha prueba, *l.* 3. *d. tit.* 1. En cuanto á los préstamos que se hacen á los hijos de familia, sin mandado del padre en cuyo poder estan, adopta con mucha razon la *ley* 4. *de d. tit.* 1. (3) la doctrina del ce-

(1) Princ. Inst. quib. mod. re con. obl. (2) L. 1. §. 4. de obl. et act.
(3) L. 1. de senat. Maced.

lebérrimo Senadoconsulto Macedoniano de los Romanos, tan provechoso para que no se corrompa la juventud. Manda, pues, que si tal hijo hubiere tomado mutuo de otro sin mandado de su padre, no esté tenido á la paga ni él, ni su padre, ni el fiador, si lo hubiere dado.

6 Pero hay algunos casos de excepcion expresados en *d. l.* 4. y las dos siguientes: I. Si preguntado el hijo cuando tomaba el préstamo, si tenia padre en cuyo poder estuviere, respondió que no (1). II. Cuando tuviere públicamente algun oficio del Rey, otro señor, ó algun consejo, ó fuese menestral de cualquier menester, ó tuviese y usase de tienda de mercancía, como hombre que no está en poder de otro (2). III. Si fuere caballero, esto es, soldado: lo que entiende Greg. Lop. en la *glos.* 11. *de d. l.* 4. del peculio castrense (3), *d. l.* 4. IV. Si empleare lo que recibió en utilidad del padre, en cuyo poder está, *l.* 5. *d. tit.* 1. (4). V. toma el mutuo con mandado ó sabiduría de su padre, que estando delante lo consiente, ó estando ausente se lo envia á decir por carta ó de otra manera, y este lo otorga, ó si paga despues alguna partida de la deuda, estan obligados al préstamo el que lo sacó, ó aquel en cuyo poder está. Y lo mismo si hiciere dicha paga el mismo que recibió el mutuo, siendo de edad cumplida, despues que salió de la patria potestad, *l.* 6 *d. tit.* 1. (5). VI. Si habiendo ido el tal hijo á alguna mandadería ó escuela tomare algun prestado, está obligado el que le tiene en su poder á pagar hasta aquella cantidad á lo menos que pudiera haber gastado en comer, vestir y otras cosas que le hubieren sido necesarias estando en su poder y casa: como tambien cuanto juzgase que le podia costar el alquiler de la casa, y lo que habrian de dar á su maestro, y expender en otras cosas que serian menester por razon de su estudio, *d. l.* 6. *d. tit.* 1. (6). Si teniendo algun mercader tienda de vendería pusiese en ella en su lugar á otro

(1) L. 1. C. eod. (2) L. 3. D. eod. (3) L. 1. §. ult. eod.
(4) L. 17. eod. (5) L. 7. §§. 15. et 16. eod. (6) D. l. §. 7. 13.

que no estuviese en su poder, y este tal tomase algo en mutuo por mandado del mercader, ó lo metiese en su pro ó utilidad, no estaria obligado á pagarlo sino el mercader: lo contrario seria si lo tomase sin mandado ni utilidad del mercader, *l. 7. d. tit.* 1.

7 Solo se pueden dar en mutuo, segun la definicion de este contrato puesta arriba *n.* 4. aquellas cosas que se acostumbran contar, pesar ó medir, esto es, que de este modo estan en el comercio de los hombres, como dinero, trigo, vino, aceite. Y el que asi lo recibe está obligado no á restituir las mismas cosas, porque puede consumirlas y hacer de ellas lo que quisiere, como hemos visto; sino otro tanto tal, esto es, del mismo género ó especie, y de tan buena calidad como lo que se le prestó, aunque nada de esto se hubiese dicho al tiempo que se dió, *l.* 2. *d. tit.* 1. (1). Y si entonces se señaló el tiempo, en él debe restituirse; y no habiéndolo señalado, á voluntad del mutuante, 10 dias despues que fue hecho el préstamo, *d. l.* 2. en cuya *glos.* 7. dice Greg. Lop. deberse entender estos 10 dias, con tal que el acreedor lo hubiese pedido. Tambien en cuanto al lugar se debe hacer la restitucion en él señalado, si lo hubiere. Y si el deudor no tuviere de aquel género, deberá dar al acreedor tanto precio cuanto montare el valor de lo que se le prestó en el dia y lugar en que debia darlo. Y si no hubiere señalado dia ni lugar, deberá estimarse el valor, segun fuere en el lugar en que se demanda, y tiempo en que se le pide en juicio, *l.* 8. *d. tit.* 1. Si el deudor fuese moroso en no pagar al tiempo que debe, ha de pagar la pena que fuese puesta, y no habiéndola los daños y menoscabos que causó al acreedor, *l.* 10. *d. tit.* 1. (2). Que se haya de volver el mismo género es circunstancia esencial de este contrato, y que sea de la misma calidad natural. Véase lo que dijimos *tit.* 10. *n.* 37.

8 El que quisiere enterarse de lo establecido sobre re-

(1) L. 3. de reb. cred. (2) L. 22. eod.

duccion de monedas, trueco de ellas, con su precio, pagando las que se debieren de una calidad en otra, puede ver *el tit.* 17. *lib.* 9. *y la ley* 19. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. y sus notas.* Y puede tambien leer á Retes *l.* 7. *opuscul.* y á Larrea *decis.* 24.

9 El segundo contrato real es el comodato, que es: *Préstamo que hace uno á otro, como de caballos ú otra cosa semejante, de que se debe aprovechar el que recibe, hasta tiempo, ó para cierto uso,* y esto se entiende cuando lo hace por gracia ó por amor, no tomando el que lo da por ello precio de alquiler ú otra cosa alguna. Y pueden dar y recibir en comodato las mismas personas que pueden dar y recibir mutuo, de las cuales en los *nn.* 4. *y* 5. hemos hablado, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 5. Entre este contrato y el mutuo hay dos diferencias capitales, cuales son, que la materia del mutuo son las cosas que se acostumbran contar, pesar ó medir, y por él pasa el dominio de estas cosas al que las recibe; y en el comodoto es todo lo contrario, *l.* 1. *tit.* 1. *d. P.* 5. (1); y de ellas dependen otras subalternas, como son, que el comodatario, pasado el tiempo ó uso para el cual se le entregó la cosa, la debe restituir, *l.* 9. *d. tit.* 2. y que si pereciere sin culpa suya por aventura, queda libre de restituir ó pagar cosa alguna, *l.* 3. *d. tit.* 2. lo que no sucede asi en el mutuo como hemos visto. En cuanto á la última de estas diferencias debemos advertir que hay en *d. l.* 3. casos de excepcion, en los cuales queda obligado el comodatario, habiéndose perdido ó perecido la cosa por aventura ó caso fortuito: I. Si pereció por culpa suya, dando á la cosa otro uso del que se le habia concedido (2). II. Si fue moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de pasado el tiempo señalado (3). III. Si se conviene con el comodante, que le pagará los daños ó perjuicios ocasionados por las aventuras, con arreglo á lo que dijimos en el *tit.* 10. *n.* 38. (4).

(1) §. 2. init. quib. mod. re cont. obl. (2) L. 18. com. v. con.
(3) L. 82. §. 1. verb. oblig. (4) L. 23. de div. reg. jur.

Aunque regularmente se da la cosa en comodato, por sola la utilidad del que la recibe, se puede tambien dar por utilidad de ambos contrayentes, y aun por la del que da tan solamente; y segun fuere deberá prestar el comodatario, en el caso de perderse ó deteriorarse, la culpa levísima en el primer caso, la leve en el segundo, y la lata solamente en el tercero, *l.* 2. *d. tit.* 2. que lo ilustra con ejemplos, al tenor todo de las reglas que hemos notado en *d. tit.* 10. *n.* 38.

10 El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si le tiene y no lo manifestare sabiéndolo debe pagar al comodatario todo el daño que por esta razon le viniere, *l.* 6. *d. tit.* 10. (1), que pone el ejemplo en uno que prestó cuba ó tinaja para tener vino ó aceite, que estaba quebrantada ó tan inficionada que lo puesto en ella se perdiere ó tomase mal sabor. El locador paga este daño por el vicio de la cuba, aunque le ignorase, como vimos al *tit.* 13. *n.* 5. El comodatario por su parte debe restituir la cosa al comodante luego que pasó el tiempo ó uso para que la recibió. Y si fuere bestia, darle de comer de lo suyo, y gastar lo demas que fuere necesario mientras se sirviere de ella. Pero si enfermare sin culpa suya, pagará su dueño, y no él lo que se hubiese gastado en medicinas, y satisfacer al maestro que puso su trabajo en curarla, *l.* 7. *d. tit.* 2. (2). Y no puede retener la cosa á título de deuda que le debiere el comodante, salvo si esta fuere contraida por beneficio y razon de la misma cosa, y despues que se le prestó, y no antes, en cuyo solo caso la podrá retener, siendo las expensas que hubiese hecho de aquellas que en derecho las puede pedir, *l. últ. d. tit.* 2. esto es, las necesarias. Si durante el comodato muriese el comodatario dejando varios herederos, deberá restituir la cosa el que la tuviere en su poder. Y si habiéndose perdido quedare en ello obligacion, deberá pagarse por todos. *l.* 5. *d.*

(1) L. 17. §. 3. l. 18. §, 3. com. v. cont. (2) D. l. 18. §. 2.

tit. 2. Si el comodatario perdió la cosa, y habiéndola pagado la hallare el comodante, tendrá este la eleccion de retener la cosa, y tornar el precio que tomó por ella, ó conservar el precio y entregar la cosa al comodatario; pero si el que la halló fuere un tercero, se la podrá demandar él mismo, puesto que la pagó, *l.* 8. *d. tit.* 2.

11 El tercer contrato real que nos falta que explicar es el depósito, el que las leyes *de las Partidas* llaman *condesijo*, cuyo nombre derivado del verbo *condesar*, que significa poner en custodia ó guarda, en el dia ya no está en uso, y es: *Contrato, por el cual da un hombre á otro su cosa en guarda, fiándose de él, l.* 1. *tit.* 3. *P.* 5. (1). Y puede esto hacerse en tres maneras: I. Cuando estando uno sin cuidado especial alguno, ó sin turbulencia ó alteracion da á otro en guarda sus cosas. II. Cuando estando en alteracion ó turbulencia, porque se quema ó cae la casa en que tenia sus cosas, ó quebranta la nave en que las llevaba, las diere en guarda para libertarlas del peligro, al que suelen llamar *miserable*, y asi le llamamos á diferencia del otro que decimos sencillo ú ordinario. III. Cuando algunos hombres entienden en razon de alguna cosa, y la meten en mano de un fiel, encomendando que la guarde hasta que la contienda sea librada en juicio, *d. l.* 1. Esta se llama *secuestracion*, y hablaremos de ella mas adelante, al tratar de los juicios.

12 Se pueden dar en depósito todas las cosas de cualquier manera que fueren; pero regularmente usan mudar las muebles que de las otras, y entonces se dice propiamente depósito, cuando no se recibe precio ni galardon por guardarle; pues si se da ó promete algo señalado seria logüero, *l.* 2. *d. tit.* 3. bien que está en uso llamarse tambien depósito la guarda que se hace por paga, y quien asi lo recibe está mas tenido que el otro.

(1) L. 1. in pr. et §. 8. depos. vel. cont.

Ni el dominio ni la posesion de las cosas que se dan en depósito pasan al que las recibe, á excepcion que fueren de las que se suelen contar, pesar ó medir, y se dieren por cuento, peso ó medida, en cuyo caso, como ya dijimos, *tit.* 18. *n.* 11. pasaria el dominio al que asi las recibe, con la obligacion de volverlas ó dar otro tanto, y tal como el que recibió, *d. l.* 2. sacada de una ley Romana (1), que tambien lo estableció asi, y ha dado tanto que hacer á sus Intérpretes, como puede verse en *nuestro Digesto lib.* 16. *tit.* 3. *nn.* 3. *y* 4. los cuales le llaman con razon depósito *irregular*, porque lo es en muchas cosas, como aparece desde luego.

13 Cualquiera que tenga las cosas en su poder, las puede dar en depósito á todo hombre; sea lego, Clérigo ó Religioso, y el que las recibe es tenido á guardarlas bien y lealmente, de manera que no se pierdan ni empeoren por su culpa ó engaño. Que debe prestar el engaño y la culpa lata es claro; porque segun dijimos en el *tit.* 10. *n.* 38. se prestan en todos los contratos. Pero la regla que alli hemos notado, le exime de la prestacion de la culpa leve; porque en este contrato toda la utilidad es del que da, *l.* 3. *d. tit.* 3. *P.* 5. la que pone tres excepciones: I. Cuando lo pactasen asi los contrayentes. II. Cuando el depositario solicitó el depósito. III. Cuando el depositario recibe paga: se acomodó en esta última al uso de llamar á este depositario que no lo es, hablando propia y rigurosamente, como vimos arriba al *n.* 12. No estando obligado á prestar la culpa leve, lo está mucho menos á la levísima, y ocasion ó caso fortuito, *l.* 4. *tit.* 3. la cual pone tambien cuatro casos de excepcion. De estos los tres primeros son los mismos de especial convencion, mora ó tardanza, y culpa, que tambien hemos expresado en el comodatario arriba *n.* 9. Y el cuarto cuando el depósito fue hecho principalmente por utilidad del que le recibe. Parece que en este ca-

(1) L. 24. l. 25. §. 1. eod.

so solo deberia estar tenido á la culpa levísima como el comodatario, y no al caso fortuito; pero la ley asi está escrita.

14 El depositario debe restituir la cosa al que se la dió en guarda, ó á sus herederos, á cualesquier tiempo que se pida, sin poderla retener por razon de compensacion ó deuda que le debiere el deponente: ni aun por razon de las expensas que en ella hubiese hecho, y la deberá restituir con los frutos, rentas y mejorias que saliesen de ella, pidiendo separadamente lo que le debiere, *l. 5. l. últ. d. tit. 3.* (1). Y en la *6. del mismo tit.* se ponen cuatro casos en que el depositario no debe restituir la cosa: I. Si esta fuese espada ú otra arma, y el que la depositó se hiciere loco, no se la deberá restituir mientras estuviere en su locura el que la dió. II. Cuando el deponente es desterrado, y el Rey mandó confiscarle todos sus bienes: en cuyo caso todo lo que él tenia es para el Rey (2). III. Si concurrieren á pedir la cosa un ladron que la depositó; y otro que dice ser suya: entonces se devolverá á este si lo probare y no al ladron (3). IV. Si una cosa que fue hurtada á Pedro, se le diere en depósito, y él conociese ser suya, no tendrá obligacion de restituirla al que la depositó. Si la cosa fuese depositada en una Iglesia ó Monasterio, con otorgamiento y mandado del Prelado y Cabildo, tenidos son á tornarla de la misma manera que si la hubiese recibido cualquiera hombre; y lo mismo seria si estuviesen delante el Prelado ó Cabildo, y callasen y no lo contradijesen. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de ellos, esto es, de la Iglesia ó Cabildo tan solamente, no sabiéndolo los otros, solo aquel estará obligado, y no el Prelado ó Cabildo, salvo si la cosa fuera dada ó expendida en utilidad de la Iglesia, porque entonces estarán todos obligados, *l. 7. d. tit. 3.*

(1) L. 10. §. 24. depos. v. cont. (2) L. 31. eod. (3) D. l. 31. §. 1.

15 Si el depositario negare el depósito y le fuere probado en juicio, se hace infame, y debe sea condenado á volver la cosa, ó su estimacion con las costas y menoscabos y perjuicios que hubiese tenido el deponente por esta razon, segun el juramento de este, tasado por el Juez; pero no deberá pagarle los daños por lo que dejó de ganar, *l.* 8. *d. tit.* 3. Si el depósito fuese miserable debe pagar el que negó y le fue probado, la estimacion doblada por la gran maldad de la negacion en las circunstancias de los depositos de esta clase, *d. l.* 8. (1).

TITULO XX.

DE LAS DONACIONES.

Tit. 4. P. 5. y tit. 7. lib. 10. de la Nov. Rec. (2).

1. *Se explican las dos especies de donaciones entre vivos, y por causa de muerte: y quiénes pueden hacerlas ó no hacerlas.*
2. *Modos en que pueden hacerse las donaciones.*
3. 4. *Tasa de las donaciones.*
5. 6. *De las donaciones entre vivos, y cuándo pueden revocarse.*
7. 8. *De las que se hacen por causa de la muerte.*

1 Seguimos el método del *libro de las siete Partidas* en tratar de las donaciones, despues de los tres contratos de que acabamos de hablar, bien fundado allí en el *principio de este título*; porque en aquellos se ve la beneficencia y amor de unos hombres con otros, y esto resplandece, y mas en las donaciones. Se divide la donacion en dos especies, de las cuales dice la *l.* 1. *tit.* 7.

(1) L. 18. depos. v. cont. (2) Tit. 7. lib. 2. Inst.

libr. 10. *de la Nov. Rec.* que la una se hace por manda en razon de muerte, y la otra en sanidad sin manda. A esta solemos llamar entre vivos, y á la otra por causa de la muerte (1). Trataremos antes de la dicha entre vivos por ser la mas noble. De ella dice la *ley* 1. *d. tit.* 4. *P.* 5. *Donacion es bien fecho que nace de la nobleza, e bondad de corazon, cuando es fecha sin ninguna premia,* esto es, que se hace con solo el fin de ejercer la liberalidad. La pueden hacer todos á excepcion de los inválidos que no tienen facultad de enagenar, que tantas veces hemos referido, *d. l.* 1. Tambien se exceptuan los reos de lesa Magestad, y los que trabajasen en matar ó herir á aquellos que el Rey hubiese escogido señaladamente por sus Consejeros escogidos honrados: los condenados por hereges por la Santa Iglesia, *l.* 2. *d. tit.* 4. que dice lo mismo de los que ya han sido condenados á muerte ó perpetuo destierro; pero en cuanto á estos juzgamos estar corregida esta *ley* por la 3. *lib.* 18. *tit.* 10. *de la Nov. Rec.* que les permite testar. Los hijos que estan en poder de sus padres, pueden hacer donacion de sus bienes castrenses ó cuasi castrenses, si los tuvieren, sin otorgamiento del padre. Y tambien de los profecticios podrán dar alguna cosa á su madre ó hermana ó sobrina, ó algunos de los otros parientes para casamiento ó para otra cosa, que entendiesen les era gran menester, y fuere cosa justa y derecha. Y lo mismo seria si dieren á su maestro que le enseñase ciencia, ó alguna arte ó menester: mas de otra manera no podrán dar, *l.* 3. *d. tit.* 4. De las donaciones que hacen los padres á sus hijos, véase lo que dijimos hablando de las mejoras de tercio y quinto en el *tit.* 6.

2 Las donaciones se pueden hacer puramente so condicion y á dia cierto, *l.* 4. *tit.* 18. *y* 3. *tit.* 19. *lib.* 10. como todas las obligaciones, segun dijimos en el *tit.* 16. *n.* 7. en donde tambien explicaremos estos tres modos de

(1) Princ. Inst. de donat.

contraerse, y los varios efectos que producen, acomodables enteramente á las donaciones. Se pueden asimismo hacer siendo presentes el que da y el que recibe la donacion, ó cuando el que hace la donacion está en otra tierra, y la hace por carta ó por mensagero cierto, en que le envia á decir señaladamente lo que da. Y hecha la donacion por palabras ó por carta simplemente, sin haberse entregado *la cosa*, está obligado á cumplirla el que la hace (1); pero sin podérsele pedir mas de lo que pueda hacer, porque le compete el beneficio que llaman de *competencia*, *l. 4. d. tit.* 18. de que hablaremos en su lugar. Si se hiciere hasta cierto tiempo, valdrá hasta que este viniere; y venido ganarian la posesion y el señorío de la cosa dada el donador ó el que estuviere señalado, y en defecto de ellos los herederos del mismo donador, *l. 3. tit.* 19. Si en la donacion se impuso algun cargo al que la recibe, y le cumpliere, quedará en un todo válido; pero si no le cumple puede ser apremiado á que lo cumpla ó desampare la donacion, pues la puede revocar el donador, *l. 2. d. tit.* 19. que añade con razon, que á estas donaciones dicen en latin *sub modo*.

3 Como el Público interesa en que ninguno consuma su patrimonio temerariamente con profusiones inmoderadas, usando de esta manera mal de sus cosas; ha puesto la *ley 5. d. tit.* 19. con mucha razon á las donaciones la tasa de quinientos maravedis de oro, mandando que no valgan en cuanto excedieren de esta cantidad, sino es con carta ú sabiduría del Juez de aquel lugar, ó como solemos decir, se insinuasen ante él. Pero pone la misma ley varias que valdrian, sin necesidad de insinuarlas: I. Las que hiciere el Rey á alguna persona ó esta al Rey (2). II. Las que se hacen para redimir cautivos ó para rehacer alguna Iglesia ó casa derribada (3). III. O por dote ó donacion que se hace por razon de casamiento (4). IV. Las

(1) §. 2. Inst. de donat. (2) L. 34. C. de donat. (3) L. pen. in pr. et §§. 1. et 2. eod. (4) Nov. 127. §. 2.

que se hacen á alguna Iglesia, lugar religioso ú Hospital.

4 De la donacion de todos los bienes que tuviere el donante, estableció ya la *ley 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real* que no valiese. Y lo mismo la *ley 2. tit. 7. lib. 10. de la Nov. Rec.* añadiendo expresamente, que se entendiese tambien esta doctrina en las donaciones de los bienes presentes solamente. Antonio Gom. en la *ley 69. de Toro*, que es la *dicha 2.* dice al *n. 3.* que valdria si el que la hizo se reservó alguna cosa notable, como el usufructo durante su vida. Y la *ley 8. tit. 4. P. 5.* que la supone válida, deberá entenderse en este caso de haberse hecho la reserva. Dice esta *ley 8.* que si alguno que no tiene hijos ni esperanza de tenerlos diese á otro todo lo suyo ó gran parte de ello, y despues tuviese hijo ó hija de muger legítima con quien casarse despues, es revocada por ende en la donacion, y no debe valer en ninguna manera. Como no expresa cantidad cuando dice *gran partida*, piensa Greg. Lop. en la *glos. 5.* deberse esto definir por el arbitrio del Juez, como se hace en casos semejantes; y en la 10 que por las palabras *es revocada*, se ve queda rescindida por el mismo derecho. Y explicando aquellas palabras, *con quien casase despues*, dice en la *glos. 8.* que deberá decirse lo mismo en el caso que tuviese los hijos de la que era muger suya al tiempo de la donacion, con tal que apareciese que el donador no pensó en ellos por militar la misma razon. Hemos querido notar *estas glosas* por parecernos muy conforme su doctrina.

5 De la donacion entre vivos ó en sanidad, dice la citada *l. 1. tit. 7. lib. 10. de la Nov. Rec.* que no la pueda quitar ó revocar el que la dió, sino por las razones que manda la ley, las cuales son cuatro, que todas contienen una muy grande ingratitud del que la recibió y estan expresadas en la *l. 10. d. tit. 4. P. 5.* I. Cuando el donatario hace grande deshonra de palabras al donador, ó le acusare de tal delito, que si se le probase caeria en pena de la muerte, perdimiento de algun miembro ó de infamia, ó perdiese la mayor parte de sus bienes. II. Si metie-

se manos airadas contra él. III. Haciendo gran daño en sus cosas. IV. Si tratare de alguna manera de su muerte (1). De la donacion que hace una muger á su hijo que hubo del primer matrimonio despues de la muerte de su marido, y en seguida se casa con otro, dice la misma *l.* 10. que solo se puede revocar por tres razones que expresa tambien, y son las tres últimas de las cuatro que acabamos de referir. Y añade á lo último *esta ley*, que las razones de ingratitud que ha expresado las puede poner y alegar el mismo donador agraviado y no sus herederos.

6 El *titulo 7. lib.* 10. *de la Nov. Rec.* contiene muchas leyes harto largas, de las grandes donaciones que hacen y han hecho varias veces los Reyes, acosados de las urgencias de la Monarquía, y por importunaciones y sugestiones. Explican cómo debe entenderse, moderarse y reformarse, con especialidad las excesivas que hizo el Señor Enrique IV. llamadas comunmente *Enriqueñas*. Quien quisiere enterarse de lo que contienen y establecen, podrá acudir á ellas y su comentador Acevedo; porque la multitud de circunstancias que abrazan y el poco uso que en el dia tiene su contenido, nos han persuadido que basta hacer aqui esta insinuacion en este particular. Y por cesar estas razones en la *ley 3. de d. tit.* vamos á hacer mencion específica de su contenido, como la hemos hecho del de las *leyes* 1. *y* 2. Prohibe pues esta *ley* 3. con mucha razon las enagenaciones que se hacen con fraude para no pechar, como por ejemplo, las donaciones que hace un padre á su hijo Clérigo. Y porque estas donaciones cuando no parece justa y legítima causa se presumen hechas cautelosamente para no pechar, las declara ningunas, con otras penas que alli pueden verse.

7 Explicada la donacion entre vivos ó en sanidad, hablaremos brevemente de la que se hace por causa de la muerte. La hacen los hombres, que por agoviados de en-

(1) L. últ. C. de revoc. don.

fermedad ó por otro peligro temen la muerte, de modo que puede definirse, diciendo ser aquella: *Que se hace por sospecha de la muerte.* Y se puede revocar de tres maneras: I. Si el donatario muere antes que el donador. II. Si este salió de la enfermedad ú otro peligro, por cuya razon la hizo. III. Si el mismo se arrepiente de haberla hecho antes de morir, *l. últ. d. tit.* 4. *P.* 5. (1). Esta *l. últ.* añade deberse hacer delante de cinco testigos. Pero creemos con Covar. *in rubr. de testam. part.* 3. *n.* 32. Matienzo en la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glosa* 2. y en la *l.* 7. *lib.* 10. *del mismo tit.* y otros que en esta parte está corregida por *d. l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* que solo exige tres testigos para los testamentos nuncupativos; pues manifiesta quiso comprender tambien á estas donaciones en aquellas sus palabras: *U otra postrimera voluntad*, que no tiene otro objeto á que poder referirse. Y tambien porque seria cosa muy incongruente y reparable exigir mayor solemnidad para estas donaciones que para los testamentos: por cuya razon juzgó prudentemente el Jurisconsulto Juliano, que remitida alguna solemnidad para los testamentos se entiende remitida para estas donaciones (2). La *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* hablando de esta donacion, dice: que se hace por *manda*, cuya palabra significa legado ó fideicomiso, como vimos en el *tit.* 6. *n.* 13. con lo que no nos quiso manifestar, que con efecto lo era, porque no es asi sino que en muchas cosas se asemejaba á los legados (3), como se ve en la facultad de poderla revocar libremente el que la hizo y en que está sujeta á la mengua ó detraccion de la cuarta falcidia, *l.* 1. *tit.* 11. *in fine P.* 6. (4), y en otras cosas.

(1) §. 1. Inst. de donat. (2) L. 15. de mort. caus. donat. (3) §. 1. Inst. de donat. (4) L. 42. §. 1. de mort. cau. donat.

FIN DEL TOMO I.

R20/48
D-535/I

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA,

ORDENADA

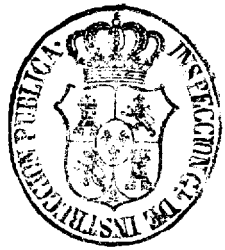
POR DON JUAN SALA,

PAVORDE DE LA METROPOLITANA IGLESIA DE VALENCIA,
Y CATEDRATICO DE PRIMA DE LEYES DE LA UNIVERSIDAD
DE LA MISMA CIUDAD.

TERCERA EDICION,

CORREGIDA Y ARREGLADAS LAS CITAS DE LEYES A LA NOVISIMA RECOPILACION.

TOMO II.





MADRID EN LA IMPRENTA REAL.
AÑO DE 1832.

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO II. TITULO XXI.

DE LOS QUE LLAMAMOS. QUASI CONTRATOS (1).

1. *Qué sea quasi contrato, sus cinco especies; y se explica la primera de ellas, que es la administracion de bienes agenos sin tener poder.*
2. *De la obligacion mutua entre el administrador y el dueño de los negocios ó bienes.*
3. *De las expensas que hizo el administrador.*
4. *Qué culpa ha de prestar el administrador.*
5. 6. *Casos en que se entiende administrar uno por piedad.*
7. 8. *Se explican el II. III. y IV. quasi contratos.*
9. 10. *Se explica el V. quasi contrato, ó solucion de lo que se pagó sin deberse.*
11. 12. 13. *De lo que se paga mediando causa torpe.*

1 Agotados los contratos y las donaciones, á las que las leyes Romanas dieron en parte el honor de contratos, en quanto á su pacto, le hicieron productivo de accion contra la naturaleza de los pactos nudos, constituyéndole legítimo (2), es preciso digamos algo de las obligaciones que nacen de unos hechos honestos y buenos, tan semejantes en sus efectos á los contratos que el derecho finge, ó hace presumir que lo son: por lo qual los Intérpretes de

(1) *Tit. 28. lib. 3. Inst.* (2) *L. 35. C. de donat.*

las leyes Romanas y nuestros Autores los llaman á boca llena *quasi contratos*, y así les llamarémos aquí. Son cinco que explicarémos brevemente: La administracion de bienes agenos sin mandato de su dueño, porque si lo hay, ya es contrato. *Vanse los omes á las vegadas de sus tierras, lugares y otras partes* (dice la l. 26. tit. 12. P. 5.) *por desacuerdo, ó por olvidanza, non encomiendan sus casas, nin sus heredades á quien las recabde, nin las labre. E acaesce que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco ó por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro trabájanse de recabdar e de enderezar aquellas heredades e otras cosas que asi fincan como desamparadas, e despienden y de lo suyo a las vegadas, e a las veces esquilman de las heredades, e aprovéchanse de ellas.*

2 Tenemos bien explicada la naturaleza de este quasi contrato en *esta l.* que en seguida añade las obligaciones que produce: en el dueño de los bienes de haber de pagar al administrador lo que hubiere expendido en utilidad y mejoría de la heredad ú otras cosas en nombre de él, como lo hubiese hecho por su mandado: y en el administrador de dar cuentas al dueño de los que haya percibido con baxa de las despensas (1). Cuya doctrina quiere que tenga tambien lugar entre el administrador y el guardador de huérfanos, é procurador ó mayordomo de algun comun ó particular, si fueren estos los que se ausentaren, que las deberán pagar ellos ó su principal, *l.* 27. *d. tit.* 12.

3 Las expensas que se han de abonar al administrador, son las necesarias y las útiles, no solamente las que lo son quando se comienza y despues, sino tambien las que parecieron serlo en su principio; y se vió despues que no lo fueron, con tal que se hayan hecho de buena fe. Si el huérfano fuere menor de 14. años nunca deberá pagar él las que padecieron y no fueron útiles, sino el guardador, *l.* 28. *d. tit.* 12. en cuya *glos.* 10. entiende esto

(1) §. 1. *Inst. de obl. quæ quas. ex cont. nasc.*

Gregor. Lop. del administrador voluntario de que hablamos y habla *d. l.* 28. diciendo que si fuere necesario, como el tutor ó curador indistintamente repetiria del pupilo las expensas necesarias y las útiles, aunque la utilidad no durare, fundado en una ley Romana (1) que asi lo estableció; lo que nos parece tener equidad, aunque no dejan de resistir esta inteligencia las palabras *guarda y menor* de que costantemente usa *d. l.* 28. Esta doctrina de expensas tiene lugar quando el administrador entró con buena intencion á cuidar de las cosas del ausente; pero si pudiere saberse en verdad, que alguno se metió en ello con mala intencion, y no aparece que aliñó ni mejoró cosa alguna de donde pueda sacar las expensas que hizo, las debe perder sin poderlas recobrar del dueño; sino es que hiciere tanta ganancia que bastára para pagarlas, y quedar parte de ella al dueño. Y si en las cosas hubiese algun daño ó menoscabo, lo deberia todo al dueño, *l.* 29. *d. tit.* 12. No debe el administrador comprar ni hacer cosa alguna que no hubiese usado comprar, ni hacer el dueño de los bienes que administra: si lo contrario hiciere, y en los bienes se encontrare algun daño ó menoscabo, le pertenece todo, y no al dueño, aunque aconteciere por ocasion ó caso fortuito. Y si hubiere ganancia será toda del dueño, con la obligacion de pagar al administrador las expensas que en ello hubiese hecho. *l.* 33. *d. tit.* 12.

4 En quanto á culpas que haya cometido el administrador, en recabar las cosas del ausente, dice la *ley* 30. *d. tit.* 12. que debe prestar el engaño y la culpa, por cuya palabra entiende la leve Greg. Lop. en su *glos.* 1. y añade ser esta la regular prestacion del administrador, y con efecto asi lo persuade la *ley* 36. de que luego hablaremos. Exceptúa la misma *l.* 30. el caso en que alguno entrare á cuidar de las cosas de un ausente; porque las halló tan desamparadas, que ningun hombre del mundo pensaba en meterse en ello, y por desviar el daño al dueño de ellas:

(1) *L.* 3. §. 7. *de contr. tut.*

en el qual dice, que no debia pechar lo que por su culpa se perdiese, sino solamente lo que hubiese sucedido por su engaño (1), á lo que añade el mismo Lop. en la *glosa* 3. ó por su culpa lata que siempre va unida con el engaño ó dolo en las prestaciones de los contratos, por lo que se le asemeja. Por lo contrario, si alguno se metiese á administrar los negocios del ausente en lugar de otro que queria hacerlo con mucho cuidado, por amor de amistad ó parentesco, deberia prestar el engaño, culpa ó negligencia, *l.* 34. *d. tit.* 12. que con este modo de explicarse quiso significar, que deberia prestar las tres culpas: la lata por comprehendida en la palabra *engaño*, la leve en la *culpa*, y la levisíma en la *negligencia*, pues aunque por esta última voz se denota regularmente la culpa leve, creemos significa aqui la levísima por varias razones: la I. Porque en este caso debe estar mas obligado que en el regular de la *l.* 30. II. Porque la opone á la voz *culpa*, que suele significar la leve. III. Porque en resumen dice la misma *ley* 34. *al fin*, que debe prestar los menoscabos que vinieren *por qualquiera de estas tres maneras sobredichas*; y tambien porque esta es la opinion de la Glosa de las leyes Romanas, y muchos de sus Intérpretes, á la qual es de creer, se quisieron acomodar los que trabajaron en la formacion de las *Partidas*, como lo han hecho tantas veces.

5 Para concluir la explicacion de este quasi contrato de administracion de bienes, falta que hablemos brevemente de algunos casos en que puede tener lugar la piedad en la administracion. Si alguno por piedad se mueve á recibir en su casa á algun huérfano desamparado, gastando de lo suyo en cuidar de sus cosas mientras que le tiene en su casa, y acaece despues que este quiere cobrar lo que asi gastó de los bienes del mozo, no lo puede hacer; pues habiéndose movido á criar al mozo por razon de piedad y misericordia, se entiende, que lo hizo por Dios,

(1) *L.* 3. §. 9. *de negot. gest.*

y por ello nada deberá darle el mozo por el bien que le hizo, ni por lo que gastó en cuidarle sus cosas; pero sí que deberá hacerle honra y bien, y tenerle reverencia toda su vida, *l.* 35. *d. tit.* 12. De la doctrina de esta *ley* hay una excepcion en la *l.* 35. *tit.* 14. *P.* 5. y es, si la crianza fuese de muger, y quisiere despues el que la recogió casarse con ella, ó que se case alguno de sus hijos, y ella ó su padre lo contradixesen: en cuyo caso deberá el que embarazó el casamiento pagarle los gastos de su crianza; cuya excepcion la entiende Greg. Lop. en la *glos.* 3. *de d. l.* 35. en el caso de ser el que dió los alimentos de la misma edad ó poco mayor que la alimentada, y con razon, porque seria cosa muy dura precisar á una joven á que se casase con un viejo, quando conviene tanto que los casamientos se hagan entre iguales á gusto de los contrayentes. Y por la misma razon juzgamos no deberse dar lugar á la excepcion, quando la alimentada fuere de calidad muy superior á la del que dió los alimentos, por lo reprobados que están los casamientos de personas tan desiguales en calidad. Y lo propio decimos si el que alimentó estuviese enfermizo ó estropeado.

6 Si la madre ó abuela tuvieren los hijos ó nietos en su casa despues de la muerte de su padre, y al mismo tiempo los bienes de ellos en su poder, dándoles de comer, beber, vestir y calzar, y demas cosas que hubiesen menester, y los bienes de los dichos bastaren para soportar estos gastos, los podrán recobrar de estos bienes. Mas no si los hubieren los mozos, no pueden recobrarlos, y se entiende, que se movieron naturalmente á mantenerlos. Pero si siendo los mozos tan ricos, que tuviesen de qué vivir de lo suyo, y los bienes de ellos no estuvieren en poder de la madre ni de la abuela, y teniendo ellas en su poder algunos suyos, les diesen lo que fuese menester, protestando que querian recobrar de los bienes de los mozos lo que gastaban en ellos, bien podrán recobrarlo: pero no tendrán derecho de cobrar-

lo sino lo protestaron, *l.* 36. *d. tit.* 12. en cuya *glos.* 6. dice Gregor. Lop. que tambien lo podrán recobrar, aunque no lo hubiesen protestado, si constase que lo gastaban con animo de repetirlo. El padrastro que teniendo en su casa á su entenado ó hijastro le diese de comer y beber, y las otras cosas que fueren menester, protestando que queria cobrar las expensas que en ello hacia, las podrá cobrar de los bienes del mozo si los tuviere. Pero si este fuese ya tan grande que se sirviese de él, no podrá cobrar las que hizo en gobernarlo aunque lo protestase, por ser justo que este servicio del mozo le sirva de descuento de las expensas que son hechas en razon de su persona: mas sí que podrá recobrar las que hubiese hecho en recobrar las cosas del mozo que fueron en utilidad de él, *l. últ. d. tit.* 12. la qual añade al fin, que lo que acabamos de decir del padrastro, se entienda tambien de todos los otros hombres que gobiernan y cuidan de los mozos extraños, y recaudan sus cosas. Y siguiendo la equidad en que se funda *esta ley*, creemos podrá añadirse á lo que expresa, que si el mozo fuere tan medrado, aplicado y robusto, como los criados que ademas de la comida ganan soldada sirviendo, deberá tambien abonársela el que le tiene en su casa, segun el arbitrio del Juez. Asi lo hemos visto practicar alguna vez entre rústicos labradores, sin parecernos mal, ni quedar descontento ninguno de ellos.

7 El II. quasi contrato es la administracion de la tutela ó de la cura. Esta administracion no es contrato entre el tutor y el menor, como es bien claro; pero con todo produce en cada uno de ellos obligacion mutua á favor del otro; porque el tutor está obligado á dar cuentas al menor de lo que ha percibido por razon de la tutela, y este lo está á pagar ó á ábonar al tutor lo que por razon de su oficio haya expendido en beneficio del menor; de lo que hemos tratado lo que nos ha parecido correspondiente en el *lib.* 1. *tit.* 7. El III. quasi contrato es la comunion de bienes que no proviene del con-

trato de compañía, sino por otra causa de que á dos se ha dexado en comun por herencia ó legado una heredad ú otra cosa semejante. Quando así sucediere, qualquiera de los comuneros está obligado á consentir que se parta la cosa comun si el otro lo pide, porque tiene derecho para demandarlo, *l.* 2. *tit.* 15. *P.* 6. (1), lo que justísimamente se ha establecido para cortar los grandes desacuerdos y discordias que nacen con freqüencia de la comunion (2): y porque teniendo cada uno lo suyo con separacion, lo aliña y aprovecha mejor, *l.* 1. *d. tit.* 15. Y produce tambien la comunion en el que administra la cosa, la obligacion ordinaria en todos los administradores, de que den cuenta de todos los provechos y cargos que han tenido (3).

8 El IV. quasi contrato es la adicion ó admision de la herencia. Por ella se obliga el heredero á pagar las mandas que dexó el testador, *l.* 3. *tit.* 9. *P.* 6. (4), cuya obligacion no puede nacer de contrato que no le hubo entre los legatarios y el heredero, que muchas veces ni los conoce ni ha visto jamas. Queremos advertir aquí, que esta obligacion del heredero hácia los legatarios, no debe confundirse con la otra que tienen de satisfacer á los acreedores que ya lo eran del difunto; porque aunque á esta da tambien entrada la adicion de herencia, no nace de ella, sino de la causa que la produxo contra el testador, y por lo mismo debe seguir su naturaleza. Estos acreedores se llaman hereditarios, porque eran ya carga de la herencia antes de ser adida, á diferencia de los otros que se llaman testamentarios, por ser su raiz el testamento.

9 El V. y último quasi contrato es la paga de lo que no se debe. Si alguno pagare por yerro lo que no debe, creyendo que lo debia, se le ha de volver lo que pagó, *l.* 28. *tit.* 14. *P.* 5. (5). Y si hecha la demanda por el

(1) *L.* 1. *C. com. divid.* (2) *L.* 77 §. 20. *de legat. II.*
(3) *L. com. divid.* (4) §. 5. *Inst. de obl. quæ quas ex cont. nasc.*
(5) §. 6. *eod.*

que pagó, confesase el otro que era cierta la paga, diciendo no haber habido yerro, deberá probar que la hubó el que hizo la paga. Pero si el demandado negare habérselo pagado, bastará al que pide probar solamente que pagó; pues aunque no probase que fué por yerro, se le deberá tornar lo que pagó; sino es que quisiese el demandado probar luego que la paga se hizo por ser deuda verdadera, *l.* 29. *d. tit.* 14. la qual en seguida exceptúa al menor de 25. años, muger, labrador sencillo; caballero que vive con caballo y armas en servicio del Rey ó de la tierra, á quienes exîme de la obligacion de probar que fué con yerro la paga que hicieron, cargando con la de probar lo contrario al que la recibió, aunque otorgase el recibo (1). El que pagare dudando si debia ó no, podrá recobrar lo que pagó, si probare que no lo debia, *l.* 30. *d. tit.* 14. *vers. otrosí* (2). Pero si pagó sabiendo que no debia, no podrá recobrarlo; porque se juzga que lo hizo con intencion de darlo, *d. l.* 30. (3): salvo si fuese menor de 25. años, que por razon de la menor edad podria repetirlo, *d. l.* 30.

10 Si pagare alguno lo que debia solo naturalmente, ignorando que no podia ser apremiado en derecho, como por exemplo, un heredero las mandas dexadas en un testamento imperfecto, no puede repetirlo, *l.* 31. *d. tit.* 14. que exceptúa las mismas personas que en la *citada l.* 29. O uno que en juicio fué absuelto sin razon de hacer cierta paga que verdaderamente debia, y la pagó, *l.* 33. *d. tit.* 14. *P.* 5. (4). Tampoco puede repetirse lo que se diere por título de dote ó arras á una muger, por alguno que creyese estar obligado á darlo sin que lo estuviese á causa de ser este donadio por causa de piedad, *l.* 35. *d. tit.* 14. (5). Ni tampoco lo que se paga por transaccion, *l.* 34. *d. tit.* 14. (6). Si la cosa que

(1) *L.* 25. *de probat.* (2) *L. últ. C. de cond. indeb.* (3) *L.* 1. *de cond. indeb. l.* 53. *de div. reg. jur.* (4) *L.* 60. *de cond. indeb.*
(5) *L.* 32. §. 2. *eod.* (6) *L.* 65. §. 1. *eod.*

pagó alguno sin deberla era de aquellas que dan fruto, la debe restituir el que la recibió con los frutos que de ella percibió. Y si tuviese buena fé, creyendo que se le debia quando se le entregó y despues, y la vendiere, deberá pagar el precio porque la vendió; mas nada deberá pagar si la perdió sin culpa. Por lo contrario, si tuviere mala fé quando recibió la paga, ó despues, sabiendo que no se le debia, deberá pechar el precio de la cosa al que pagó, tanto en el caso que la perdiese, como en el que la vendiese, *l.* 37. *d. tit.* 14. en cuya *glos.*1. dice Greg. Lop. que en quanto á frutos debe restituir tambien los consumidos si con ellos se hizo mas rico. Si debiendo uno alternativamente un caballo, ó un mulo señaladamente, creyendo que debia dos juntamente, los pagare, podrá repetir el que quisiere; pero si uno de ellos hubiere muerto, no podrá pedir el otro, *l.* 39. *d. tit.* 14. (1). Si algun menestral creyendo estar obligado á hacer algunas obras por otro, sin estarlo, como una casa, nave ú otra semejante, y despues de haberla hecho hallare que no estaba obligado, débele dar aquel por quien la hizo tanto precio quanto le pudiere costar el hacerla otro menestral tan bueno como el que la hizo, *l.* 40. *d. tit.* 14. *P.* 5. (2).

11 Porque lo que se da mediando causa torpe, á las veces se puede repetir, y á veces no; y de este asunto tratan nuestras leyes en el mismo título del que hemos sacado la doctrina del V. quasi contrato, nos ha parecido ser este el lugar mas oportuno para tratar con brevedad de él. La torpedad puede estar de parte del que recibe solamente, ó de la de ambos, ó solo de la del dante. En el primer caso hay lugar á la repeticion, como si hubieses dado á Pedro 20. pesos para que no hurte, mate, haga algun sacrilegio, adulterio ú cosa semejante, porque es cosa injusta recibir precio por no hacer aquello que naturalmente está obligado por sí mismo á

(1) *L.* 32. *de cond. indeb.* (2) *L.* 26. §. 12. *d. cond. indeb.*

no hacerlo; y no es torpeza dar para que no se haga mal, Y lo mismo seria si habiéndole prestado alguna cosa le dieres los 20. pesos para que te la restituyera, *l.* 47. *d. tit.* 14. *P.* 5. (1). Si la torpeza está de parte de los dos, no hay repeticion; porque en caso de igualdad es mejor la condicion del que posee, *l.* 53. *de tit.* 14. (2). que lo ilustra con un exemplo. Otros egemplos se pueden ver en las *leyes anteriores* 51. *y* 52. en que tambien se niega la repeticion, pero en ellos lo dado no se queda en quien lo recibió, como en el otro, sino que va á la Cámara del Rey (3), exceptuando á los menores el de la *l.* 51. que en dicho caso concede la repeticion, y es, quando dos se casaren sabiendo que tenian impedimento.

12 Tampoco hay repeticion, y con mas razon en el tercer caso, en que la torpeza está solo de parte del que da, como si una muger sabiendo que tiene impedimento para casarse con Juan, que lo ignoraba, se casara dándole dote que no podria repetir quando los separasen, *l.* 50. *d. tit.* 14. *d. l.* 53. que pone el famoso exemplo de quando se da á una mala muger (4). Solo pues quando no hay torpeza de parte del que da, tiene lugar la repeticion. Del que da al Juez para que juzgue bien tenemos dos leyes, que á primera vista parecen contrarias, que son la 27. *ó últ. tit.* 22. *P.* 3. y la 52. *d. tit.* 14. en quanto á aquella en el *vers. Mas si*, le concede la repeticion; significando, que la torpeza está solo de parte del Juez que lo recibió, y dicha *ley* 52. *en el pr.* se la niega. Para concordar estas dos leyes, nos parece bien lo que dice Greg. Lop. en la *glos.* 4. *de la d. l.* 27. y en la 1. *de la* 52. que solo en el caso en que diere para que el Juez dé sentencia justa, y que no le haga injusticia, tendrá la repeticion; porque solo entonces se cree, que

(1) *L.* 1. §. 2. *in pr. et* §. 1. *de condic. ob. turp. caus.*
(2) *L.* 3. *eod.* (3) *L.* 32. §. *últ. de don. int. vir. et uxor aut. Novo jure C. de pœn. jud. qui. mal. jud.* (4) *L.* 4. §. 3 *de cond. ob. turp. caus.*

lo dió con animo de redimir la vexacion, y no de corromper al Juez: y de consiguiente, que no comete torpeza alguna, del mismo sentir es el Señor Covarr. *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. *cap.* 3. *n.* 1. en donde examina muy bien este asunto. Las penas en que incurre el Juez que recibe algo por juzgar, las traèn las *ll.* 26. *y* 27. *d. tit.* 22. *P.* 3.

13 Si alguno que cometió algun adulterio, homicidio, hurto ú otro delito semejante, diere alguna cosa á otro para que no lo descubriese, tendria repeticion de lo que dió; porque si bien fue torpeza haber cometido el delito, no lo es dar algo para evitar el peligro de ser descubierto; pues todo hombre debe solicitar quanto pudiere no caer en peligro de muerte ó de mala fama, *l. últ. de tit.* 14. Greg. Lop. con su sed insaciable de conciliar nuestras leyes con las Romanas, quiere en la *glos.* 1. *de esta ley*, que se entienda en el caso que quien lo recibe no fuese Juez ni oficial público, que tuviese obligacion de averiguar delitos, y que lo contrario seria si lo fuese; porque en este caso habria torpeza tambien de parte del que dió, por parecer que tiraba á corromper, y por lo mismo no tendria lugar la repeticion, como lo niega la ley Romana (1) contraria á la nuestra. Confesamos lo ingenioso de esta conciliacion; pero nos parece que le da poca entrada el *vers. Ca sabida de d. l. últ.*

(1) *L.* 4. *in pr. et.* §. 1. *eod.*

TITULO XXII.

DE LOS DELITOS, Y QUASI DELITOS,

EN QUANTO PRODUCEN PENA PECUNIARIA.

Titt. 9. 13. 14. 15. P. 7. (1).

1. *La tercera causa de las obligaciones es el delito en quanto produce pena pecuniaria; y se notan quatro de sus especies.*
2. 3. 4. 5. *Qué sea hurto, y su division en manifiesto, y no manifiesto: acciones que produce, y á quién competen.*
6. *Del robo ó rapiña.*
7. 8. *Del daño hecho contra la justicia.*
9. *Qué sea injuria, y que todas nacen de palabras ó hechos, y que por lo comun no hay pena señalada. La hay quando se injuria al enfermo.*
10. 11. 12. 13. *Penas utilísimas contra algunas iujurias, y justas declamaciones contra sus autores.*
14. *De las injurias por escrito.*
15. *A quién compete esta accion, quándo empieza á correr, y quánto dura.*
16. 17. *De los quasi delitos.*

1 Al *n.* 1. *del tit.* 10 diximos ser quatro las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones, de las quales hemos explicado dos; contrato ó quasi contrato; y en seguida hablaremos muy ligeramente de las otras dos, delito y quasi delito, diciendo en primer lugar, que producen obligacion en el delinqüente á favor del que recibe el daño: la qual, á diferencia de las demas, nace de tal modo del delito, que por mas que protestase el

(1) *Tit.* 1. 2. 3. 4. 5. *lib.* 4. *Inst.*

delinqüente que no quiere contraerla, no puede libertarse de ella (1). Y aunque todos los delitos obliguen á sus autores á pagar al que recibió el daño todos los perjuicios que le cansaron, con todo solo hablaremos en este particular de quatro, como lo hizo Justiniano en sus Instituciones, hurto, rapiña, daño hecho contra justicia é injuria; porque en estos hay penas pecuniarias ciertas establecidas á favor del perjudicado, á las que está obligado el que los cometió, con lo que sigue bien la cuerda de las obligaciones, que es el asunto de que estamos hablando.

2 Hurto es *Malfetria* (maldad) *que hacen los omes, que toman alguna cosa mueble agena, encubiertamente, sin placer de su señor, con intencion de ganar el señorio, o la posesion, o el uso de ella* (2). Asi le define la *l.* 1. *tit.* 14. *P.* 7. que añade, como conseqüencias, ser preciso para que le haya que la cosa sea mueble, y que se tome contra el placer de su amo, y asi lo piense quien la toma; porque no puede haberlo sin voluntad de hurtar. Son varias las especies de hurtos, que tienen sus penas á proporcion de sus circunstancias, de las que hablaremos mas adelante, y ahora nos ceñiremos á la única division que hay por lo que respecta á lo que estamos tratando. Se divide pues el hurto en manifiesto y no manifiesto. El primero es, quando hallan al ladron con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en qualquiera otro, antes que la pueda esconder en aquel donde queria llevarla, bien fuese preso, hallado ó visto por el dueño ó qualquiera otro. No manifiesto es aquel á quien faltan algunas de las referidas circunstancias, *l.* 2. *d. tit.* 14. (3), en cuya *glos.* 4. dice Greg. Lop. apoyándolo con varias autoridades, que por ser visto el ladron con la cosa hurtada, no es manifiesto, si ademas no se grita contra él, y si se le persigue (4).

(1) *L.* 4. *de obl. et. act.* (2) §. 1. *Inst. de obl. quæ ex. del masc.*
(3) §. 3. *eod.* (4) *L.* 7. §. 2. *de furt.*

3 Debe el ladron manifiesto volver la cosa ó su estimacion á aquel á quien la hurtó, y pagarle ademas el quatro tanto de lo que valia; y el no manifiesto volverla tambien ó su estimacion, y pecharle el dos tanto ó doble, *l.* 18. *d. tit.* 14. *P.* 7 Y tiene tambien lugar esta doctrina contra los que dan ayuda ó consejo tal, que por su razon se hizo el hurto, que de otra manera no se hubiese hecho, *l.* 4. *d. tit.* 14. Pedro Antonio Gom. 3. *var. cap.* 5. *n.* 4. y allí Ayllon citando á otros muchos, dicen no estar en uso estas penas pecuniarias del quadruplo y duplo, sino solo la corporal ú otra á arbitrio del Juez, segun las circunstancias, y siempre con la satisfaccion de los perjuicios. Tambien adoptó la *l.* 3. *d. tit.* 14. el rigor del derecho Romano (1), en quanto estableció, que comete hurto el que toma una cosa agena mueble para ir con ella á cierto lugar hasta tiempo señalado, es decir, el comodatario, y de alli adelante la lleva ó usa de ella, sino es que lo hiciere creyendo que no pesaria al dueño, ó en verdad no le pesa; y lo mismo el que tiene la cosa en depósito ó á peños: en cuyos casos, el hurto no es de la cosa sino de su uso ó posesion: solo es tambien la práctica satisfacer los perjuicios al amo.

4 Como el dueño á quien se hizo el hurto tiene derecho de pedir la cosa hurtada, y ademas la pena del quadruplo ó duplo, segun hemos visto; debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llamamos persecutorias de la cosa que competen tambien contra los herederos; pero el quadruplo ó duplo solo puede perdirlo contra el ladron y no contra sus herederos, sino es que viviendo el ladron se hubiese contestado ya el pleyto, por ser la accion de pedirse penal que no se da contra los herederos, como veremos en su lugar, *l.* 20. *d. tit.* 14. *P.* 7. (2). Y se le debe tornar la cosa con todos sus frutos y aumentos, y con resarcimiento

(1) §. 6. *Inst. de obl. quæ quas. ex del. nasc.* (2) §. 19. *eod.*

de los daños y menoscabos que le vinieron por razon del hurto. Y si la cosa se muriese ó se perdiese por aventura ó caso fortuito, deberá el ladron ó su heredero pagar por ella tanta quantía quanta pudiera valer desde el dia que la hurtó hasta el dia que se la empezaron á demandar, *d. l.* 20. (1).

5 Esta accion compete por razon del dominio, y la otra penal por la de interesar, y de ahí es, que las veces no compete al dueño, y se da á los que no lo son, porque el interes es de estos y no de aquel, *ll.* 9. 10. *y* 12. *d. tit.* 14. que ponen varios exemplos (2). Si á Pedro le hurtase alguna cosa su hijo, nieto ó muger, no se los podrá pedir como á ladrones, esto es, no tendrá contra ellos la accion penal; porque puede castigarlos por sí de buena manera, para que de alli adelante se guarden de cometer tal yerro; y si la vendiesen á alguno que sabia que era hurtada, se la podra Pedro pedir al comprador, y probando ser suya, recobrarla sin dar por ella cosa alguna al que la compró, que perderá el precio que dió por ella. Pero si el tal comprador tuvo buena fe, aunque siempre deberá dejar la cosa á su dueño, podrá pedir el precio que dió por ella á aquel de quien la compró. Y obsérvase, que aunque el hijo, nieto y muger estan exentos de la accion penal, no lo estan los que les hubiesen dado ayuda ó consejo para cometer el hurto, *l.* 4. *d. tit.* 14. (3).

6 El segundo titulo de los que ahora hemos de tratar, es la rapiña, á la que las leyes de la *Partida* llaman *robo.* y la 1. *del tit.* 23. *P.* 7. que habla de ellos, dice asi: *Rapiña en latin, tanto quiere decir en romance como robo, que los omes facen en las cosas agenas que son muebles.* Cuya explicacion es diminuta en quanto le falta la palabra *abiertamente*, como lo añade Gregor. Lop. en la *glosa general de d. l.* 1. y lo persuade el *princ. del mismo tit.* diciendo que es malfetría, que cae entre furto é fuerza; y con efec-

(1) *L.* 8. §. 1. *de. cond. furt.* (2) §. 13. *Inst. de obl. quæ ex del. nasc. et seqq.* (3) §. 11. *cod.*

to todos reconocen consistir la diferencia entre hurto y robo en que aquel se hace *encubiertamente*, y este *abiertamente*, y que el nombre de *hurto*, si se toma generalmente, contiene como á especies el hurto tomado especialmente, y al robo. Y sobre este particular dijo el Emperador Justiniano, que el que comete robo está tambien tenido á las acciones que hemos visto competer contra los que hacen hurtos, y que es un ímprobo ladron (1). Baxo de este supuesto, ya no causará admiracion lo que sin él la causaria grande, de ser mas leve la accion penal, que en la *l.* 3. *d. tit.* 13. y en la 4. *tit.* 34. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* se establece contra el que roba, que la establecida contra el el que hurta: lo uno, porque solo es en el triplo, quando la del hurto es en el quadruplo; y lo otro, porque siendo esta perpetua, la del robo solo es añal. Esta diferencia la tomaron nuestras leyes de las Romanas, en las que se lee haberse introducido por los Pretores, que deseosos de manifestar su solicitud y zelo en impedir y castigar maldades, fueron autores de algunas acciones nuevas que concedieron, y por eso se llamaron *pretorias*, de sobra alguna vez, como lo es esta de que hablamos. La cosa robada la puede pedir su dueño siempre con sus frutos, y en su defecto la estimacion al robador ó sus herederos en los mismos términos que la hurtada, *l.* 3. *d. tit.* 13. y competen las acciones á los mismos que las del hurto, *l.* 2. *d. tit.* 13.

7 El tercer delito es el daño hecho contra justicia. *El principio del tit.* 15. *P.* 7. en que se habla de los daños de que vamos á tratar, dice: *Daños se facen unos á otros en sí mismos o en sus cosas, que no son robos, nin furtos, nin fuerzas. Mas acaescen a las vegadas por ocasion, e a las vegadas por culpa de otro*; y estos últimos son nuestro asunto. Es pues daño en nuestro sentido: *Empeoramiento, o menoscabo, o destruimiento, que ome recibe en sí mismo, o en sus cosas, por culpa de otro*, segun lo ex-

(1) *Princ. inst. de vi bonor rapt.*

plica la *l.* 1. *d. tit.* 15. Los Romanos tuvieron una famosa ley llamada *Aquilia*, que reguló los daños que recibimos por culpa de otro para que se nos resarzan, cuya doctrina vemos adoptada en la mayor parte en las leyes de *d. tit.* 15.

8 En la 18. en que se hace mencion de dicha ley Aquilia, se manda, que si alguno se querella delante del Juez del daño que le fue hecho, por razon de que le mataron algun ciervo, caballo ú otro quadrúpedo, de los que nos son mas útiles, de los quales pone una larga serie, debe pagarle el que le hizo el daño, tanto quanto mas podria valer aquel, desde un año en antes hasta aquel dia que lo mató (1). Y que si el daño no fuere por muerte de los quadrúpedos que refiere, sino por heridas que los empeoráron, ó si matasen ó hiriesen otras bestias, quemasen, derribasen, destruyesen, ó hicieren qualquier otro daño, deberá pagar tanto quanto mas podia valer la cosa en que recibió el daño desde treinta dias antes hasta aquel dia en que sucedió (2); de suerte, que el resarcimiento de este daño es de tal naturaleza, que siempre mira hácia atras: por lo que dicen con gracia los Intérpretes, que la ley Aquilia tiene los ojos en el cogote. Y no solo debe resarcirse el daño por el que se causó en la misma cosa, sino tambien por los menoscabos que ocasionó al dueño, *l.* 19. *al fin d. tit.* 15. (3). Para que esté obligado al resarcimiento el que hizo el daño, es preciso que le haya hecho con culpa: si lo hiciese sin ella, á nada estaria obligado, *l.* 6. *d. tit.* 15. en la qual y varias siguientes se ponen por exemplo de esta doctrina diferentes casos en que puede haberla, ó no haberla (4). Antonio Torres en su *Instituta Hispana en este tit.* advierte no estar entre nosotros en uso el hacerse las estimaciones del daño, mirando hácia atras, sí que solo se tasa por el arbitrio del Juez, y se manda pagar.

(1) §. 1. *Inst. de leg. Aquil.* (2) §§. 13. *et.* 14. *eod.* (3) §. 10. *Inst. eod.* (4) §. 4. *et. seqq. eod.*

9 El quarto y último delito es la injuria. Las leyes de la *Partida* llaman *deshonras* á las injurias, *tit.* 9. *P.* 7. pero las de la *Recopilacion*, ya las llaman *injurias*, *tit.* 25. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* No es otra cosa que: *Deshonra que es fecha o dicha a otro, a tuerto o a despreciamiento de él*; y aunque puede hacerse de muchas maneras, todas descienden de dos raices, de palabra ó de hecho, *l.* 1. *d. tit.* 9. *P.* 7. Su autor está obligado á pagar al ofendido varias penas segun fuere la injuria. En lo general no está señalada la pena. El injuriado puede pedir al Juez castigue al que le injurió con dinero, ó que le escarmiente de otra manera, segun escogiere; pero no lo uno y lo otro, porque la una accion consume la otra, *l.* 21. *d. tit.* 9. Pero hay injurias cuyas penas estan señaladas en las leyes, segun vamos á notar. Si estando Pedro gravemente enfermo, de enfermedad de que despues muere, entrase alguno en su casa, y tomare sus bienes, ó parte de ellos sin mandamiento del Rey ó del Juez, diciendo que Pedro era su deudor, recibiria este injuria, y su autor perderia lo que aquel le debia, y estaria ademas obligado á pagar á sus herederos otro tanto de lo que importaba la deuda, perdiendo tambien la tercera parte de sus bienes á beneficio de la Cámara del Rey, y quedando infamado. Y si por ventura, el que esto hiciese no tenia crédito alguno contra el doliente que asi agraviaba, se le confiscará en los mismos terminos la tercera parte de sus bienes, y pagará á los parientes del muerto por la injuria que hizo á él y á ellos lo que estimare el Juez *l.* 11. *d. tit.* 9. (1).

10 Célebre es la *l.* 1. *tit.* 25. *lib.* 12. *de la Nov Rec.* que impone las panas que debe sufrir el que injuria á otro llamándole *Gafo*, esto es, *Leproso*, *Sodomítico*, *Cornudo*, *Traidor*, *Herege*, ó á alguna muger casada *Puta*, ó con otros denuestos semejantes. Son las penas haberse de desdecir delante del Alcalde y hombres buenos, lo que suele

(1) *Authent. Item C. de sepulc. viol.*

decirse, cantar la palinodia al plazo que el Juez le señale, y la multa de trescientos sueldos, ó mil y doscientos maravedís, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. Si fuese Hidalgo el que dixere dichos denuestos, no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos sueldos, ó dos mil maravedís, con la misma aplicacion, y la demas pena que le imponga el Juez, segun la calidad de las personas y de las palabras. Quien quisiere mas, puede ver á Covar. 1. *var. cap.* 11. y Azev. que explica latamente *d. l.* 2. y prueba en los *números* 42. *y* 87. por aquellas palabras de la ley: *O otros denuestos semejantes*, y otras razones, que lo mismo debe decirse del que llama á otro *Judío ó Moro*, y añade citando á otros estar asi recibido en práctica. Pero adviértase que hablando de las cinco expresadas palabras la *l.* 3. *tit.* 25. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* manda, que no precediendo querella de parte, no se entremetan los Jueces en hacer pesquisa sobre ello, ni procedan de oficio contra los culpados, ni alguno de ellos, ni los tengan presos, ni les lleven penas; pero precediendo querella, que hagan justicia aunque despues la parte que la dió se aparte de ella.

11 Del que llamare á otro *Tornadizo* ó *Marrano* ó con otras palabras semejantes, al que convertido de otra ley se tornare Christiano, establece la misma *l.* 1. que debe pagar diez mil maravedís á la Cámara del Rey, y otros tantos al injuriado que se quejase; y que si no tuviere para pagarlo todo, pague lo que pudiere, y por lo que restare yaga un año en el cepo, y si antes de un año pudiere pagar salga de la prision. Pena utilísima que debe estar en observancia continua para refrenar á los maldicientes, que con estas injustísimas injurias muerden é impiden la conversion de los hombres, quando la Iglesia y nuestros religiosísimos Monarcas estan fervorosamente solícitos en fomentar y mantener misiones para conseguirla. Y lo peor es que las extienden á los descendientes de estos miserables, sin detenerles el transcurso de cerca de dos siglos. En mi Patria y otros Lugares de este Reyno de

Valencia hay muchos de estos infelices descendientes de niños Moriscos, que al tiempo de su expulsion en el año de 1609. quedaron ocultos por la comiseracion de algunos fieles, y sin embargo que por lo regular tienen y manifiestan tanta moralidad y afecto á nuestra Religion Católica como los demas, se les mira con desprecio, y se suelta alguna injuria de esta naturaleza contra ellos. Mis gritos y amenazas contra estos oprobrios, quando los he observado en mi Pueblo, han mitigado mucho este mal.

12 ¿Y quien creerá que las Religiones mas humildes se niegan á dar el hábito á un benemérito virtuoso que lo pide, solo por este reparo, que sus ascendientes doscientos años atras eran Moros? Asi lo he visto algunas veces. Debian reformarse en este particular los capítulos que se ponen en los formularios para los informes de limpieza de sangre para entrar en alguna Religion ú oficio. A qualquier Moro ilustrado que tenga deseo de entrar en nuestra Religion, si se halla sabedor de esta indigna necedad, le servirá de rémora el considerar, que sujeta á su posteridad á este perpetuo sambenito: cuya consideracion es causa que muchos despues de haber abrazado nuestra Santa Religion, se arrepienten y la desamparan. Así declaman lamentable y religiosamente la *l.* 3. *tit.* 25. *P.* 7.

13 Y debemos advertir antes de salir de este asunto, que la palabra *Marrano*, en esta *ley* significa al que descendiendo de Judíos se ha bautizado, y es Christiano fingido, como lo explica Azev. en *d. l.* 1. *nn.* 254. *y* 255. de cuya significacion puede verse á Sebastian de Covarrubias en el *Tesoro de la lengua Castellana.* Por lo que si alguno injuriase á otro con este nombre, dándole otra significacion, no deberá ser castigado con la pena de esta *ley* 1. sino con otra mas leve. Por otras palabras injuriosas ó feas menores que las referidas, impone la *l.* 2. *d. tit.* 25. la pena de doscientos maravedis para la Cámara del Rey, añadiendo que el Juez la pueda dar mayor, segun la qualidad de las personas y de las injurias. Y la 6. *del mismo tit.* manda, que ninguno sea osado á decir, ni cantar de

noche ni de dia por las calles ni plazas ni caminos ningunas palabras sucias ni deshonestas, ni otros cantares que sean sucios ni deshonestos, so pena de cien azotes, y desterrado un año del Pueblo donde fuere condenado. Y si lo que cantase fuese por deshonor ó denuesto de otro, le impone la *ley* 3. *d. tit.* 9. *P.* 7. la pena de infame. Si los hijos desobedientes denostasen á sus padres en público ó en escondido, en su presencia ó en ausencia, manda la *l.* 4. *d. tit.* 25. que ademas de las penas establecidas en las leyes de la *Partida*, le eche la Justicia en la cárcel pública, con prision de 20. dias, ó pague al padre ó la madre 600. maravedís de los buenos á eleccion de estos, de los quales los 200. han de ser para el acusador.

14 A las injurias de las palabras refieren tambien los Autores, las que se hacen por escrito. De ellas habla latamente la *l.* 3. *d. tit.* 9. diciendo, que á veces se hacen paladinamente, y á veces encubiertamente, echando los malos escritos en las casas de los grandes señores, ó en las Iglesias, ó en las plazas comunales de los Pueblos, porque cada uno lo pueda leer. Gradúa con mucha razon de grande esta injuria, y añade, que con ella se ofende tambien al Rey, y que este escrito se llama en latin *famosus libellus*. Ahora le llamamos *Pasquin*, tomado el nombre de que en Roma se acostumbraba ponerlos en una Estátua asi llamada. En quanto á la pena que deben sufrir los delinqüentes, establece la misma *ley*, que ha de ser la misma que corresponde al delito que se achaca al ofendido si fuere probado, y que tenga lugar contra los que compusieron tal escrito, ó le escribieron; mandando al mismo tiempo, que aquel que primeramente lo hallare, le rompa luego, y no le enseñe á ninguno baxo la misma pena si lo contrario hiciere. Y aunque repite lo que se habia dicho en la *l.* 4. que no merece pena el que atribuye de palabra algun delito á otros si lo probare, dice no tener lugar esta relevacion de pena en los que lo hicieron por escrito, dando la razon de la diferencia. Pero queremos advertir dos limitaciones de la doctrina de esta, *l.* 4. que

pone y funda bien Greg. Lop. en su *glosa* 7. I. Que solo tiene lugar la relevacion de pena, quando la República interesa en que se sepa el delito ó culpa, mas no si nada interesare. II. Que tampoco le tiene quando el autor del delito ha sido indultado por el Rey: en cuyos casos de no interesar la República, y haber obtenido indulto el reo, mereceria pena el que profirió la deshonra. Alli mismo exâgita otras qüestioncillas, que nuestro instituto no nos permite correr. De las injurias que se hacen con hechos, hay varios exemplos en la *ley* 4. *y siguientes*, *d. tit.* 9. y pueden ponerse otros; porque esto depende en gran parte de la estimacion de los hombres buenos.

15 Puede intentar la accion que nace de la injuria el que la recibe en sí, tambien el padre por el hijo que estuviere en su poder, el marido por la muger, *l.* 9. *d. tit.* 9. *P.* 7. que establece lo mismo del suegro por la de la nuera, pero dice Greg. Lop. en su *glos.* 3. cesar esto hoy en que por el matrimonio sale el hijo de la patria potestad. Y puede intentarse no tan solamente contra los que la hicieron, sino tambien contra los que la mandaron, ó dieron esfuerzo, consejo ó ayuda para hacerla en qualquier manera que sea, por ser cosa justa, que los que hacen el mal, y los que le consienten, reciban igual pena, *l.* 10. *d. tit.* 9. (1). El tiempo de poderla intentar es un año, pasado el qual, espiró este derecho, porque se entiende que el ofendido perdonó la injuria (2). Tenemos por mas probable, que este año ha de ser útil en quanto á su principio, pues aunque la *l.* 22. *d. tit.* 9. que habla de este asunto, parece manifestar, que debe ser continuo, por aquellas palabras: *Desde el dia que fue fecha la deshonra*, persuaden lo contrario aquellas otras: *Porque puede ome asmar, que no se tuvo por deshonrado, pues que tanto tiempo se calló*: las quales pueden considerarse explicativas de las otras, y esta es la opinion de Greg. Lop. en su *glos.* 2. Tambien se acaba esta accion por el per-

(1) §. 11. *Inst. de injur.* (2) *L.* 17. §. 6. *de injur.*

don ó condonacion del injuriado, expresa ó tácita, como si despues de haberla recibido, se acompañase de su grado, y comiese ó bebiese con quien le injurió en su casa, ó en la de otro, ú otro lugar, *d. l.* 22. Y tambien por la muerte del que hizo la injuria, ó del que la recibió, de suerte, que ni pasiva ni activamente pasa á los herederos, salvo si sucediere la muerte despues de contestado el pleyto, en cuyo caso alcanzaria á los herederos, *l.* 23. *y últ. d. tit.* 9. que pone la excepcion de la *l.* 11. *d. tit.* que hemos notado arriba al *n.* 9. á favor de herederos del que recibió la injuria quando padecia enfermedad grave de que murió.

16 Resta que hablemos de los quasi delitos, que son unos hechos, que sin ser propiamente delitos se acercan á ello. De esta clase es la sentencia que da malamente el Juez por necedad ó ignorancia. Quando esto suceda, estará obligado á pagar á aquel contra quien dió sentencia, el daño ó menoscabo, que le vino por razon de ella, *l.* 24. *tit.* 22. *P.* 3. (1). Es tambien quasi delito echar de las casas á la calle alguna cosa que pueda hacer daño á los que pasan. Si lo hiciere, estan obligados los que moran en la casa á pagarlo doblado, todos si no saben quien la echó, ó solo el que lo hizo si se sabe. El que estuviere de huésped en la casa nada paga, sino fuese el que hizo el daño. Si el daño fuese muerte de algun hombre deberá pagar cincuenta maravedis de oro por mitad á los herederos del difunto, y á la Cámara del Rey, *l.* 25. *tit.* 15. *P.* 7.

17 Asimismo es quasi delito, y muy semejante á este que acabamos de espresar, el tener uno alguna cosa colgada en su casa sobre las calles por donde pasan los hombres, que se sospechare podia caer, en cuyo caso si le acusaren y se hallare que en verdad podria caer y hacer daño, aunque no cayese ni le hiciese, deberá pagar el que asi la tuviere colgada diez ma-

(1) *Pr. Inst. de obl. quæ quas. ex del nasc.*

ravedís de oro por mitad al acusador, y á la Cámara del Rey. Y debe quitar la cosa, ó ponerla de manera que no pueda caer. Y si cayese, é hiciese daño á otro, ó matare algun hombre, habrá de pagar las mismas penas expresadas en el anterior quasi delito, *l.* 26. *d. tit.* 15. (1). El quarto y último quasi delito acontece quando en la establía, meson ó posada ó nave hurtan alguna cosa á los viajantes que aposentan allí, ó á los navegantes, los criados del hostalero ó maestro de la nave sin su mandato, ni por su consejo; y entonces pagará el hostalero doblada la cosa hurtada por su culpa de tener malhechores en su casa; pero si el ladron no fuere de su familia ó servicio, sino otro extraño, nada deberá pagar, sino es que la hubiese recibido en guarda aquel cuya era, que entonces pagaria su valor, *l.* 7. *tit.* 14. *d. P.* 7. (2), y en este caso la obligacion de pagarle no nace como la otra de quasi delito, porque no le hay, sino del depósito ó arriendo que se contrae con el hostalero, y se gobiernan sus prestaciones por las reglas de estos contratos. Y pone *dha. ley* 7. otros exemplos de esta doctrina en los colmojarijes, aduaneros de aduanas donde meten sus cosas los particulares, y en los que guardan las alóndigas del trigo, de la cebada, ó de la harina que llevan á ella los arroqueros ó arrieros.

TITULO XXIII.

MODOS DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES.

Tit. 14. P. 5. (3).

1. 2. 3. *De la paga ó solucion.*

(1) §. 1. *eod.* (2) §. *últ. eod.* (3) *Tit.* 30. *lib.* 3. *Inst.*

4. *Qué debe hacerse quando el acreedor se resiste á recibir la paga.*
5. *Se extingue la obligacion quando sin culpa del deudor perece la cosa que debia darse: lo que no tiene lugar en las cosas que constan de peso, número y medida.*
6. *Del juramento y la remision.*
7. 8. *De la novacion.*
9. 10. 11. *De la compensacion.*
12. *Cosas en que tiene lugar la compensacion.*
13. *Diferencias entre la compensacion y la retencion.*
14. *Modo de estinguirse los contratos consensuales.*

1 Pagas y quitamientos, dice el *princ. del tit.* 14. *P.* 5. son dos cosas que desatan los obligamientos. Explicaremos estos dos modos de extinguirse la obligacion, y otros de que tambien se hace mencion en la *ley* 2. *de este mismo título* 14. Paga tanto quiere decir, como *Pagamiento que es fecho a aquel que debe recibir alguna cosa; de manera que finque pagado de ella o de lo que deben facer.* Así lo explica la *l.* 1. *d. tit.* 14. como si dixera es: *Entrego a nombre del deudor al acreedor de la cosa ó cantidad que le debe; ó prestacion del hecho á que estaba obligado.* Este modo es el mas natural de todos, en el que suelen pensar los que concurren á contraer la obligacion. Debe hacerse la paga al acreedor, y de aquellas cosas que se deben y no de otras, sino quisiere el que la ha de recibir. Pero si acaeciese que el deudor no pudiese pagar aquellas mismas cosas que debia, podrá dar en pago otras segun el arbitrio del Juez. Y si la obligacion fuere de hacer alguna cosa, y el deudor no pudiere hacerla de la manera que lo prometió, la deberá hacer de otro, tambien segun el arbitrio del Juez, y pagar ademas el daño y menoscabo que por ello le vino al acredor. Y se quita por la paga la obligacion, no solo quando el deudor la hace por sí mismo, sino tambien habiéndola otro en su nom-

bre aunque el mismo deudor lo ignorase, y aunque lo supiese y contradixese, *l.* 3. *d. tit.* 14. (1), y quedan libres tambien los fiadores y las prendas, *d. l.* 1. *tit.* 14. *P.* 5.

2 Para que la paga hecha al tutor ó curador de algun menor ó loco, extinga enteramente la deuda, es menester que se haya hecho con otorgamiento del Juez; porque de otra manera está sujeta á la restitucion *in integrum*, *l.* 4. *d. tit.* 14. (2). Si la paga se hiciere á otro que no fuese el deudor, pero con mandado de este, ó si hecha sin mandado la ratificare despues, extinguirá la obligacion. Lo mismo seria si se hiciese al mayordomo ó procurador nombrado señaladamente por el acreedor, al que quitase el mandamiento, despues de haber cobrado; pero si lo quitase antes, y el deudor lo sabia, quedaria viva la deuda, *l.* 5. *l.* 6. *d. tit.* 14. Si Pedro me prometiere dar á mí ó á Juan cien pesos, quedaria libre dándolos á qualquiera de los dos, aunque despues le prohibiese yo que los diera á Juan, con tal que esta prohibicion fuese antes de haber empezado yo el pleyto contra Pedro; porque si fuese despues, ya no le aprovechaba pagarlos á Juan, como ni tampoco este despues de la promision hubiese mudado de estado, haciéndose de seglar Religioso, ó poniéndose de otro modo en poder de otro, ó le desterrasen para siempre á algun lugar, *d. l.* 5. (3). Las leyes Romanas hablaron con mas extension de este caso diciendo que Juan solo sirve, para que se le pueda pagar y con ello quedar libre el promisor; pero no para poder pedir la deuda, ni extinguirla por la novacion, acceptilacion ó remision de que luego hablaremos (4): cuya doctrina tiene la razon de que estos modos de solucion imaginaria solo lo son, quando les otórga el que es acreedor, y Juan no lo es en nuestro caso. Si el deu-

(1) *Princ. Inst. quib. mod. toll. obl.* (2) §. 3. *Inst. quib. al. lic.*
(3) § 4. *Inst. de inut. stip. l.* 16. *de fidejus. l.* 38. *de solut.*
(4) *L.* 10. *de solut.*

dor otorgó á alguno poder para pedir en juicio la deuda, no podrá este cobrarla, aunque saliese vencedor en la causa; sino es que el poder fuese tambien para cobrarla *l.* 7. *d. tit.* 14. *P.* 5.

3 El que debe muchas deudas á otro y paga algo, puede escoger la deuda á cuyo pago se haya de aplicar la paga. Y si callare, podrá escogerla el acreedor. Pero si lo contradixere luego el deudor antes que se partiese del Lugar, se contará en la deuda que él señalare. Y si acaeciese que ninguno de los dos señalare la deuda, y alguna de ellas era mas grave ó pesada por razon de pena, usuras ó de otra manera, á ella se deberá aplicar. Mas si fueren en un todo iguales sin tener ninguna especial gravámen, se deberá repartir entre todas la paga, *l.* 10. *d. tit.* 14. (1). Gregorio Lop. interpretando con alguna extension esta parte de la ley, quiere en su *glos.* 4. deber entenderse quando las deudas son tambien iguales en antigüedad; y que no siéndolo deberá aplicarse á la mas vieja, entendiendo por tal la que lo es por razon del tiempo en que debe pagarse, y no por la del contrato. No negamos poder considerarse alguna equidad en esta opinion: pero él solo lo funda en que asi lo estableció el derecho Romano (2), del que no expresa correccion nuestra *ley*. Le parece bastante esta razon, que tal vez no parecerá á otros.

4 Si el acreedor resiste el cobrar la deuda, tiene el deudor medio para extinguir la obligacion, y es mostrar el dinero en el tiempo y modo correspondientes delante de hombres buenos, con ofrecimiento ó protesta que quiere pagar con él; y en seguida depositarle en algun hombre bueno, ó en la Sacristía de alguna Iglesia. Con esto queda libre el deudor, de manera que si se pierde el dinero sin culpa suya, se pierde para el acreedor que la tuvo en no recibirlo, *l.* 8. *d. tit.* 14. *P.* 5. (3). Si esto se hace ante el Juez y con su aprobacion, como se acostumbra, está

(1) *L.* 1. *l.* 3. *cod.* (2) *L.* 5. *eod.* (3) *L.* 9. *C. de solut.*

mas clara y expedita la liberacion del deudor. No puede el acreedor apremiar por sí al deudor á que le pague, ni tomarle en prenda cosa alguna: lo debe hacer el Juez á su requirimiento, sino es que los dos lo hubiesen antes pactado. Y si lo contrario hiciere, y lo hubiese cobrado, debe restituirla al deudor, y pierde su derecho; y si hubiese tomado prenda, debe restituirla doblada, *l.* 14. *d. tit.* 14. La *ley* 11. *tit.* 13. *d. P.* 5. añade contra el que prendó la pena de que pague al Rey el valor de la prenda.

5 Explicada la paga ó solucion, pasamos á otros modos de extinguirse la obligacion ó deuda. Lo es tambien, quando la cosa que se debe es una bestia ú otra qualquiera cosa cierta ó señalada, y esta muere ó perece de otro modo sin culpa del deudor *l.* 9. *d. tit.* 14. *l.* 18. *tit.* 11. *P.* 5. (1). Pero si esto aconteció por culpa del deudor, aunque fuese solamente aquella que incluye la mora ó tardanza, quedaria viva su obligacion de pagar la estimacion de la cosa como si hubiese dia señalado para la paga que ya pasó; ó se la hubiese pedido al acreedor, y no se la quiso entregar pudiéndolo hacer, *dd. ll.* 9. *y* 18. (2). Diximos *cosa cierta*, porque si la deuda fuese de cosa incierta, ó cantidad de las cosas pue se suelen contar, pesar ó medir, siempre pereceria para el deudor, sin libertarse de la obligacion, *l. últ. tit.* 1. *d. P.* 5. (3), De esta doctrina se dan dos razones: la una, porque entonces el deudor lo es de género, y el género por su naturaleza nunca perece (4); y la otra, porque aunque quisieramos decir que perece, el deudor es dueño, y por lo regular perecen las cosas para su dueño (5). Le prestas pues á Pedro una onza de oro, y se la roban sin culpa suya por fuerza que no pudo resistir, tendrá obligacion de pagarte; porque esta no era de haberte de dar aquella misma onza, sino generalmente una onza.

(1) *L.* 5. *de reb. cred.* (2) *D. l.* 5. (3) §. 2. *Inst. quib. mod. re contr. obl.* (4) *L.* 11. *C. si cert. pet.* (5) *L.* 9. *C. de ping. act.*

6 Se liberta tambien el deudor, si pidiéndole el acreedor la deuda, y dándole juramento de su voluntad sobre la certeza, la negase el deudor, *d.* l. 9. En la práctica para evadir los acreedores este peligro de perder sus deudas, piden el juramento con la reserva de otra prueba. Asimismo se extingue la obligacion, por la remision ó perdon de la deuda que el acreedor hace al deudor: la qual puede ser expresa ó tácita. Expresa será quando se hace por palabras claras que la manifiestan. A este modo de quitar la obligacion llaman las leyes de la *Partida quitamiento*, y acontece quando el acreedor pacta con el deudor, que nunca le pedirá la deuda, *l.* 1. *l.* 2. *d. tit.* 14. Y lo mismo sucederia si se diese por pagado, á lo que llamaron los Romanos *acceptilacion* (1). Tácita ó callada remision será la que se manifiesta por algun hecho, como por exemplo, si el acreedor diese al deudor la carta ó vale de la deuda, ó la rompiese con intencion de quitarla. Lo contrario seria si pudiese probar el mismo acreedor, que solo dió el vale al deudor en confianza, y no con animo de quitar la deuda; ó que se lo hurtaron ó forzaron que lo rompiese, *d. l.* 9.

7 Se quita tambien la obligacion por el renovamiento ó novacion, á cuyo modo llaman tambien *quitamiento* las leyes de la *Partida*; porque es nombre génerico que significa toda especie de deliberacion que nace del acreedor. Llamaremos á este modo de quitar la obligacion con este nombre de *novacion*, porque sobre ser mas ligero, usamos de él en la práctica ó trato comun, y no es otra cosa que *Renovamiento de una obligacion en otra nueva*; de manera que si bien se extingue la vieja, queda en su lugar la nueva, á diferencia de los otros modos que la quitan enteramente, dejando al acreedor sin derecho alguno en aquel particular. Se puede hacer, ó conservándose la persona del deudor, ó mudándose. Quando se hace del primer modo es menester, ó que se va-

(1) §. 1. *Inst. quib mod. tol. obl.*

rie la especie de la obligacion, como por exemplo, que se deba como precio de venta, lo que se debia por título de prestamo; ó que sino se varía la especie de obligacion, se añada ó quite algo de la vieja, como el dia, condicion ó lugar. Del segundo modo se hace, subrogando el deudor en su lugar, con placer del acreedor, otro deudor que se obligue á pagar, y diga abiertamente que lo hace con la voluntad de que el primero quede desobligado: en cuyo caso quedaria subsistente la obligacion del segundo, y extinguida la del primero; de manera que aunque el segundo se hiciese insolvente, nada podria el acreedor pedir al primero. Pero si el segundo dixese simplemente, que se obligaba á pagar la deuda del primero, sin expresar ser su intencion, que este quedase libre, no habria novacion, sino que ambos quedarian obligados, bien que pagando qualquier de ellos, se extinguiria para los dos la obligacion, *l.* 15. *d. tit.* 14. *P.* 5. (1). Y adviértase que segun una ley Romana (2). que nos parece tener equidad, si habia prendas en la primera obligacion, y se repitiesen en la segunda, conservarian la prerogativa de anterioridad de tiempo, que tuvieron en la primera.

8 Si siendo la primera obligacion pura, se renovase so condicion, solo habria novacion quando exîstiese la condicion. Y si por lo contrario la primera fuese so condicion, y la segunda pura, tampoco la habria sino se cumpliese la condicion, *l.* 16. *d. tit.* 14. La razon en ambos casos es la misma, porque siendo la novacion renovamiento de obligacion, es preciso para que la haya, que sean dos las obligaciones, vieja y nueva, y en estos casos faltaria la condicional, no cumpliéndose la condicion. Parece á primera vista, que el versículo *fueras ende de d. ley* 16. contiene una formal excepcion del segundo caso, quando los contrayentes pactaren que valiese la nueva obligacion, aunque no se cumpliese la condi-

(1) §. 3. *Inst. quib mod. tol. obl.* (2) *L.* 3. *qui potion. in pign.*

cion puesta en la vieja: sobre la qual extrañamos que nada haya dicho Greg. Lop. Nosotros decimos, que en tonces no habria propiamente novacion, por faltar el necesario requisito de dos obligadiones; pero que seria válida la segunda obligacion que se llamaria segunda, porque se dirigia á desatar la primera condicional que pudo serlo y no lo fue; y que este y no otro es el sentido de *d. vers.* Otro caso de un acreedor putativo nos pone la *ley* 19. *d. tit.* 14. en que tambien se dice renovamiento de obligacion, la que uno contrae con intencion de extinguir otro que creia existir, y no existia. El requisito de haber de ser dos las obligaciones se cumple aunque la segunda sea solo natural é ineficaz. De ello nos pone un exemplo la *ley* 18. *d. tit.* 14. quando el menor de 14. años contrae por sí solo, sin otorgamiento de su guardador, alguna obligacion en renovamiento de otra eficaz y perfecta; en cuyo caso dice, que la primera quedaria quita, y el acreedor se habria de contentar con la segunda, de que no podria hacer uso, dándose á sí mismo la culpa de esta transformacion (1).

9 La compensacion es tambien modo de extinguir la obligacion, y es: *Descuento de una deuda por otra*, como si debiendo tú á Pedro cien pesos por un título, te debiere él igual cantidad por otro. La equidad de la compensacion está á la vista, y tambien su utilidad; porque ella mediante, quedais los dos libres de la obligacion, sin sacar ninguno dinero del bolsillo, y se ahorran los rodeos de cobrar Pedro de ti, y tú de él. Para que el Juez admita la compensacion es menester que el reo que la propone pueda probar luego, ó á lo mas tardar dentro de diez dias, que el actor le debe. Si no fuere asi, debe el Juez andar adelante en el pleyto, sin atender á la compensacion, *l.* 20. *d. tit.* 14. y de ahí es, que las deudas por ambas partes han de ser ciertas y líquidas (2). Si las

(1) *L.* 9. §. 3. *eod.*
(2) *L. últ.* §. 1. C. *de compens.*

mutuas deudas entre dos, fuesen desiguales, tendrá lugar la compensacion en la cantidad concurrente, y en la sobrante quedará viva la obligacion á favor del mayor deudor; ó por decirlo mas breve, la compensacion se admite tambien en parte, *l.* 22. *d. tit.* 14.

10 Si dos compañeros hicieren daño por su culpa ó negligencia en las cosas de la compañía, se compensará la obligacion de resarcirle del uno con la del otro. Y si el uno solo hubiese hecho daño por una parte, y por otra utilidad, podrá compensar el valor de esta con el de aquel, segun fuere la cantidad. Esta doctrina de *d. l.* 22. parece contraria á la de la *l.* 13. *tit.* 10. *P.* 5. que hemos notado en el *n.* 10. *tit.* 15. como asi lo reconoce Greg. Lop. en la *glos.* 1. *de d. l.* 22. en que habla latamente de esta contradiccion, y la compone bien diciendo, que nuestra *l.* 22. habla del caso en que el daño vino por sola culpa del compañero, y la citada 13. de quando acaeció por dolo, en cuyo caso no puede pretender compensacion á título de que por otra parte ha beneficiado á la compañía. Si alguno de los compañeros hubiese hecho daño en algunas cosas de la compañía por engaño, y en otras su compañero por culpa, habrá lugar á la compensacion; pero no si los dos le hubiesen hecho en una misma cosa, pues entonces todo lo pagaria el del dolo, sin poder compensar cosa alguna con el otro, *l.* 23. *d. tit.* 14. *P.* 5.

11 No solamente pueden compensar los deudores principales, sino tambien sus fiadores, tanto de lo que el acreedor debiese á los pincipales, como á los mismos fiadores. Tambien podrá compensar el personero ó procurador lo que deben á su principal: dando fiador de que este lo habrá por firme. Pero lo que debiere el mismo personero, no lo podrá descontar de lo que se debe á su principal sin consentimiento de este, *l.* 24. *d. tit.* 14. Si emplazado Pedro á pagar cierta deuda, no pudiese comparecer, y viniese alguno de sus hijos á responder, podrá oponer la compensacion de otra deuda que debiese el que demanda á su padre, si diere fiador de que su padre lo tendrá por

bien hecho, *l.* 25. *d. tit.* 14. (1), que al fin extiende esta doctrina á qualquiera que no fuese hijo, pariente ni personero del demandado. No señala la razon de esto último; pero seguramente lo es lo que establece la *l.* 10. *tit* 5. *P.* 3. *vers. Mas*, que responder por otro ó defenderle, lo puede hacer qualquiera, con tal que afiance, que el demandado dará por firme lo que fuese hecho, y pagará lo que fuere juzgado (2). Lo que se debe al Rey, ó algun fondo público de los pueblos, para necesidades comunes, no se puede compensar, *l.* 26. *d. tit.* 14. (3). Ni tampoco lo que se debe á alguno por razon de fuerza ó delito que hayan cometido contra él. Ni el depositario puede oponer la compensacion por deuda que le debiere el deponente, sino es que debe entregarle la cosa luego que la demande, y pedir despues lo que se le debiere, *l.* 27. *d. tit.* 14. *l.* 5. *tit.* 3. *P.* 5. (4).

12 Pueden compensarse todas las deudas de cosas que se pueden contar, pesar ó medir, hasta en aquella quantia que un deudor debiere á otro, *l.* 21. *d. tit.* 14. (5). La razon es clara, porque estas cosas, á las quales suelen llamar fungibles los Intérpretes, son de tal naturaleza, que las unas valen por las otras, esto es, que si Pedro me debe una fanega de trigo, y yo le debo otra, se cree que lo mismo debe el uno que el otro; y por lo mismo son la materia del mutuo. Lo contrario sucede en las otras que no tienen tanta igualdad, que valgan lo mismo unas que otras. Por ello no dexa de causar alguna dificultad lo que añade la misma *l.* 21. que tambien tendria lugar la compensacion, si dos se debieren mutuamente alguna cosa que no fuere cierta ó señalada, como un caballo, ú otra cosa semejante. No reconoció esta dificultad el insigne Gregor. Lop. aunque suele reparar en los ápices; pero sin embargo creemos que lo es, y que no se puede soltar, sino diciendo que valdria entonces la compensacion, porque el Juez

(1) *L.* 9. §. 1. *de compens.* (2) *L. un. C. de satisd.* (3) *L.* 3. *C. de compens.* (4) §. 30. *Inst. de action.* (5) *L.* 4. *C. de compens.*

deberia señalar por ambas partes un caballo del mismo precio; de suerte que los deudores no tanto se considerarian que lo eran de un cuerpo inestimado, como de cantidad, y en estos términos no cabe duda que tiene lugar la compensacion. Pero prosigue la misma *ley* diciendo, que si una de las cosas debidas fuere cierta ó señalada, no tendria cabida la compensacion: lo que comprueba la solucion que acabamos de dar.

13 Queremos aqui advertir al fin, que aunque la compensacion y la retencion se asemejan en algunas cosas, con todo no deben confundirse; porque se diferencian en otras. La compensacion no tiene lugar quando una de las cosas debidas es cuerpo inestimado, como acabamos de ver, y la retencion sí, como sucede en el marido que retiene el campo dotal inestimado, hasta que le satisfagan las impensas necesarias que en él hizo y en otros varios. La compensacion tiene fuerza de paga ó solucion, y la retencion no.

14 Y últimamente debe tenerse presente que las obligaciones que nacen de los contratos consensuales si no se ha hecho el progreso de entregarse algo por alguno de los contrayentes, se extinguen por el mutuo consentimiento contrario de los dos (1) por la famosa regla de que las cosas se disuelven lo mismo que se constituyeron, *l.* 2. *tit.* 10. *l.* 3. *del Fuero Real* (2) como ya lo advertimos *lib.* 2. *tit.* 12. *n.* 2.

(1) §. *últ. Inst. quib. mod. tol. obl.* (2) *L.* 3. *de div. reg. jur. tit.* 4. *et* 8. *lib.* 48. *Dig.*

TITULO XXIV.

DE LOS DELITOS EN GENERAL, DE LAS TRAICIONES, DE LOS HOMICIDIOS, DE LOS RIEPTOS, LIDES Y DESAFIOS.

Titt. 2. 3. 4. 8. P. 7. Titt. 7. y 20. lib. 12. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea delito, y la division de ellos en públicos y privados.*
2. *Qué sea traicion, y en qué se diferencia de la alevosía.*
3. 4. *Penas de la traicion.*
5. 6. *Qué sea homicidio, y la pena ordinaria del que se hace á sabiendas.*
7. 8. *Penas especiales en algunos homicidios; y de los que se matan á sí mismos.*
9. *Casos en que es condenado á la pena del homicidio el reo que no lo hizo.*
10. *Penas de los que contribuyen á que se desgracie el parto, y los que dan medicinas que causan la muerte.*
11. *De los que matan por ocasion sin dolo.*
12. *De los que matan por exígirlo su propia defensa.*
13. 14. 15. *Otros casos en que no incurre en pena alguna el que mata á otro.*
16 *Del parricidio.*
17. *De los rieptos, desafios y lides.*

1 Habiendo tratado hasta aqui de todas las cosas que pertenecen á aumentar, conservar ó disminuir nuestro

(1) *Titt. 4. et 8. lib. 48. Dig.*

patrimonio, pasamos á hablar de los delitos, baxo el aspecto de las penas que merecen sus autores, á beneficio de la pública tranquilidad. Delito en general, al que las leyes de la Partida llaman *malfetría*, es: *Hecho con placer de uno en daño o deshonra de otro, princ. del tit.* 1. *P.* 7. Los Romanos desde luego distinguian los delitos en públicos y privados, llamando públicos á aquellos que venian de las leyes de los públicos juicios (1); pero como estas leyes no estan entre nosotros baxo este carácter, diremos ser públicos aquellos delitos que ofenden directamente á la República, en los quales es permitida la acusacion á qualquiera del Pueblo; y privados por lo contrario aquellos en que se ofende principalmente á particulares; que por lo mismo tienen el derecho de acusar y percibir la pena pecuniaria que llevan. Y dexando por ahora los delitos cometidos directamente contra Dios y nuestra Religion Católica, comenzamos por el de traicion, del que dice el *princ. del tit.* 2. *P.* 7. que es la cabeza de todos los males.

2 La traicion llamada comunmente, con relacion al nombre latino, delito de *lesa magestad* es: *Yerro, que face ome contra la persona del Rey*, segun la *l.* 1. *d. tit.* 2. que en seguida pone catorce maneras ó especies copiadas casi á la letra en la *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* (2). muchas de las quales hacen ver, que las palabras *contra la persona del Rey* se toman en *d. l.* tácitamente, de modo que comprehende los yerros que se hacen en diminucion de los derechos del Rey, aunque no sean contra su persona, y añade al fin la misma *l.* 1. que si alguno de los yerros referidos en las catorce especies, es hecho contra el Rey, ó contra su señorío, ó contra pro comunal de la tierra, es propiamente llamado *traicion*, y que quando es hecho contra otros hombres es llamado *aleve*, esto es, *alevosía*, la que tambien está comprehendida baxo el nombre *traicion* generalmente tomado; pues la propia *l.* 1. di-

(1) *L.* 1. *de publ. jud. quæ leges recenset.* (2) *L.* 1. *et. seqq. ad l. Jul. majest.*

ce: *Traicion tanto quiere decir, como traer un ome a otro so semejanza de bien a mal: e es maldad que tira de sí la lealtad de corazon del ome*; pero aqui no hablamos de las hechas á particulares.

3 Las penas de este delito se refieren en la *l.* 2. *d. tit.* 2. *P.* 7. á saber, debe morir el traidor, y todos sus bienes deben ser de la Cámara del Rey, sacando la dote de su muger, y las deudas anteriores al principio de este delito: todos sus hijos que sean varones deben ser infamados para siempre, de manera que no puedan haber honra de caballería, ni de dignidad ni oficio, ni puedan heredar á pariente ni á otro extraño, ni haber las mandas que les dexaren: pero las hijas bien pueden heredar hasta la quarta parte de los bienes de sus madres. La *l.* 3. *del mismo tit.* 2. añade que la acusacion puede empezarse despues de la muerte del reo, y que si su heredero no le pudiese defender, queda tambien infamado el reo, y confiscados sus bienes; pero pone la limitacion, que esto solo tiene lugar en aquellas traiciones que llamaron en Latin *crímen perduellionis*, esto es, que se hicieron contra la persona del Rey, ó contra la pro comunal de toda la tierra (1). Azevedo *in l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 12. *Nov. Rec. n.* 37. donde añade, que tambien debe limitarse á estas dos especies de traicion la pena de quedar infamados los hijos, citando en su apoyo la *glos.* 5. de *d. l.* 2. de Gregor. Lop. que con efecto es de este equitativo parecer. *Dicha glosa* es muy larga, y digna de leerse por varias qüestiones que exâmina sobre las palabras *sus hijos* de *d. l.* 2.

4 Otras penas se leen en algunas otras de nuestras leyes; como en la *l.* 2. *tit.* 28. *P.* 2. en la *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 12. *d.* y otras: pero para un Institutista, creemos bastar haber expresado las que hemos referido, que tambien alcanzan á los que aconsejaren el hecho de la traicion, ó dieren ayuda ó esfuerzo á los traidores; y aun á los que lo supieren de qualquier manera que fuese, y no lo descu-

(1) *L. ult. ad l. Jul. majest.*

briesen, aunque no se hubiese acabado el hecho, *l.* 6. *tit.* 13. *P.* 6. (1). Pero si alguno habiendo tenido voluntad de entrar con otros en la traicion, antes de formar la convencion con ellos, la descubriese al Rey, debe ser perdonado, y dársele ademas algun galardon; y si la descubriese despues de echa la convencion, pero antes de executarse, ha de ser tambien perdonado, mas sin galardon, *l.* 5. *d. tit.* 2. *P.* 7. (2). De este delito pueden ser acusadores los hombres y mugeres de buena ó mala fama, ricos ó pobres, y todos aquellos que *teniendo conocimiento* no lo pueden ser en otras causas; porque alguna vez se ha debido á alguno de estos el descubrirse alguna traicion, *l.* 3. *d. tit.* 2. como lo refiere Salustio de la conjuracion de Catilina (3). El que acogiere en su casa al traidor ó aleve, sabiendo que lo es, debe entregarlo, y si no lo hiciere pierde la tercera parte de sus bienes, que ha de repartirse en partes iguales entre el Juez, el acusador y el fisco, *l.* 3. *d. tit.* 7.

5 Con esta breve noticia del delito de traicion, pasamos á hablar del de homicidio, al que las leyes de la *Partida* llaman *omecillo.* Homicidio dice la *l.* 1. *tit.* 8. *P.* 7. es: *Matamiento de ome.* Son tres sus especies. La I. Quando un hombre mata á otro tortíceramente, esto es, contra derecho ó razon. II. Quando le mata con derecho, tornando sobre sí, ó en defensa propia. III. Quando acaece por ocasion, *l.* 1. *d. tit.* 8. Solo el de la especie I. es delito. El que matare á otro á sabiendas debe morir por ello, *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* sufriendo la muerte de horca, *l.* 2. *d. tit.* 21. sin distinguirse si el muerto era libre ó esclavo, *l.* 2. *d. tit.* 8. aunque la muete se haya hecho en pelea, esto es, riña ó desafío, *l.* 3. *d. tit.* 23. Antonio Gom. 3. *var. cap.* 3. *n.* 2. queriendo fundarse en la *l. pen. d. tit.* 8. dixo, que las personas ilustres y Nobles, de quienes habla *d. l.* no deben ser castigadas

(1) *L.* 3. C. *ad l. Jul. majest.* (2) *L.* 5. §. *ult. eod.* (3) *L.* 8. *ad l. Jul. majest.*

con la pena de muerte, si hubieren hecho algun homicidio, sino con otra mas leve, asi lo dice *d. l.* hasta el *versículo último*, siguiendo al derecho Romano (1); pero debia haber advertido, que en *d. versículo último*, les sujeta á la de muerte, diciendo: *Mas segun el fuero de España, todo ome que matase a otro a traicion ó aleve, que sea caballero o otro, debe morir por ende, segun diximos de suso en el título de las traiciones.* En vista *de este vers.* lo mas que pueden pretender los Nobles es, que si la muerte que hicieron fue en pelea ó riña, sin la circunstancia de aleve, no se les debe imponer la pena de muerte. En el crímen de aleve cae aquel que hace muerte segura, *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* Y aquèlla muerte se dice segura, que se ha hecho fuera de pelea, guerra ó riña, *d. l.* 2. alli: *Y toda muerte se dice segura, salvo aquella que fuere hecha en pelea, ó en guerra, o en riña, l.* 1. *tit.* 42. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* alli: *Y toda muerte se dice ser segura, salvo la que se probare que fue peleada.*

6 A esto que acabamos de decir á favor de los Nobles, puede obstar la doctrina mas reciente de la *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que generalmente sin hacer distincion de personas, dice: *Todo hombre que matare a otro a sabiendas, que muera por ello*: solo exceptúa casos que luego correremos. Lo que no se les puede disputar es, que quando merezcan pena de la muerte, no se les ha de imponer la de horca, sino la de ser descabezados, ú otra menos indecorosa, *l.* 24. *tit.* 21. *P.* 2. bien citada por Azeved. en la *l.* 4. *d. tit.* 21. *al n.* 6. donde añade, que no deben ser llevados al suplicio en borricos, sino en caballo ó mula con silla y freno. García *de nobilitate glos.* 1. *in princ. nn.* 12. 13. *y* 14. dice haber casos en que pueden ser ahorcados. Son tenidos en quanto á la pena ordinaria por homicidas aquellos que estando acechando para herir ó matar á otro, haciendo habla ó consejo para ello, le hieren aunque no le maten, *l.* 3. *d. tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.*

(1) L. 3. §. *pen. ad l. Cornel. de sicar.*

7 Sentada esta doctrina general, pasemos á varios casos particulares que merecen especial mencion, ó por aumento de la pena, ó por otra circunstancia. El que matare á muerte segura, ademas de la pena de muerte, se le confisca la mitad de sus bienes, *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* Las mismas penas ha de sufrir el que despues de haber sido condenado por alguna muerte que hizo, fuere como fuere, entra en la Corte ó en cinco leguas en rededor, *l.* 10. *d. tit.* 21. Y las mismas impone al que matare á otro, robándole en el camino, *l.* 9. *d. tit.* 21. Todo hombre que matare á otro á traicion ó aleve, debe ser arastrado y ahorcado; y si la muerte fuere á traicion, todos sus bienes van al Rey, y de los del alevoso la mitad, y la otra es para sus herederos, *l.* 2. *d. tit.* 21. en cuyo comentario advierte Azeved. al *n.* 4. diferenciarse la traicion de la alevosía en que aquella es contra el Rey, y esta contra personas particulares, como lo advertimos tambien nosotros *arriba al n.* 2.

8 El que matare, hiriere á otro con arcabuz ó pistolete, por el mismo caso es habido por alevoso, y pierde todos sus bienes, la mitad para la Cámara del Rey, y la otra mitad para el heredero ó herederos del muerto, *l.* 12. *d. tit.* 21. Y para evitar las muchas muertes que se hacian con pistoletes, establecieron los Señores Reyes nuestros Felipe III. y Felipe IV. varias graves penas contra los que los usan y los que los hacen, y sobre otras armas, sin excepcion de personas en las *ll.* 5. *y* 6. *d. tit.* 19. y en todo el *título* 19. *lib.* 12. *de la Novís. Recop.* donde las podrá leer el que desee saberlas; y en la *pragmática* mas reciente del año 1761. que es la *l.* 19. *tit.* 19. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que permite á los Nobles el uso de pistolas de arzon quando vayan montados en Caballo, y en trage decente interior. Y prohibe á los cocheros, lacayos y generalmente á qualquier criado de librea, sin mas excepcion que los de la Casa Real, que traigan á la cinta espada, sable, ni otra ninguna arma blanca. De los que se matan á sí mismo manda la *l.* 15. *d. tit.* 21.

que todos sus bienes sean para la Cámara del Rey, sino tuviere herederos descendientes: pero no está en uso esta pena, porque piadosamente se cree, que el que lo hizo perdió antes el juicio.

9 A las veces es condenado como homicida el que no ha hecho muerte alguna, como en los casos que se siguen: I. El que hiere á otro con asechanzas, segun hemos notado en el *n.* 5. con relacion á la *l.* 3. *d. tit.* 21. II. Los que con intencion de matar á otro vendieren ó compraren veneno, ó manifestaren el modo de darle fuerza, y los que le dieren, aunque no se haya seguido la muerte, *l.* 7. *d. tit.* 8. *P.* 7. III. Los que castraren ó mandaren castrar á alguno, sino es que fuese por razon de enfermedad, que lo exigiere, *l.* 13. *d. tit.* 8. Tampoco es necesario para que á uno se le trate por homicida, el que por sí haya dado la muerte á otro, basta que haya mandado, ó dado auxilio á otro á sabiendas para hacerla, y que este la haya hecho. De ello nos pone un exemplo la *l.* 10. *d. tit.* 8. en aquel que dió armas á un colérico, borracho, furioso, ú otro enfermo de grave enfermedad que se las pedia para matarse á sí ó á otro, y con efecto hizo la muerte. Habla esta *ley* del caso en que las armas se dieron á un enfermo ó achacoso en los términos referidos, pero lo mismo dice Antonio Gomez 3. *var. cap.* 3. *n.* 48. citando á muchos, y como cosa cierta en términos generales, sin respecto á la persona que recibe las armas, y Covarr. *in clementina. Si furiosus part.* 2. §. 2. n. 2. del que presta auxîlio para un acto que da causa próxîma al delito, y cita en su apoyo nuestra *l.* 10. *d. tit.* 8. (1).

10 La muger preñada que tomase bebida ú otra cosa para abortar, ó se hiriese el vientre para perder la criatura si esta era ya viva, incurre tambien en la pena de muerte, y si no fuese viva en la de cinco años de destierro á alguna Isla: como tambien otro qualquier ex-

(1) *L.* 15. *ad l. Cornel. de sicar.*

traño si lo hiciere, *l.* 8. *d. tit.* 8. la qual impone la misma pena de destierro al marido que lo hiciere sin distinguir si estaba ó no viva la criatura. E interpretándolo Greg. Lop. en su *glos.* 5. dice ser la causa de esta benignidad, el creerse que no lo hizo con dolo, sino por causa de correccion: con lo que da á entender, y con razon, que si lo hiciere con dolo mereceria la misma pena que los otros. Y lo mismo los Boticarios, que sin órden de los médicos dan medicina tan fuerte, que pueda causar la muerte al que la tomare, y con efecto la causó, *l.* 6. *d. tit.* 8. (1).

11 Quando uno hace la muerte por ocasion, ó sin dolo ó intencion de matar, ó por exîgirlo su propia defensa, ó por derecho que le dan las leyes, no está sujeto á la pena del homicidio. De los primeros qualquiera puede formarse exemplos, y hay varios en las *leyes* 4. 5. *y* 6. *d. tit.* 8. con sola la diferencia de que cuando la ocasion nace de culpa del matador, debe sufrir otras penas mas leves *dd. ll.* 8. 9. 13. *y* 16. *tit.* 21 pero ninguna sino tuviere culpa alguna, *d. l.* 4. Lo que acabamos de decir del que tiene culpa, con relacion á las *ll.* 8. *y* 9. prueba claramente ser menester intencion de matar en el matador, para que sufra la pena de muerte, y asi lo persuade la misma *l.* 9. *al fin*, y otras que requieren se haga la muerte á sabiendas: lo que es seqüela de la doctrina recibida por todos, que en las causas criminales, y donde se impone pena de muerte ú otra corporal, baxo el nombre de dolo ó engaño, no se comprehende la culpa lata, como puede verse en Aceved. en la *l.* 1. *d. tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.*

12 Que no incurre en pena alguna el que mata á otro, por exîgirlo su propia defensa, nadie lo ignora, y está expreso en la *l.* 4. *d. tit.* 21. *y en la* 2. *d. tit.* 8. en cuyo praticular debe advertirse, que la defensa debe ser necesaria al matador para poderse preservar, ó como

(1) *L.* 3. §. 3. *eod.*

suele decirse, sin exceder la moderacion de la inculpada tutela. Acev. en el *comentario de la l.* 5. *d. tit.* 21. en el *n.* 26. *y siguientes* pone varias ampliaciones de esta doctrina, como tambien Ant. Gom. 3. *var. cap.* 3. *n.* 22. Si el invadido, no estando verdaderamente en peligro de muerte, ó pudiéndolo evitar huyendo sin deshonor, matare al agresor, debe ser castigado no con pena de la muerte, sino con otra extrordinaria, como prueba bien Gom. *d. cap.* 3. *n.* 24.

13 Ademas del caso de precisa defensa, hay otros en que las leyes excusan de toda pena al que matare, referidos en *d. l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* y son: I. Si uno matare á otro hallándole yaciendo con su muger, do quiera que lo halle. II. Si lo mata hallándole en casa yaciendo con su hija, ó con su hermana. III. Si lo mata llevando muger forzada para yacer con ella, ó que haya yacido con ella. IV. Si matare al ladron que hallare de noche en su casa hurtando, ó foradándola, ó si le hallare con el hurto huyendo, y no se quisiere dar á prision; ó si lo hallare hurtándole lo suyo, y no lo quisiese dexar. V. Si mata á otro socorriendo á su señor que lo vea matar, ú á padre, ú á hijo, ú á hermano, ú á otro hombre que deba vengar por linage. Es muy digno de leerse el *comentario de Azevedo á d. l.* 4. porque corre y explica muy bien todos los casos que acabamos de expresar. Notaremos aqui de lo que dice, lo que nos parece merecer mayor atencion. En el I. caso para que tenga impunidad el matador, es menester que mate al mismo tiempo á su muger la adúltera, *l.* 1. *tit.* 28. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* allí: *Que no puede matar al uno, y dexar al otro.*

14 El caso segundo que hemos copiado á la letra de *d. l.* 4. como los demas, dice con razon dicho Autor á los *nn.* 16. *y* 17. que tiene tambien lugar quando no hubo fuerza en cometer el delito; porque no lo exîje la *ley*, y la concuerda con la *l.* 3. *tit.* 8. *P.* 7. que la requiere, diciendo, que esta contiene caso diferente de quan-

do uno mata á otro, que quiere por fuerza yacer con su hija ú hermana: de suerte que para cohonesta la muerte del que estaba yaciendo, no es menester que este haya hecho fuerza; pero sí que es necesario quando se mata, porque queria yacer: y añade al *n.* 15 entenderse esta doctrina quando la hija era soltera; porque si fuese casada, como ya habia adulterio, solo el marido podria matarla en los términos que hemos referido. Y en quanto al caso III. inclina á los *nn.* 18. *y sig.* á que ha lugar aunque el matador no sea pariente de la forzada.

15 En explicar el caso IV. del ladron, confrontándolo con lo que dice en este particular, *d. ley* 3. *tit.* 8. *P.* 7. y con extension al ladron que hurta de dia, al que no pudiese prender sin algun peligro, habla muy latamente, como tambien Greg. Lop. en las *glosas de d. l.* 3. á quienes se puede ver, y á Covarr. en la *clementina Si furiosus*. Nuestro instituto no nos permite extendernos tanto. El caso V. lo extiende justamente el marido que matare socorriendo á la muger, y en quanto á los que matan por vengar el linage, á los parientes del quarto grado. Otros casos á mas de estos que expresa *d. l. de la Recop.* pone la citada *l.* 3. *tit.* 8. *de la P.* 7. á saber: quando uno matare á caballero que desampare á su señor dentro del campo ó en hueste, ó se fuese á los enemigos, y queriéndolo prender en la carrera para llevarlo á su señor, ó á la Corte del Rey se defendiese: Y si matare al que le quemaba ó destruia de noche sus casas, campos, mieses, ó arboles; ó de dia apoderándose por fuerza de las cosas que le tomaba: Y últimamente si alguno matare al que fuese ladron conocido, público robador de caminos: lo que limita Greg. Lop. en la *glos.* 11. *de d. l.* 3. al caso en que el ladron se resiste sin dexarse prender; y añade ser lo mismo público que famoso.

16 Falta que digamos algo del atrocísimo delito del parricidio. Antiguamente, y hablando con rigor, solo lo cometia el que mataba á sus padres; pero despues se

extendió á otros parientes por las leyes Romanas (1); y en estos términos lo han adoptado las nuestras con la pena. Dice pues la *l.* 12. *d. tit.* 8. que si el padre matare al hijo, ó el hijo al padre; ó el abuelo al nieto, ó el nieto al abuelo ó á su bisabuelo; ó alguno de ellos á él; ó el hermano á el hermano, ó el tio á su sobrino, ó el sobrino al tio; ú el marido á su muger, ó la muger á su marido; ó el suegro ó la suegra, á su yerno ó á su nuera; ó el yerno ó la nuera, á su suegro ó á su suegra; ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ó este á su padrastro ó madrastra, ó el aforrado al que le aforró, paladinamente ó encubierto, sea públicamente azotado ante todos, y despues que le metan en un saco de cuero, y encierren con él un can, un gallo, una culebra, y un xîmio ó mono, y en seguida, cosiendo la boca del saco, lo echen al mar ó al rio que fuese mas cercano de aquel lugar donde acaeciere. Y que esta pena tenga tambien lugar contra los que diesen ayuda ó consejo para cometer este delito, aunque fuesen extraños. Y tambien contra el que comprare ponzoña para matar á su padre, y trabajare por dársela, sin poderlo conseguir. La causa de poner los dichos animales la refiere Parlador. *quotid. diff. dif.* 117. y Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 3. donde añade estar en uso esta pena: pero con la circunstancia, que al delinqüente se le quita primeramente la vida, y despues en su cadáver se executa la pena legal, esto es, se mete en una cuba, y se simula que se hecha al mar ó rio; cuyo uso dice Ant. Torres en el *lib.* 4. *tit.* 18. §. 6. *de sus Instituciones Españolas* ser conforme á la *l.* 23. *tit.* 35. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que manda, que al condenado con pena de muerte á saeta no se le pueda tirar saeta sin que primero sea ahogado.

17 Hablaremos aqui de los rieptos ó reptos, desafios ó duelos y lides, *titt.* 3. *y* 4. *P.* 7. como en el lugar mas

(1) L. 1. *tit.* 9. *lib.* 48. *Dig.*

oportuno, por ser el término de ellos el homicidio; pero muy brevemente, porque solo diremos, que ya en el año 1480. los prohibieron los Señores Reyes Don Fernando y Doña Isabel, *l.* 1. *tit.* 28. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* y despues en el de 1716. expidió una pragmática el Señor Don Felipe V. que ratificó y mandó de nuevo obeservar el Señor Don Fernando VI. en el de 1757. y es en el dia la *l.* 2. *tit.* 20. en lo que justísimamente se cargó la mano en la prohibicion, extendiéndola á muchas personas, é imponiendo gravísimas penas á los transgresores, para impedir este abominable delito. Pero sin embargo lloramos al ver, que algunos inconsiderados, creyendo ser verdadero honor el que no lo es, no respetan esta pragmática como ella se merece, y apenas sufren castigo. Lides son especies de desafios de que usaron los Godos. Cornejo en su Diccionario histórico, palabra *Lid.*

TITULO XXV.

DE LOS HURTOS, ROBOS, FUERZAS Y ASONADAS.

Titt. 10. 13. 14. P. 7. Titt. 11. 14. 15. lib. 12. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. 3. *Qué sea hurto y sus especies en quanto á la pena corporal, y de la que corresponde á los hurtos sencillos.*
4. 5. *De los hurtos calificados y sus penas.*
6. *De los hurtos de bestias.*
7. *De los que mudan mojones.*
8. 9. 10. *Qué sea fuerza, y quienes la hacen ó se entiende hacerla.*

(1) *Titt.* 1. *et* 2. *lib.* 4. *Inst. Titt.* 14. *et* 21. *lib.* 47. *tit.* 6. *et* 7. *lib.* 48. *Dig.*

11. *Penas ordinarias de los que hocen fuerza.*
12. *Otras especiales de algunas fuerzas.*
13. 14. *y* 15. *De las asonadas.* 16. *De las máscaras.*

1 En el *tit.* 22. á los *nn.* 1. *y sigg.* hablamos ya de los hurtos y robos; pero solo con respecto á las obligaciones pecuniarias que producen á favor de los particulares que recibieron el daño. Ahora que tratamos de la criminalidad de los delitos, notaremos brevemente lo que haya establecido en quanto á estos. Qué sea hurto, y qué robo lo explicamos ya alli. Los furtadores, dice la *l.* 18. *tit.* 14. *P.* 7. pueden ser escarmentados en dos maneras. La una es con pena de pecho, que es la pencuniaria que queda explicada; y la otra con escarmiento, que es la corporal de que vamos á tratar. El hurto puede ser sencillo ó calificado, esto es, acompañado de alguna circunstancia que lo agrave, *l.* 1. *tit.* 14. *lib.* 12. *Nov. Rec.* Por el primer hurto sencillo debe imponerse la pena de azotes, ú otra de manera, que su gran pena sea vergüenza, segun *d. l.* 18. á arbitrio del Juez, atendida la calidad del hurto y de la persona, Ant. Gom. 3. *var. cap.* 5. *n.* 4. Pero *d. l.* 1. *tit.* 14. reduxo la pena de azotes á que los traigan á la vergüenza, con la añadidura de haber de servir el ladron quatro años en las galeras, cuyo número aumentó á seis la *l.* 2. *tit.* 14. Y como en el dia no hay galeras, se suele condenar al reo en su lugar algunos años de los presidios de Africa ó de Arsenales. Si el hurto fuese el segundo, quiere *d. l.* 1. que se den al ladron cien azotes, y que el servicio de galeras sea perpetuo.

2 Y si el hurto fuese en la Corte aumenta *d. l.* 2. los años de galeras de 8. á 10. por el primer hurto, y por el segundo el número de azotes á doscientos, mandando ademas que estas penas se entiendan y extiendan á los encubridores, receptadores y partícipes en los hurtos. Esta *l.* 2. en quanto habla de los hurtos hechos en la Corte, es correctoria como mas moderna de la *l.* 5. *tit.* 21. *lib.* 12. *de*

la Nov. Rec. que imponia la pena de muerte. Pero otra mucho mas reciente, qual lo es la *pragmática* del año 1734. que es la *ley.* 3. *tit.* 14. *lib.* 12. *Nov. Rec.* resucitó la pena de muerte mandando, que á qualquiera persona, que teniendo 17. años cumplidos, dentro de la Corte, y en las cinco leguas de su rastro ó distrito, le fuere probado haber robado á otro, ya sea entrando en las casas, ó acometiéndole en las calles y caminos, ya con armas ó sin ellas, solo ó acompañado, y aunque no se siga herida ó muerte en la execucion del delito, se le deba imponer pena capital, sin arbitrio para templar ó comutar esta pena: Que si el reo no tuviere 17. años cumplidos, y pasare de 15. se le condene en la pena de 200. azotes y 10. años de galeras sin poder salir de ellas, pasado este término, sin expreso consentimiento del Rey; y que la pena capital alcance tambien á los Nobles, y á los que dieren auxîlio cooperativo al delito, con otras circunstancias mas leves que pueden verse allí. Y posteriormente habiendo representado á S. M. la Sala de los Alcaldes de Corte varias dudas, que se le ofrecian sobre dicha *pragmática* del año 1734. se sirvió S. M. resolver por *real decreto* comunicado de órden del Consejo á dicha Sala en 18. de Abril de 1746. Que las penas de los hurtos simples fueren arbitrarias, segun y como la Sala regulare la qualidad del hurto, teniendo presente para ello la repeticion ó reincidencia, el valor de lo que se regulare del robo, la calidad de la persona á quien se robó, y la del delinqüente, con lo demas que se halla prevenido en el derecho. No sabemos que se haya impreso *este decreto*; pero hemos podido conseguir, que por parte segura se nos haya enviado copia en los términos referidos.

3 Quedan explicadas las penas de los hurtos primero y segundo, asi lo entendió Azev. en *d. l.* 1. *tit.* 14. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* Pero Ant. Gom. en el citado *capít.* 5. *n.* 5. pretende con referencia á la *l.* 6. *del Fuero de las leyes*, y á la 6. *tit.* 28. *P.* 2. que por el segundo hurto se ha de imponer la pena de azotes y corte de orejas, cuyo

corte no sabemos que haya estado jamas en uso; y por otra parte debia haber considerado, que *d. l.* 6. *de la Partida* no habla del hurto sencillo, sino calificado, como luego veremos. Pero el tercer hurto dicen nuestros Autores estar recibido generalmente, que se le imponga al ladron la pena de horca, Gom. *d. cap.* 5. *n.* 6. Azev. en *d. l.* 1. *de la Nov. Rec.* Gregor. Lop. en la *glos.* 5. *de d. l.* 18. *tit.* 14. *P.* 7. diciendo, que este ya es ladron famoso; pero todos convienen en que no tenemos ley que formalmente lo establezca asi; y que los tres hurtos han de ser grandes ó de consideracion, lo que pende del arbitrio del Juez, segun la *l.* 17. *d. tit.* 14. Para tener lugar esta pena, es menester tambien que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, Azev. en *d. l.* 1. pero no que se hayan hecho en un mismo territorio; ni que haya sido condenado por alguno de los dos anteriores, Gom. *d. cap.* 5. *nn.* 8. *y* 9.

4 Hurtos calificados son aquellos, que van acompañados de alguna circunstancia que les agrava. Quando suceden, se impone á las veces la pena de muerte por el segundo, y á veces por el primero. Se impone por el segundo, á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros, *ll.* 6. 7. *tit.* 28. *P.* 2. que añaden otras penas de cortar orejas, manos y otras cosas semejantes que deben preceder, y en el dia no estan en uso. De los que por el primero se impone, se refieren varios en *d. l.* 18. que son: I. si el ladron fuese conocido que públicamente robase en los caminos, Gom. *d. cap.* 5. *n.* 10. en donde lo entiende del que etuviese de propósito en los caminos para robar. II. Si robase en el mar con navíos armados, á quien dicen corsarios. III. Si fuese ladron que hubiese entrado por fuerza en la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas. Sobre este hurto se explica la *l.* 6. *tit.* 5. *lib.* 4. *del Fuero de las leyes* en estos términos: *Todo ome que o foradare casa, o quebrantare Iglesia por furtar, muera por ello.* Y Ant. Gom. que la cita en *d. cap.* 5. *n.* 12. dice, que asi se practica, y lo vió practicar en cierto caso que

le sucedió en un hurto mínimo. Y añade no bastar para esta pena el rompimiento de arca ú otra cosa en que estaba la cosa hurtada; porque las *leyes citadas* requieren violencia con rompimiento de casa, entrándola y quebrantándola; y que por esta razon defendió y libertó de la muerte á un criado, que rompiendo una arca, hurtó mas de cincuenta doblones, y fue cogido con el hurto y confesó.

5 IV. Si hurtase de la Iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa santa ó sagrada. V. Si el Oficial del Rey, que teniendo en guarda algun tesoro, ó hubiese de recoger sus pechos ó sus derechos, lo hurtase ó lo encubriese á sabiendas VI. Si el Juez hurtase los maravedís del Rey ó de algun Concejo mientras estuviese en el oficio. Y despues de referirlos *d. l.* 18. continúa diciendo, que por qualquier de ellos debe morir el que le hizo, y quantos dieren ayuda y consejo á tales ladrones para hacer el hurto, ó encubrirlo en su casa ú otro lugar. Y añade, que si el Rey ú el Concejo no demandase el hurto que habia hecho su Oficial, despues que lo supiere por cierto, hasta cinco años, no se le podria dar muerte por ello: pero sí obigarle que pagare el quatro doble (1). Tambien ha de morir por el hurto primero el que robare en la Corte con la modificacion que diximos en el *n.* 2.

6 Debemos tambien tratar aqui de los que hurtan bestias ó ganados, porque á veces por el primer hurto han de morir, como vamos á ver. En latin se llaman *abigei*, y en buen castellano *quatreros*. Si alguno de estos ladrones le fuere probado, que haya usado hacer estos hurtos, debe morir por ello; mas si no lo habia usado, aunque encontrasen que hubiese hurtado alguna bestia, no lo deben matar, sino ponerle por algun tiempo á labrar las labores del Rey. Pero si acaeciese, que alguno hurtase diez ovejas, ó dende arriba, ó cinco puercos. ó quatro yeguas, ú otras tantas bestias ó ganados que nacen de estas,

(1) *L. 7. ad l. Jul. pecul. §. 9. Inst. de publ. jud.*

porque de tanto cuento, como sobre dicho es, cada una de estas cosas hacen grey; debe morir por ende, aunque no hubiese usado hacerlo otras veces; y de consiguiente por el primer hurto. Y los otros que hurtasen menor número, deben la misma pena que los ladrones ordinarios, y el que encubriese ó recibiese á sabiendas tales hurtos, debe ser desterrado de todo el señorío del Rey por diez años: todo lo referido en este numero lo estableció expresamente la *l.* 19. *d. tit.* 14. *P.* 7.

7 La *últ. del mismo tit.* habla de los que mudan los mojones ó señales que dividen una heredad de otra, y dice, que ninguno los debe mudar sin mandamiento del Rey ó del Juez; y que si alguno mudare maliciosamente los que estan entre su heredad, y la de su vecino, aunque propiamente no comete hurto, porque lo hace en cosa que es raiz, hace maldad semejante al hurto. E impone al que esto hiciere la pena de haber de pagar al Rey cincuenta maravedís de oro por cada uno de los que mudare (1), y que si tuviere algun derecho en aquella parte de heredad que cuidó ganar por el mudamiento de los mojones, lo debe perder; y sino lo tuviere, debe volverlo á su dueño con el otro tanto (2). Y la misma pena tiene lugar contra los que mudan mojones divisorios de los términos de las Ciudades ó Villas. En este particular suele haber fuertes contiendas entre los Pueblos vecinos, pues ya cantó el romance antiguo:

Castellanos y Leoneses
Tienen grandes disensiones,
Sobre el partir de las tierras
Y el poner de los mojones.

segun refiere Don Sebastian de Covar. en su *thesoro de la lengua Castellana* en la palabra *Leon.*

8 Fuerza, es, dice la *l. tit.* 10. *P.* 7. *Cosa que es hecha á otro tortíceramente, de que no se puede amparar el que la recibe*; esto es, violencia que no puede resistir

(1) L. *últ. de term. mot.* (2) *L.* 4. C. *fin. regund.*

el que la padece. Se hace de dos maneras, con armas ó sin ellas (1). Con armas hace fuerza todo hombre que acomete ó hiere á otro con armas de madera ó de hierro, con piedras, y mas si fuese con armas de fuego; ó lleva consigo hombres armados de esta manera, para hacer mal ó daño alguno en su persona ó en sus cosas, aunque no hiera ni mate. Y lo mismo el que estando armado, como dicho es, encierra ó combate á álguno en su castillo, casa ú otro lugar, ó lo prende, ó lo precisa á hacer algun pacto á su daño, ó contra su voluntad. Y tambien el que llega con hombres armados y quema ó acomete á quemar ó robar alguna Villa, casa, *nave* ú otro lugar en que morasen algunos hombres, ó tuviesen en guarda algunas mercaderías, ú otras cosas que han menester los honbres para uso de su vida, *d. l.* 1. Asimismo es reputado y tratado por hacedor de fuerza con armas el que junta hombres armados con intencion de hacer fuerza ó daño á otro, ó por meter escándalo ó bullicio en alguna Villa ú otro lugar, y debe por ello recibir la pena correspondiente á dicho delito que luego veremos, aunque del ayuntamiento de las armas no nazca mal ni daño, *l.* 2. *d. tit.* 10. (2), que da la razon de establecerlo asi.

9 Otros casos se refieren en las leyes siguientes en que merecen tambien los hombres la misma pena, aunque en alguno no pueda decirse que formalmente hace fuerza con armas, y son: I. Quando encendiéndose *fuego en alguna* casa, de manera que arda, y acuden *algunos* á título de matar el fuego, si hay entre ellos quien va con mala intencion, y roba ó se lleva pública ó paladinamente algunas cosas de las que habia en la casa que ardia, estará sujeto á esta pena: pero de ninguna suerte los que acudiendo con buena intencion, se llevan alguna cosa para guardarla y darla á su dueño, ó si lo que se llevan es madera que podria arder y aumentar el fuego, si se quedase

(1) §. 8. *Inst. de publ jud.* (2) *L. ult. C. ad leg. Jul. de vi publ.*

allí. II. Si alguno se parase con armas, y prohibiese que mataran el fuego los que venian á matarlo, ó sacaran de la casa que ardia las cosas del dueño, diciendo maliciosamente que las dexasen arder, estará tenido á la misma pena, *l.* 3. *d. tit.* 10. (1).

10 III. Los Jueces que con gran soberbia ó malicia, ó por desentendidos, sobre no conceder la apelacion que ante ellos se pide, deshonran al que la pide diciéndole mal, ó prendiéndole, ó le matase ó le hiriese, *l.* 4. *d. tit.* 10. (2), que da la razon diciendo, que son muy fuertes armas para hacer mal las de los que tienen la voz del Rey, quando quisieren usar mal del lugar que tienen. IV. Los almoxarices, esto es, colectores ó recandadores de los derechos reales, ú otros por su mandado, que tomasen en voz del Rey alguna cosa mas á los hombres de lo que es acostumbrado de tomar, ó de nuevo empezasen á demandar otros derechos ó rentas sin mandado del Rey, demas de lo que solicitan tomar. Y lo mismo el que comenzare á pedir portazgo en algun lugar sin mandado del Rey, *l.* 5. *d. tit.* 10. (3). Y en las *leyes pen. y ult. tit.* 7. *P.* 5. pueden verse otras penas contra los que delinquen en este asunto de portazgo. V. Los que fueren con hombres armados á los juicios, diciendo encubiertamente palabras para poner miedo á los Jueces, testigos ó Abogados, y que no les sea contraria la sentencia, *l.* 6. *d. tit.* 10. (4). Los que se arman ó juntan gente en su casa para defenderse de la fuerza que temen, no incurren en pena alguna, ni tampoco los que allí se juntan á este fin; porque esto es permitido á qualquiera, *l.* 7. *d. tit.* 10.

11 Las penas ordinarias de los que hacen fuerza con armas ó sin ellas estan señalados en la *l.* 8. *d. tit.* 10. las que vamos á notar y despues hablaremos de las especiales, impuestas por fuerza de circunstancias particu-

(1) *L.* 3. §§. 3. *y* 5. *ad l. Jul. de vi publ.* (2) *L.* 7. *eod.*
(3) *L. ult. eod.* (4) *L.* 10. *eod.*

lares. Dice pues *d. l.* 8. que la pena de los que hacen fuerza con armas, ó pertenecen á esta clase, segun hemos visto, es que deben ser desterrados para siempre en alguna Isla; y que sino tienen parientes de los que suben ó descienden por línea derecha 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 que habia de dar hasta el dia que fue dada la sentencia; y que si tales parientes hubieren, deben heredar lo suyo los mas propinquos. Y que esta pena tiene tambien lugar contra los que juntan los hombres para hacer fuerza, ó van con ellos para hacerla á sabiendas: y que si en la fuerza que alguno hizo con armas, fuese muerto alguno, sea de la parte del forzador ó de la otra, entonces debe morir el que fuere mayoral del ayuntamiento (1). Si la fuerza fuese hecha sin armas, debe perder la tierra el forzador, esto es, ser desterrado, y la tercera parte de sus bienes para la Cámara del Rey, y si fuere hombre que tenga algun oficio, débelo perder; y de alli adelante no debe ser puesto en otro lugar de oficio, sino es que fuese restablecido por el Rey en su pristino estado. Y ademas de haber de recibir los forzadores la pena referida, deben pagar los daños y menoscabos que vinieron por su culpa á aquellos á quienes hicieron la fuerza, *l.* 9. *d. tit.* 10. y la *l.* 1. *tit.* 34. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* estableció que si alguno entrare ó tomare por fuerza cosa que alguno tenia en su poder, y paz, pierda el derecho que tuviere en ella, y si derecho no tenia, entregarla con otro tanto de lo suyo, ó con la valia al que forzó: y que si algun derecho entiende tener que lo demande. Greg. Lop. en la *glosa* 2. de esta *ley* distingue muchos casos, notando qué pena debe imponerse en cada uno de ellos.

12 Veamos ahora las penas especiales en algunas fuerzas. Si alguno juntando hombres con armas para hacer

(1) *L. 6. C. ad Jul. de vi publ.*

fuerza, pusiese fuego ó lo mandase poner para quemar casa ú otro edificio ó mieses de otro, y fuere hijodalgo ú hombre honrado, debe ser desterrado para siempre; y si fuere hombre de otra clase ó vil, y fuere hallado en el lugar mientras durare el incendio que puso, debe luego ser echado en él y quemado; y sino estuviere, y fuere preso despues quando quier que lo hallaren, debe ser quemado, *d. l.* 9. El que entrare ó tomare por fuerza cosa agena sin mandado del Juez, debe pagar quanto valia la cosa forzada, y ademas entregarla al que la poseia: y si alguno derecho tenia en ella, le pierde, *l.* 10. *l.* 12. *y algunas siguientes de d. tit.* 10. Y si fuese tan atrevido, que prendiese á otro por tal razon como esta, debe ademas recibir alguna pena en el cuerpo, segun el arbitrio del Juez, *l.* 15. *al fin d. tit.*

13 Tambien pertenecen aqui las comociones, bullicios ó levantamientos que suelen llamarse asonadas. *Asonada*, dice la *l.* 16. *tit.* 26. *P.* 2. *tanto quiere decir como ayuntamiento que facen las gentes, unos contra otros, para hacerse mal.* Si se atiende con rigor á esta definicion, es menester para que haya asonada que se junten gentes en dos cuerpos uno contra otro; pero se dice tambien quando solo se junta uno. Sobre ellas se publicó últimamente una *pragmática, con fecha de* 17. *de Abril del año* 1774. que es la *ley* 5. *tit.* 11. *lib.* 12. *Nov. Rec.* que prescribe el modo de portarse los Jueces quando suceden, previniendo tocar el conocimiento de estas causas á los que egercen la jurisdiccion ordinaria, sin que valga fuero alguno para eximirse de ella; y que deben observarse é imponerse las penas que para estos casos señalan las leyes, sin que las exprese. En estos términos hemos acudido á la citada *l.* 16. *y la siguiente* 17. *tit.* 26. *P.* 2. á la *l.* 1. *y* 2. *tit.* 2. *P.* 7. á la 2. *y la* 8. *tit.* 10. *d. P.* 7. á la 3. *tit.* 19. *P.* 2. y las del *tit.* 11. *lib.* 12. *Nov. Rec.* Y hallamos empezando por la mas grave, que en *d. l.* 1. *al vers. La setena* se cuentan por especie de traicion los bullicios ó levantamientos que se hicieren en el Reyno

con juras ó cofradías de caballeros ó de Villas contra el Rey, de que naciese daño á él ó á la tierra, y no puede dudarse ser de las mayores ó de la primera clase, que llaman en latin *crimen perduellionis*, como hemos notado en el *tit.* 24. *n.* 3. con relacion á la *l.* 3. *d. tit.* 2. *P.* 7. Si el bullicio, tumulto ó asonada fuere de esta especie, no hay duda que merece qualquiera que le hiciere, pena de la muerte, *d. l.* 3. *tit.* 19. *P.* 2. *l.* 2. *d. tit.* 2. *P.* 7. que pone esta pena á todas las traiciones referidas en la *l.* 1. que la antecede, y añade la de confiscacion de bienes, y otras que hemos referido en *d. n.* 3. y por eso no las repetimos.

14 Por asonadas de otra naturaleza ó en general, no encontramos establecida esta pena de la muerte en otra ley, que en la *l.* 2. *tit.* 11. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que la establece con pérdida de todos los bienes para la Cámara del Rey, contra el que repicare campanas sin mandado de la Justicia y Regidores, ó á lo menos de la Justicia Acev. que trata con alguna extension de la pena de este delito en el *comentario de la l.* 2. *d. tit.* advierte con razon á los *nn.* 34. *y* 35. que solo incurriria en esta pena de muerte el que repicare la scampanas dolosamente, esto es, con intencion de fomentar el tumulto, y no el que lo hiciere con ignorancia ó con otro fin. En los *nn.* 19. *y sigg.* prueba con autoridad de otros y de las leyes Romanas (1), que los autores de este delito deben ser tratados con mayor rigor que los compañeros, y aun con pena de muerte, pero que nuestras leyes sujetan á todos generalmente sin distincion alguna á pena arbitraria, citando las siguientes palabras de *d. l.* 1. *Y sean traidos presos ante nos, para que nos les demos aquella pena que entendiéremos que deben*, y pone en seguida quienes deben considerarse autores. En la *l.* 3. *tit.* 10. *d. lib.* 12. solo se les impone á los que hacen ayunta-

(1) *L.* 3. §. 4. *ad. l. Correl. de sicar.*

miento de gentes, con armas ó sin ellas contra los Ministros de Justicia, la pena de 10. años de galeras, y confiscacion de la mitad de sus bienes; y la mitad de esta pena á los que acompañaren.

15 En las demas leyes del mismo *tit.* se ponen varias penas contra los que matan, hieren ó van contra las Justicias. En *d. l.* 1. en atencion á que las asonadas son muy dañosas, y dan causa y ocasion á muchos males y daños, se prohibe que las hagan en parte alguna del Reyno á qualquiera, sea del estado, condicion ó preeminencia que fuere: Y se previene, que si la Justicia manda á los que las forman, que se aparten y derramen las gentes ayuntadas, y mandando no se quisieren apartar, derramar ni partir, sean derribadas las casas fuertes que tuvieren, y que sean traidos presos, &c. Y que si casas fuertes no tuvieren, salgan de toda la tierra por quatro años. La *l.* 2. *d. tit.* 15. habla de la pena del daño, y manda, que los que le hicieren paguen el quadruplo al Rey, y el duplo al que le recibió, y si no hay para todo, que este sea preferido. Y para que pueda decirse asonada, se requiere que el ayuntamiento sea de diez hombres. Azev. *d. l.* 1. *n.* 39. y Greg. Lop. en la *glos.* de la *l.* 16. *tit.* 26. *P.* 2.

16 En la *ley última del mismo tit.* 13. se trata de las máscaras, sin duda porque pueden fomentar las asonadas, que son el asunto de *d. tit.* Y porque de ellas resultan grandes males, y se disimulan con ellas y encubren, se manda, que no haya enmascarados en el Reyno, ni vaya con ellas ninguna persona disfrazada ni desconocida, baxo de varias penas que han variado algo, y puesto con mas extension en los recientes Autos acordados de los años 1716. y 1745. que son *las leyes* 2. *y* 3. *tit.* 13. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* donde podrán verse.

TITULO XXIV.

DE LAS FALSEDADES

Tit. 7. P. 7. tit. 8. lib. 12. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. 3. 4. 5. 6. *Qué sea falsedad, sus varias especies y penas.*
7. 8. *De la pena de los monederos falsos.*

1 Una de las grandes maldades que puede ome facer en sí, es facer falsedad, dice el *princ. del tit.* 7. *P.* 7. y la *l.* 1. *del mismo*, que falsedad es: *Mudamiento de la verdad*, y que puede hacerse en muchas maneras que refiere la misma ley, y otras del *propio título*, y son: I. Si algun Escribano del Rey, ú otro que fuese Notario público de algun Concejo hiciese privilegio ó carta falsa á sabiendas, ó rayese ó cancelase ó mudase alguna escritura verdadera, ó pacto ú otras palabras que eran puestas en ella, cambiándolas falsamente (2). II. Si el que tuviese carta ú otra escritura de testamento que alguno habia hecho, la negase, diciendo que no la tenia, ó la hurtase á otro que la tuviese en guarda, ó la escondiese ó la rompiese, ó hurtase los sellos de ella, ó la dañase en otra qualquiera manera (3); y lo mismo seria si aquel á quien fuese dada carta de testamento en guarda, con pacto de que no la leyese ni enseñase á otro en vida del que se la encomendó, la abriese ó leyese á otro sin órden del que se la dió en encomienda (4). III. Si el Juez ó Escribano que teniendo alguna escritura de pes-

(1) *Tit.* 10. *lib.* 48. *Dig.* (2) *L.* 1. §. 2. *ad. Cornel. de fals.*
(3) *L.* 2. *ad l. Cornel. de fals.* (4) *L.* 1. §§. 5. *y* 6. *eod.*

quisa, ó de otro pleyto qualquier, se la mandasen tener en guarda, ó abrir en poridad ó secreto, y la leyese ó apercibiese á alguna de las partes de lo que era escrito en ella. IV. Si el Abogado manifestase á la otra parte contra quien razonaba, á daño de la suya, las cartas ó secretos con que apoyaba su pretension. Y tambien si alegase á sabiendas leyes falsas en los pleytos que tuviese (1). V. Si aquel que tuviese en guarda privilegios ó cartas de algun Concejo ú hombre, que se los mandasen guardar en secreto, las leyese ó demostrase maliciosamente á los que fuesen contrarios del que les dió en depósito (2).

2 VI. Si el Juez da juicio ó sentencia con derecho á sabiendas (3). VII. Si el que es llamado por testigo en algun pleyto dixere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola VIII. Si alguno diese precio á otro porque no diga su testimonio en algun pleyto de lo que sabe, ó lo recibiere y no quiere decirlo; de suerte que tanto el que lo da, como el que lo recibe, hace falsedad (4). IX. Si algun hombre mostrase maliciosamente á los testigos en qué manera han de decir el testimonio, con intencion de corromperles, para que encubran la verdad ó la niegen, ó trabajase en corromper al Juez dándole ó prometiéndole algo, para que dé sentencia injusta (5). Hace tambien falsedad el que da ayuda ó consejo para hacerla en alguna de las maneras sobredichas, mereciendo por ello la pena de falso de que luego trataremos. Y queremos advertir aqui para satisfacer los escrúpulos lógicos, que aquellos que descubren secretos en los términos referidos, se reputan que mudan la verdad; porque se presume que quando les recibieron, dieren palabra y dixeron que no los descubririan, y por ello se dice que hacen falsedad.

3 Las falsedades que hemos referido hasta aqui, estan

(1) *L. ult. eod.* (2) *L.* 1. §. 6. *eod.* (3) *D. l.* 1. § 3.
(4) *D. l.* 1. §. 2. (5) *D. l.* 1. §. 2.

todas expresadas en *d. l.* 1. *tit.* 7. *P.* 7. Veamos otras que lo estan en las sigientes. El que sabiendo secretos del Rey los descubriese maliciosamente, hace una grande falsedad: Y el que á sabiendas dice mentira al Rey: Y el que anduviese en talle de caballero, esto es, insignias ó trage de soldado sin serlo (1): Y el que cantare Misa no estando ordenado de Presbítero: Y el que cambia maliciosamente el nombre, *l.* 2. *d. tit.* 7. (2). Es tambien falsedad considerable la que hace la muger á su marido, haciéndole creer, que es hijo suyo el que es ageno, *l.* 3. *d. tit.* 7. (3). Y asimismo que la haria el que hiciere Bulas falsas, ó falsos sellos ó cuños, ó moneda falsa, está bien á la vista. Y lo mismo ha de decirse del platero, que trabajando en oro ó plata mezclase maliciosamente algun otro metal: Y del Físico ú especiero que hiciere malas mezclas maliciosamente poniendo una cosa por otra, *l.* 4. *d. tit.* 7. Quedan otras referidas en las leyes últimas del *mismo tit.* 7. pero en atencion á que en ellas se expresa tambien la pena especial que cada una tiene, suspendemos tratar de ellas hasta despues de haber hablado de las otras penas de este delito en general, que se hallan esparcidas en otras leyes. Hablemos pues primero de estas.

4 En la *l. d. tit.* 7. se dice, que si alguno hubiese sido condenado en juicio, ó confesado sin premia, haber cometido alguna falsedad de las que hemos referido hasta aqui, debe ser desterrado para siempre en alguna Isla, y que si parientes hubieren en la línea derecha hasta el tercer grado: deben heredar lo suyo: pero que si no los tuviere, deben ser de la Cámara del Rey, sacando antes las deudas que debia, y la dote y arras de su muger. Y que qualquiera que falsare carta ó privilegio, ó Bula ó moneda ó sello del Papa ó del Rey, ó le hiciere falsar á otro, debe morir por ello. Y que si el Escribano de algun Concejo hiciere carta falsa, le corten la mano con que la escribió, y quede infamado para siempre. Al que falsare los

(1) *L.* 27. §. 2. *eod.* (2) *L.* 15. *eod.* (3) *L.* 30. *eod.*

sellos del Rey, le añade la *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* la pena de habérsele de confiscar la mitad de sus bienes, queriendo al mismo tiempo que esta pena de confiscacion tenga tambien lugar contra qualquier que falsare el sello de algun Arzobispo ú Obispo ú otro Prelado. Creemos, que esta pena deberá entenderse en el caso de tener el reo parientes en la línea derecha dentro del tercer grado; porque si no los tuviere, habrá de ser la confiscacion de todos sus bienes en conformidad de lo que acabamos de decir al *princ. de este n.* Azev. en el *comentar. de d. l.* 1. habla con bastante extension de este asunto, haciendo varias distinciones, en que nuestro instituto no nos permite detenernos.

5 Sobre la falsedad VII. notada arriba al *n.* 2. de los que juran falso, manda la *l.* 4. *tit.* 6. que el testigo que depuso falsamente contra alguna persona en causa criminal, haya de sufrir la misma pena de muerte ú otra corporal, que debia imponerse al reo en su persona y bienes, si se le probare el delito que se le imputa, aunque á este no se le haya impuesto tal pena, pues no quedó por el testigo. Y que esta pena se guarde y execute en todos los delitos de qualquier calidad que sean. Y en las otras causas criminales y civiles, esto es, segun prueba Azev. en *d. l.* 4. *n.* 95. en que no se haya de imponer pena corporal, manda la misma *l.* 4. que contra los testigos que depusieren falso, se guarden y executen las leyes de nuestro Reyno, que sobre ello disponen, qual lo es la citada *l.* 6. *tit.* 7. *P.* 7. y la 5. *tit.* 6. *d.* que comuta la pena de quitar los dientes que imponia la *l.* 3. *tit.* 12. *lib.* 4. *del Fuero Real*, en la de pública vergüenza, y diez años de galeras, si la causa era civil, y si fuere criminal en la misma de la vergüenza, y en galeras perpetuas: lo qual quiere se entienda y extienda á las personas que induxeren á los testigos falsos. El *auto acordado* del año 1705. que es la *l.* 6. *tit.* 6. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* manda, que se executen con la mas rigurosa exâctitud y observancia las leyes que hablan de los falsos testigos en todo género de causas asi civiles

como criminales, sin ninguna dispensacion ni moderacion. Pero como en el dia no hay galeras, la condena á ellas se habrá de comutar en servicio en Presidios ú Arsenales, ó dexarla al arbitrio del Juez. La *l. ult. tit.* 19. *P.* 3. impone la pena de cortársele la mano al Escribano que cometiese falsedad en sus escritos ó en juicio. Veáse lo que decimos *lib.* 3. *tit.* 4. *n.* 5. Es muy extenso y bien puesto el comentario de Azev. á la referida *l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.*

6 Examinemos ahora otras falsedades con sus penas que se refieren en la *l.* 7. *y sigg. d. tit.* 7. *P.* 7. Se dice en *d. l.* 7. que hace falsedad, pero no tan grande como las expresadas en las leyes anteriores del *mismo título*, el que á sabiendas vendiese ó comprare con varas ó pesos falsos. La pena de esta falsedad es pagar el que la hizo el daño doblado que recibieron aquellos que compraron de él, ó le vendieron, y que sea desterrado por tiempo cierto, segun el arbitrio del Juez. Y aquellas medidas ó pesos falsos de que usaba, deben ser quebrantados públicamente ante las puertas de su casa. Otra falsedad refiere del que vende á sabiendas una cosa á dos, y toma el precio de ambos. Debe entonces volver el precio al último que la compró, quedando la cosa en el primero, y ser desterrado en los mismos términos que acabamos de decir del que vende con pesos falsos. En la *l.* 8. *d. tit.* 7. se expresa cometer tambien falsedad el medidor de tierras, que faltando á la legalidad da á uno mas, y al otro menos de lo que le corresponde: y manda, que quando esto suceda, puede el que recibió menos pedir al que recibió mas, que le restituya el exceso que tuviere; y sino lo pudiere recobrar de él, que lo pague el medidor: al qual ademas le puede poner el Juez la pena arbitraria que le pareciere, atendidas las circunstancias. Y lo mismo enteramente establece en el caso, que un contador nombrado por las partes, hiciese á sabiendas yerro de falsedad, dando á uno mas de lo que le toca, y á otro menos.

7 Las *leyes pen. y ult. d. tit.* 7. hablan de las falseda-

des que se hacen en asunto de moneda. La *pen.* dice, que la moneda es cosa con que los hombres mercan, y viven en este mundo, y que por ello no han poderío de la mandar hacer, sino el Rey, ó aquellos á quien él otorga poder para que la hagan por su mandado. Qualquier otro que la hiciere, hace muy grande falsedad, causando un gran daño á todo el pueblo. Su pena es, que qualquiera que hiciere moneda falsa de oro ó de plata, ó de otro metal, sea quemado por ello, de manera que muera (1). Y esa misma pena han de haber los que á sabiendas diesen consejo ó ayuda á los que falseasen la moneda quando la hacen, ó lo encubriesen en su casa ó en su heredamiento *d. l. pen.* en cuya *glos.* 2. dice Gregor. Lop. que por falsa moneda se entiende aqui toda aquella que fuere hecha por quien no tenia poder para hacerla, y lo mismo Azeved. en la *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 12. *de la Nov. Rec. n.* 9. En el *vers. Otrosi* de la *misma l. pen.* se sujeta á pena arbitraria á los que cercenaren la moneda, y á los que pintaren la que tuviere mucho cobre para que parezca buena, *ó hicieron alquimia*, engañando á los hombres en hacerles creer lo que no puede ser. A estas penas de *d. l. pen.* añade la *l.* 1. *d. tit.* 8. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* la confiscacion de la mitad de los bienes contra los que la fabricaren falsa, ó mandaren ó aconsejaren fabricar, y en su conformidad asi lo afirman Azev. en *d. l.* 1. *n.* 17. y Covar. *cap.* 8. *de veter. collat. numis. in n.* 3. Pero Antonio Gom. en la *l.* 83. *de Toro n.* 4. (*l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 12. *Nov. Rec.*) atendiendo á la *nota* 3. *tit.* 17. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* en quanto manda, que ninguna persona sea osada de deshacer ni fundir ni cercenar las monedas de oro, plata y vellon que entonces se labraba, defiende que la confiscacion debe ser de todos los bienes y la pena de muerte como con efecto es literal en *d. l.* (2).

8 Que la casa ó lugar donde se hiciese la moneda debe ser confiscada, lo establece expresamente la *d. l. ult.*

(1) L. 2. C. *de falsa moneta.* (2) *D. l.* 2.

tit. 7. *P.* 7. poniendo las excepciones siguientes(1): I. Si aquel cuya es la casa estuviese tan lejos, que no lo pudiese saber, ó si luego que lo sabe lo descubre. II. Si la casa fuere de muger viuda: que aunque estuviese cerca no lo podia saber, sino es que lo supiere ciertamente y lo encubriese. III. Si fuere de huérfano menor de 14. años: pero en este caso debe pagar á la Cámara del Rey la estimacion de la casa el que tuviere en guarda al menor, sino es que estuviese tan lejos que no lo pudiese saber. En la práctica se ahorca al reo, y se quema el cadáver del reo de falsa moneda.

TITULO XXVII.

DE LOS ADULTERIOS, Y DEMAS DELITOS CONTRA CASTIDAD.

Tit. 17. P. 7. tit. 28. lib. 12. de la Nov. Rec. (2).

1. 2. 3. *Del adulterio.*
4. 5. *Del incesto.*
6. 7. *Del estupro, sodomía, y otros delitos de esta clase*
8. 9. 10. 11. *De los alcahuetes y rufianes.*
12. 13. *De los amancebados.*
14. *Se prohiben las casas públicas ó mancebías.*
15. *De los que fuerzan ó roban mugeres.*

1 La necesidad de que esta Ilustracion salga decentemente completa, nos precisa á vencer el rubor de haber de tratar del asunto de *este título.* Adulterio, dice la *l.* 1. *tit.* 17. *P.* 7. es: *Yerro que ome face a sabiendas yaciendo con muger casada o desposada con otro.* Por desposada se

(1) *L.* 1. *eod.* (2) *Tit.* 5. *lib.* 48. *Dig.*

entiende desposada por palabras de presente, esto es, concurriendo los esponsales de presente, en términos que habia verdadero matrimonio, antes del Santo Concilio de Trento; en cuyo tiempo se estableció *esta ley*, porque siempre es menester que lo haya para poder haber verdadero adulterio, como es sentencia de todos, y lo prueda Azeved. en la *l.* 2. *tit.* 28. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* (1): de suerte, que segun el derecho civil, y para tener lugar las penas que él establece, es preciso que la muger sea casada con otro: auuque en el canónico basta que qualquiera de los dos, hombre ó muger sea casado (2). No es suficiente para que un hombre esté tenido á las penas de adulterio que haya yacido con muger casada, es necesario ademas que supiere que era casada: pero la muger que lo hizo á sabiendas debe sufrir por su parte las que le corresponden: lo contrario seria si tenia ella motivo justo para creer, que su marido era muerto, *l.* 5. *tit.* 17. El probar qualquier de los reos, que el matrimonio que contraxo la muger en faz de la Santa madre Iglesia, fue nulo por impedimento de consanguinidad, afinidad ú otro no les excusará de las penas del adulterio, *l.* 4. *tit.* 28. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* (81. *de Toro*) Antonio Gom. en el *coment. de d. l.* 81. *n.* 48. pretende con bastante fundamento, que no debe observarse esta doctrina, quando el matrimonio fuese nulo por defecto de consentimiento; y de la misma opinion es Azeved. en *d. l.* 4. *n.* 25. *y siguientes*, citando á varios, y entre ellos á Castillo, que dice haber libertado por este medio á una muger, que habiendo contraido matrimonio por fuerza con su putativo esposo, este la acusaba de adúltera.

2 Segun la *l.* 2. *d. tit.* 17. *P.* 7. podian acusar á la muger adúltera su marido, padre, hermano, tio, hermano de padre ó madre; y en su conformidad asi la sentaron Aso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla*,

(1) *L.* 6. *tit.* 1. *ad l. Jul. de adulter.* (2) *Can.* 15. *quæst.* 5. *caus.* 32.

lib. 2. *cap.* 19. *pag.* 239. *vers. Adulterio*, sin advertir, que esta *ley* está corregida por la *l.* 4. *tit.* 26. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que solo permite esta acusacion al marido, que no puede acusar solamente á uno de los adúlteros siendo vivos, mas que á ambos adúltero y adúluera los ha de acusar, ó á ninguno, *l.* 3. *tit.* 28. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* (80. *de Toro*) Azeved. en *d. l.* 3. *n.* 3. interpretando aquellas palabras: *Siendo vivos*, juzga que puede acusar á uno siendo el otro muerto. Y en los *nn. siguientes* examina el caso en que uno estuviere presente y el otro ausente, y es de dictámen que debe acusar á los dos, siguindo la causa contra el uno como presente, y contra el otro como ausente. Otros que alli cita quieren que por aquellas palabras de la *l.* 3. *siguiente*: *O á qualquier de ellos*, puede en este caso acusar al presente solamente. Se puede hacer esta acusacion delante del Juez seglar dentro de cinco años contadores desde que sucedió el adulterio, y si hubiere sucedido por fuerza, dentro de 30. *l.* 4. *d. tit.* 17. Como los adúlteros ponen mucho cuidado en ocultar su delito, es este de muy dificil prueba, por ello puede probarse tambien por vehementes sospechas, Gomez en *d. l.* 81. *n.* 50. y de ellas ponen dos exemplos la l. 11. *d. tit.* 17. y la 12. *tit.* 14. *P.* 3.

3 La *l.* 2 *d. tit.* 28. pone las penas contra los adulteros, á saber: Que el marido que los hallare yaciendo juntos los puede matar á los dos: pero no matar al uno y dexar al otro si pudiere matar á ambos. Y que si los acusare á ambos, ó á qualquier de ellos, aquel que fuere juzgado debe ser metido en su poder, para que haga de él y de sus bienes lo que quisiere: Y que la muger no se pueda excusar de responder á la acusacion del marido, porque diga que quiere probar que el marido cometió tambien adulterio. El marido que matare por su propia autoridad al adúltero y á la adúltera, aunque los tomen en fragante delito, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare; salvo si los matare ó condenare por autoridad de la Justicia: asi lo dispone

l. 5. *d. tit.* 20. añadiendo, que en este último caso se guarde la *l. del Fuero*, que es la 1. *de d. tit.* 28. la qual dispone que entonces si tuvieren hijos los dos reos, ó el uno de ellos, hereden sus bienes; y que si por ventura la muger no fuere en culpa, y fuere forzada, no haya pena. Nada encontramos en las leyes de la *Recopilacion* sobre el contenido de la *l.* 6. *tit.* 17. *P.* 7. (1), que despues de establecer que el guardador no pueda casar, ni dar por muger de su hijo ó nieto á la huérfana que tuvo en guarda, salvo si el padre de ella la hubiese desposado en su vida con alguno de ellos, ó lo mandase hacer en su testamento: manda que el guardador que lo contrario hiciere debe recibir por ello pena de adulterio, en cuya *glos.* 1. dice Gregor. Lop. no tener en el dia lugar esta pena. Y si el tal guardador sin casarse con la huérfana la violase, mandase la misma *ley* que sea desterrado para siempre, y que todos sus bienes sean confiscados, sino tuviere descendientes ó ascendientes dentro del tercer grado.

4 Basta de Adulterios. Incesto es tambien grave delito, el qual se comete quando uno yace á sabiendas con su parienta dentro del quarto grado, tanto de consanguinidad, como por afinidad, ó con su comadre ó con Religiosa profesa; y eso mismo es de la muger que comete maldad con hombre de otra ley, *l.* 1. *tit.* 29. *lib.* 12. *l.* 13. *tit.* 2. *P.* 4. *l.* 18. *tit.* 1. *P.* 7. La computacion de grados en este particular debe ser la canónica, como advierte Azeved. en *d. l.* 1. *nn.* 29. *y* 30. Está *l.* 1. quando habla de los afines, solo dice *con cuñada*, sin expresar grados, y la *citada ley de la P.* lo expresa con la misma extension del quarto grado, que en los consanguineos. Pero atendiendo Azevedo á que por el Concilio de Trento el impedimento de matrimonio que nace de la afinidad, no pasa del segundo grado, quando esta proviene de cópula ilícita, exâmina con multitud de razones por una y otra parte la qüestion de si esta limitacion deberá tener tambien

(1) *L. 7. ad l. Jul. de adult.*

lugar en nuestro asunto, para decirse que ya no será incesto al yacer con muger parienta por afinidad de cópula ilícita en los grados tercero ó quarto; y queda tan perplexo, que no se atreve á resolver. Con efecto son de mucho peso las razones de ambas partes.

5 Al incestuoso, dice la *l.* 1. *d. tit.* 18. que le puede acusar qualquier del pueblo, ó ante el Juez donde fue hecho el yerro, ó ante el que ha poder de apremiar al acusador; y que puede ser acusado de este yerro todo hombre que lo hiciere, salvo el mozo menor de 14. años, y la moza de 12. y que tanto el hombre como la muger que comete este delito debe haber la pena del adulterio: y la citada *l.* 1. *de la Nov. Rec.* añade la cofiscacion de la mitad de sus bienes. Y si alguno casase á sabiendas con parienta hasta el grado referido, ó se juntase con ella carnalmente, so color de matrimonio, y fuere hombre honrado, debe perder la honra y el lugar, que tenia, y ser desterrado para siempre; y sino tuviere hijos legítimos de otro matrimonio todos sus bienes confiscados. Y si fuere hombre vil debe ser azotado públicamente, y ser desterrado para siempre. Y no puede el que dió al otro por este motivo recobrarlo, porque cometió torpeza dándolo, y es para la Cámara del Rey, *l.* 61. *tit.* 14. *P.* 5. de lo qual hemos hablado en el *tit.* 21. *n.* 11.

6 Otro delito hay llamado *estupro*, del nombre latino *stuprum*. Sucede quando uno corrompe á muger Religiosa, ó virgen, ó viuda, que son de buena fama, aunque diga que lo hizo con placer de ella, *l.* 1. *tit.* 19. *P.* 7. Pueden acusar de este delito los mismos que del incesto. Su pena es la confiscacion de la mitad de sus bienes si el reo fuese honrado; y si fuere vil la de ser azotado públicamente, y desterrado por cinco años. Pero debemos advertir, que el rigor de las penas en delitos de luxuria que hemos referido, con relacion á las leyes que las establecen, no estan en uso, ó porque se atiende á la fragilidad del hombre en cometerlos, ó porque estos reos suelen tener poderosos protectores, ó por alguna otra causa. En este de que habla-

mos, suele seguirse lo que dispone el derecho canónico en el *cap.* 1. *de las decretales de Gregor. IX. de adult. et stupr.*, á saber, que el estuprador se case con la estuprada ó la dote, alternativamente y no copulativamente, aunque *d. cap.* habla asi; y suele añadirse, que si escogiere el dotarla, sufra otra pena leve, Gom. en la *l.* 80. *de Toro n.* 5. *y quatro siguientes*, y dice al *n.* 14. no haber costumbre de imponerse esta pena quando la estuprada es viuda. Era costumbre, que á instancia de la muger que justificaba estar estuprada, se ponia preso desde luego al que ella decia haber sido su estuprador; pero por *Real orden de* 30. *de Octubre de* 1796. *que es la ley* 4. *tit.* 29. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* se manda no se les ponga presos á los tales, sino que han de afianzar estarán á derecho; y si no hallaren fiadores prestar caucion juratoria, y tener por carcel su lugar y arrabales.

7 Las penas de los que casaren segunda vez durante su primer matrimonio, se pueden ver en la *ley* 16. *tit.* 17. *P.* 7. y en las 6. 7. *y* 8. *lib.* 12. *de la Nov. Recop.* Las que incurren los maridos que por precio consienten que sus mugeres sean malas de su cuerpo, ó de otra manera las induxeren ó traxeren á ello, en la *l. últ. d. tit.* 20. Los que cometieren el gravísimo pecado de sodomía nefando contra la naturaleza, deben ser quemados, y sus bienes quedan confiscados por el mismo hecho, cuya pena han de sufrir tambien aquellos que atentaron el acto sin poderlo perfeccionar ó consumar: todo lo qual y el modo de poderse probar ese delito, se establece en las dos *leyes* 1. 2. *tit.* 30. *lib.* 12. Ant. Gom. en *d. l.* 80. *de Toro*, *n.* 33. dice, que vió executarse esta sentencia en Talavera. Habla tambien de este delito el *tit.* 21. *P.* 7.

8 Tambien es preciso que hablemos de los alcahuetes, rufianes y amancebados, porque hay sus titulos que tratan de ellos en las *Partidas*, y en la *Recopilacion*. Creemos que es ninguna la diferencia entre los alcahuetes y rufianes, ó por lo mas muy leve, diciendo que el nom-

bre *alcahuete* es génerico, que contiene cinco especies, que luego veremos: y el de *rufian* pertenece á la tercera de ellas. Hablaremos pues baxo de este concepto, que apoyamos con la autoridad de Don Sebastian de Covarrúbias en su *tesoro de la lengua Castellana* en las citadas palabras. Sea esto lo que fuere, lo cierto es, que tanto en *dicho tesoro* como en el Diccionario de la lengua Castellana, se da á unos y á otros por correpondientes en la lengua latina la voz *leno*.

9 Alcahuetes, dice el *princ. del tit.* 22. *P.* 7. son una manera de gente de que viene mucho mal á la tierra; porque sus palabras dañan á los que los crean, y los traen al pecado de la luxuria. Y explicando la *l.* 1. *d. tit.* 22. lo que es alcahuete, dice que en latin se llama *leno*, y es: *El que engaña á las mugeres sosacando y haciéndolas hacer maldad de sus cuerpos.* Y añade ser cinco sus maneras de especies: I. La de los vellacos malos que guardan las malas mugeres que estan en los lugares públicos (ya no los hay en España por la misricordia de Dios, como veremos al *n.* 14.), tomando su parte de lo que ellas ganan. II. La de los que andan por trujamanes ó corredores alcahotando las mugeres que estan en sus casas para los varones, por algo que de ellos reciben. III. Quando los hombres tienen en sus casas mozas á sabiendas, para hacer maldad de sus cuerpos tomando de ellas lo que asi ganaren. IV. Quando el hombre es tan vil que se hace alcahuete de su muger, V. Quando alguno consiente, que alguna muger casada ú otra de buen lugar haga fornicio en su casa por algo que le den, aunque no ande por trujaman entre ellos (1). Y añade con mucha razon *d. l.* 1. que nace muy gran yerro de estas tales cosas; pues por la maldad de ellos, muchas mugeres que son buenas se tornan malas; y aun las que han empezado, se hacen con el bullicio de ellos peores. Y ademas yerran los alcahuetes en sí mismos,

(1) *L.* 4. §. 2. *de is qui not. infam. l.* 43. *per tot. de rit. nupt.*

andando en estas malas conversaciones, y hacen errar á las mugeres, aduciéndolas á hacer mal de sus cuerpos, y quedan despues dehonradas por ello; y que á las veces se levantan por los hechos de ellos peleas, y muchos desacuerdos y muertes de hombres.

10 Puede acusar á los alcahuetes qualquiera del Pueblo donde se cometen estos delitos; y si fueren vellacos, segun diximos en el *n. antecedente*, debe el Juez hechar fuera del lugar á ellos y á ellas. Y si alguno alquilare á sabiendas sus casas á las mugeres malas, para hacer de ellas putería, debe perder las casas, y ser para la Cámara del Rey, y ademas pagar diez libras de oro. Siendo la alcahuetería de la especie III. en que los alcahuetes tienen en su casa mozas tomando precio de la maldad de sus cuerpos que les hacen hacer, deben los tales casarlas dándoles de lo suyo tanta dote de que puedan vivir, y si no quisieren ó no hubieren de qué hacerlo, deben morir por ello. Y la misma pena de muerte deben sufrir los alcahuetes de las especies IV. y V. En las mugeres alcahuetas tiene lugar todo lo que hemos dicho de los alcahuetes, segun la *l.* 2. *d. tit.* 22. que establece quanto acabamos de decir en este *n.* 10. y por la *l.* 4. *tit.* 6. *P.* 7. todos los alcahuetes son infames.

11 Las leyes de la *Nov. Rec.* se quejan tambien mucho de los rufianes. La 1. *tit.* 27. *lib.* 12. dice, que son muchos los ruidos, escáudalos, muertes y heridas de hombres que se recrescen por ellos, á causa de que por estar ociosos, y otras cosas que se originan de ello, son los causadores de los daños. Y prohibe que las mugeres públicas que se dan por dinero, tengan rufianes, so pena que qualquier de ellas que lo tuviere, que le sean dados públicamente cien azotes por cada vez que fuere hallado que lo tiene pública ó secretamente; y ademas pierda la ropa que tuviere vestida, cuya mitad sea para el Juez, y la otra para los Alguaciles, y si estos fueren negligentes para el acusacor ó demandador. Y en seguida manda, que no haya rufianes en la Corte, ni en

las Ciudades ni Villas del Reyno, y que si fueren hallados se les den por la primera vez á cada uno cien azotes públicamente; que por la segunda sean desterrados por toda su vida de la Corte, y lugar donde fueren hallados; y por la tercera que sean ahorcados. Y que á mas de esto pierden las armas y ropa, que consigo truxeren cada vez que fueren tomados, siendo la mitad para el Juez que los sentenciare, y la otra mitad para el acusador. Y da facultad para que qualquiera persona pueda tomar y prender por su propia autoridad al rufian donde quiera que lo hallare, y llevarle luego sin detencion á la Justicia, para que en él execute las penas referidas. La *l.* 2. *siguiente* varía algo mandando que la pena por la primera vez sea de vergüenza, y por la segunda le sean dados cien azotes, con la añadidura de seis años de galeras por la primera, y galeras perpetuas por la segunda La *ley* 20. que los seis años de galeras sean diez; pero como estas no estan en uso, parece que la subrogacion de esta pena sea al arbitrio del Juez, mientras no haya otra subrogada por la ley.

12 El *tit.* 26. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* habla de los amancebados, de cuyo asunto nos obliga á decir algo nuestro empeño de formar completa esta *Ilustracion.* La *ley.* 3. despues de lamentarse justísimamente de que haya Clérigos y otros Ministros de Dios que se ensucien por este camino; manda que qualquier muger que fuere hallada ser pública manceba de Clérigo ó Frayle, sea por la primera vez condenada á pena de un marco de plata, y destierro de un año del lugar donde viviere, y de su tierra; y por la segunda sea la pena de otro marco y destierro de dos años, y por la tercera á la pena del marco, y que se le den públicamente cien azotes; y que los participantes del marco no puedan llevar su parte, sin que primero se execute la pena de destierro y azotes, con penas graves, que expresa á las Justicias que no lo cumplan. La *l.* 4. previene, que si viniere á noticia de la Justicia que algun Clérigo tiene man-

ceba pública; y está en su casa, haga de ello informacion, y si la hallare bastante para que la tal muger, pueda ser presa, pueda por sí ó por su Alguacil con su mandamiento entrar á buscarla y prenderla en la casa del tal Clérigo, y que en otros términos no puedan ser buscadas las casas de los Clérigos sin ser ellas antes condenadas. Y declara la *misma l.* que ninguna muger casada pueda decirse manceba de Clérigo ó Frayle ó casado; y que no pueda ser demandada en juicio ni fuera de él, sino por su marido. Pero si este consintiere que su muger estuviere públicamente en aquel pecado con el Clérigo, la debe llamar la Justicia, y habiéndola oido, executar en ella las penas que hallare segun derecho. La *l.* 5. quiere, que las mugeres que despues de haber sido públicas mancebas de algunos Clérigos, se casan con criados de estos ú otras personas semejantes para encubrir su delito, permaneciendo asi en la casa del Clérigo, sean castigadas como mancebas públicas, con las penas de la *l.* 3. bien asi como si tales mugeres no fuesen casadas; y aunque sus maridos no las acusen, y digan que no quieren que las Justicias las castiguen. Tratar de las penas en que incurren tales Clérigos, pertenece al derecho canónico. Sin embargo se expresan varias en el *tit.* 6. *P.* 1. y refiere algunas Azeved. en *d. l.* 3. desde el *n.* 107.

13 La *l.* 1. *d. tit.* 26. manda, que qualquier hombre casado de qualquier estado y condicion que sea, que tuviere manceba públicamente, pierda el quinto de sus bienes hasta la quantía de diez mil maravedís por cada vez que se la hallaren; y que dicha pena sea puesta por la Justicia en poder de un pariente ó dos de la muger, que sean abonados, y la tengan de manifiesto para que si ella quisiere casar y hacer vida honesta, le sea dada por bienes dotales al marido que con ella casare, y esten depositados dichos bienes hasta un año; y si quisiere entrar en Orden, sea dada dicha pena para que con ella se mantenga en el Monasterio; y sino quisiere ca-

sar ni entrar en Orden, se le pueda dar dicha quantía para que con ella se pueda mantener, si se probare vivir honestamente en todo el año, despues de haber sido quitada del mal estado; pero tornando á vida torpe é inhonesta, se divide en tres partes entre la Cámara del Rey, el acusador y el Juez. En la *l.* 2. *del mismo título* 26. se manda, que qualquier hombre, que muger casada agena sacare, y la tuviere públicamente por manceba, seyendo requerido por el Alcalde, ó por su marido, que la entregue á la Justicia, y no lo quisiere hacer, y le fuere probado, demas de las penas del derecho, pierda la mitad de los bienes, y sean para la Cámara. Y que tambien sea para la Cámara la mitad de los bienes de aquel que siendo casado toma manceba, y vive con ella juntamente en una casa, y no en casa con su muger.

14 Y finalmente, la 7. *de d. tit.* 26. manda, que en ninguna Ciudad, Villa ó Lugar de estos Reynos, pueda haber mancebía ó casa pública, previniendo á las Justicias, que cada uno en su distrito lo cuide, so pena de privacion del oficio, y de cincuenta mil maravedís aplicados por tercias partes á la Cámara, Juez y denunciador.

15 Forzar ó robar muger vírgen ó casada ó Religiosa ó viuda, que vive honestamente en su casa, es tambien delito muy grave de esta clase, del qual pueden acusar los parientes de la robada, y si ellos no quisieren qualquiera del pueblo, y no solo á los que hicieron la fuerza, sino tambien á los que los ayudaron, *l.* 1. *l.* 2. *tit.* 20. *P.* 7. El que robare alguna de las referidas mugeres, ó yaciera con ella por fuerza, debe morir por ello (1), y ademas deben ser todos sus bienes de la muger robada ó forzada. Pero si despues de esto ella de su grado se casare con el que la robó ó forzó, no teniendo otro marido, los bienes del forzador deben ser

(1) §. 8. *Inst. de publ jud.*

del padre ó de la madre de la muger forzada, si estos no consintiesen en la fuerza ni en el casamiento; y si se probare haber consentido, han de ser todos de la Cámara del Rey, sacándose antes las dos dotes y las arras de la muger del que hizo la fuerza, y las deudas que hubiere hecho hasta aquel dia en que fué dada la sentencia contra él. Y si la muger fuese Monja ó Religiosa, todos los bienes del forzador deben ser del Monasterio donde la sacó. Y tiene tambien lugar esta pena, aunque la muger fuese esposa, ó como solemos decir, otorgada del forzador. Y la misma deben haber los que ayudaron á sabiendas á robarla ó forzarla. Mas si la muger no fuese de las referidas, estará el robador tenido á pena arbitraria que impondrá el Juez, atendidas las circunstancias del forzador y de la muger, y del lugar y tiempo en que lo hizo, *l.* 3. *d. tit.* 20.

TITULO XXVIII.

DE LAS USURAS, Y DE LOS JUEGOS Y JUGADORES.

Tit. 22. lib. 12. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. 3. 4. *De las usuras.*
5. *De la aseguracion.*
6. 7. *De los juegos.*



1 Usura y logro, que como dice la *l.* 1. *tit.* 22. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* es pecado muy grande, prohibido por la ley natural y divina, como cosa que pesa mucho á Dios, y porque vienen daños y tribulaciones á las tierras, se difine diciendo ser: *Ganancia que vie-*

(1) *Tit.* 1. *lib.* 22. *Dig. Tit.* 5. *lib.* 11. *eod.*

ne del mutuo, ó: *Aumento por razon del mutuo, que debe pagar el mutuario, de la suerte ó capital que recibió.* No es menester que el mutuo sea expreso, basta paliado. Lo usaron mucho los Judíos y Moros quando los habia en nuestra España á título de algunas cartas y privilegios que obtuvieron; pero indebidamente como lo reconoce y revoca todo enteramente, prohibiéndolo para siempre *d. l.* 1. La *l.* 2. *del mismo tit.* siguiendo el mismo espíritu de justicia y piedad á favor de los miserables sobre quien carga este mal, manda que qualquier Christiano ó Christiana, de qualquer estado y condicion que fuere, que diere á usura, pierde todo lo que diere ó prestare, y que sea de aquel que recibiere el empréstito, y peche otro tanto como fuere la quantía que diere á logro, la tercera parte para el acusador, y las otras dos para la Cámara del Rey: Y que si este reo cae segunda vez en este delito despues de haber sido condenado, pierda la mitad de sus bienes con el mismo destino, y si tercera vez, todos sus bienes con el propio destino. Y previene tambien, que los autores de los contratos usurarios, que hubiesen recibido todo lo que dieron, no pueden ya haber mas, aunque por razon de usuras se les debiere algo.

2 Por quanto los que hacen contratos usurarios lo encubren con mucho cuidado, y por ello suele ser difícil la prueba, quiere la *misma ley*, que si fueren dos, tres ó mas los que juraren sobre los Santos Evangelios, que recibieron algo de alguno á logro, valga su testimonio, aunque cada uno diga su hecho, siendo las personas tales, que entienda el que lo hubiere de juzgar, que son de creer, y haya ademas algunas presunciones y circunstancias, porque vea el Juez ser verdad lo que dicen; y para precaver que los hombres no se muevan con codicia á dar testimonio contra verdad, manda que los tales testigos como estos, no hayan cosa ninguna de esto que dieren su testimonio, salvo si lo probaren por prueba cumplida, mas que la tal prueba

que la tal prueba sirva para el derecho que pertenece á la Cámara del Rey, y al que lo acusare. Azev. en *d. l.* 2. *nn.* 1. 2. y Covar 3. *var. cap.* 3. *n.* 5. juzgan, que quando la usura probare por estas pruebas privilegiarias, no se deben imponer las penas referidas, sino otras segun el arbitrio del Juez. La *l.* 4. *tit. d.* despues de empezar diciendo estar prohibidas las usuras so grandes penas por el derecho divino y humano, varía algo de lo estableció en la anterior, que es mas antigua, sobre el destino de pena, mandando que la mitad sea para la Cámara del Rey, y la otra mitad se parta en dos partes, la una para el acusador, y la otra para los muros; y que sino hubiere muros, sea para el reparo de los edificios públicos del lugar donde esto acaeciere. Y dispone *al fin*, que el usurario quede inhábil é infame perpetuamente.

3 Todos los Autores Católicos, asi Teólogos como Juristas, afirman ser ilícitas y muy perjudiciales las usuras, y estar prohibidas por todos los derechos, y tambien muchos de los mas célebres Gentiles, Aristóteles, Ciceron y otros, como latamente lo prueba Covar. *l.* 3. *var. cap.* 1. *n.* 5. Lo sólido, católico, y generalmente recibido de esta doctrina, nos ha hecho admirar mucho, que en la obra de Heinnecio intitulada: *Elementa juris secundum ordinem Pandectarum ordinata*, que se ha reimpreso en el año 1791. en la Imprenta de Joseph y Tomas de Orga para el uso de esta Universidad de Valencia, se haya conservado en el *tomo II. pág* 40. *n.* 90. como buena doctrina la opinion de aquel Autor de que son lícitas las usuras, censurando á los Canonistas, que defienden lo contrario.

4 El mismo Covar. en *d. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 2. con la corriente de los Autores dice, que la prohibicion de las usuras debe entenderse de las lucratorias, y no de las compensatorias, esto es, que compensan á los que las exîge de algun daño que han de sufrir, ó ganancia que habian de hacer, ó como suele llamarse por razon de daño emergente ó lucro cesante. Pongamos exemplos: del daño emergente, le tenemos en el debitorio, que está en uso en este

Reyno de Valencia, segun lo hemos explicado, conforme á la mente del mismo Covar. en el *tit.* 10. *n.* 48. y en el famoso *capítulo S'alubriter de las Decretales de Greg. IX. tit. de usur.* que explica con la perfeccion que acostumbra el propio Covar. *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 3. Y del lucro cesante en los Mercaderes que dan en mutuo el dinero que tenian pronto á la mano para emplearle desde luego en el trato, para hacer sus ganancias justas de que se privan. Y para que en esta graduacion de ganancias no haya exceso, se ha recibido por costumbre general de que cobre el Mercader á razon de 6. por 100. lo que suele decirse *á uso de comercio.*

5 Todavía está mas distante del vicio de usuras el contrato que llaman de *aseguracion*, por el qual se obliga Pedro á asegurar á Juan por cierto precio, que sus mercaderías le llegarán al destino que se convinieren. Porque el cobrar Pedro el precio ó ganancia, no nace de contrato de mutuo, que no le hay, sino de la peligrosa obligacion en que se pone, que á las veces le es muy gravatoria, precisándole á pagar mucho mas que el importe de dicho precio perdiéndose las mercaderias. En tiempo de guerra son utilísimos y casi necesarios estos contratos, para que no cese enteramente el comercio ultramarino. Y á este fin se suelen formar compañías que dicen *de seguros.* Este contrato, que por ningun título puede ser mutuo, dirémos, que es de los innominados. Ni hallamos inconveniente de reducirle al de compra, quando el precio ademas de ser cierto, lo fuere en dinero, diciendo, que el asegurador vende la seguridad, que puede venderse no menos que la esperanza. Véase á Covar. 3. *var. cap.* 2. *nn.* 4. *et* 5. Tambien se hacen alguna vez estas compañías, para asegurar á los dueños de las casas de qualquier incendio que hubiere en ellas.

6 Sobre prohibicion de juegos se han publicado en varios tiempos muchas leyes que ocupan todo el *tit.* 23. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* y diferentes órdenes, decretos y cédulas. Y considerando el Señor D. Cárlos III. que para evitar to-

da confusion, y tomar nuevos cabos convendria se formáse una Pragmática Sancion, oyendo al supremo Consejo, la ordenó y mandó publicar en 6. de octubre del año 1771. que en la mas reciente impresion de la Nov. Rec. es la *l.* 15. *d. tit.* 23. Por ello nos ha parecido, que para la mejor instruccion en el asunto, será util ponerla aqui á la letra, omitiendo su prólogo. Son estos pues sus capítulos: I. Prohibo que las personas estantes en estos Reynos de qualquier calidad y condicion que sean, juegen, tengan ó permitan en sus casas los juegos de Banca ó Faraon, Baceta, Carteta, Banca fallida, Sacanete, Parar, Treinta y Quarenta, Cacho, Flor, Quince, Treinta y una envidada, ni otros qualesquiera de naypes, que sean de suerte y azar, ó que se juegue á envite, aunque sean de otra clase y no vayan aqui especificados, como tambien los juegos del Birbis, Oca ó Auca, Dados, Tablas, Azares y Chuecas, Bolillo, Trompico, palo ó instrumento de hueso ó metal, de otra manera alguna que tenga encuentros, azares ó reparos, como tambien el de Taba, Cubiletes, Dedales, Nueces, Corregüela, Descarga y otros qualesquiera de suerte y azar, aunque no vayan señalados con sus propios nombres.

II. Mando, que á los que jugaren en contravencion de la prohibicion antecedente, si fuesen Nobles ó empleados en algun oficio público, civil ó militar, se les saquen los doscientos ducados de multa que establece la *l.* 11. *d. tit.* 23. y la *Real Cédula de* 22. *de Junio de* 1756. renovada por la de 18. *de Diciembre de* 1764. *que es la ley* 14. *d. tit.* 23. *de la Nov. Rec.* y si fuere persona de menor condicion, destinada á algun arte, oficio ó exercicio honesto, sea la multa de cincuenta ducados por la primera vez, y los dueños de las casas en que se jugare, siendo de las mismas clases, incurren respectivamente en pena doblada.

III. En caso de reincidencia, quiero que por segunda vez se exíja la pena doblada; y si se verificare tercera contravencion, ademas de la dicha pena doble pecuniaria como en la segunda, incurran los jugadores conforme á la *l.* 12. *d. tit.* 23. *lib.* 12. *Nov. Rec.* en la pena de un año

de destierro preciso del pueblo en que residieren, y los dueños de las casas en dos; y mando, que si qualesquiera de ellos estuvieren empleados en mi Real servicio, ó fuesen personas de notable carácter, se me dé cuenta por la via que corresponda, con testimonio de la sumaria, en caso de dicha tercer contravencion, para lo demas que yo tuviere por conveniente.

IV. Los transgresores que jueguen, y no tuvieren bienes en que hacer efectivas las penas pecuniarias que quedan referidas, esten por la primera vez diez dias en la cárcel, por la segunda veinte, y por la tercera treinta, saliendo ademas desterrados en esta última, como queda dicho en el capítulo antecedente, con arreglo á lo establecido en las *leyes* 1. *y* 12. de los *citados título y libro*, y los dueños de las casas sufran la misma pena por tiempo duplicado.

V. Quando los contraventores que jugaren fueren vagos ó mal entretenidos, sin oficio, arraygo ú ocupacion, entregados habitualmente al juego, ó tahures, garitos ó fulleros que cometieren, ó acostumbraren cometer, dolos ó fraudes, ademas de las penas pecuniarias incurran desde la primera vez si fueren Nobles en la de cinco años de presidio para servir en los Regimientos fixos; y si Plebeyos, sean destinados por igual tiempo á los Arsenales, en cuya forma sean entendidas y executadas desde luego las penas de esta clase de que se hace mencion en los citados Decretos, Cédulas y Reales Ordenes; y los dueños de las casas en que se jugaren tales juegos prohibidos: si fueren de la misma clase, tablageros ó garitos, que las tengan habitualmente destinadas á este fin, sufra las mismas penas respectivamente por tiempo de ocho años.

VI. En los juegos permitidos de Naypes, que llaman de Comercio, y en los de Pelota, Trucos, Villar y otros que no sean de suerte ni azar, ni intervenga envite, mando que el tanto suelto que se jugare no pueda exceder de un real de vellon, y toda la cantidad de 30. ducados, señalados en la *l.* 8. *de los referidos título y libro*, aunque

sea en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismos jugadores; y prohibo conforme á la *misma ley*, que haya traviesas ó apuestas, aunque sea en estos juegos permitidos; y todos los que excedieren á lo mandado en este capítulo, incurran en las mismas penas que van declaradas respectivamente para los juegos prohibidos, segun las diferentes clases de las personas citadas en los capítulos precedentes.

VII. Asimismo conformándome con la *d. l.* 8. y con la 7. de *d. tit.* prohibo se jueguen prendas, alhajas ú otros qualesquiera bienes muebles ó raices, en poca ni en mucha cantidad, como tambien todo juego á crédito, al fiado, ó sobre palabra, entendiéndose que es tal, y que se quebranta la prohibicion, quando en el juego, aunque sea de los permitidos, se usare de tantos ó señales, que no sean dinero contado y corriente, el qual enteramente corresponda á lo que se fuere perdiendo, baxo de dichas penas impuestas en los capítulos segundo y siguientes, asi á los que jugaren como á los dueños que lo permitieren en sus casas.

VIII. Declaro, que los que perdieren qualquiera cantidad á los juegos prohibidos, ó la que excediere del tanto ó suma señalada en los permitidos, y los que jugaren prendas, bienes ó alhajas, cantidades al fiado, á crédito, sobre palabra, ó con tantos, no han de estar obligados al pago de lo que asi perdieron, ni los que lo ganaren han de poder hacer suya la ganancia por estos medios ilícitos y reprobados, y en su conseqüencia y observancia de *dichas leyes 7. y* 8. declaro tambien por nulos y de ningun valor ni efecto los pagos, contratos, vales, empeños, deudas, escrituras y otros qualesquiera resguardos y arbitrios de que se usare para cobrar las pérdidas; y mando que los Jueces y Justicias de estos Reynos no solo no procedan á hacer execucion ni otra diligencia alguna para la cobranza contra los que se dixeren deudores, sino es que castiguen á los que pidieren el pago, luego que verificaren la causa de que procede el fingido crédito con las penas contenidas en esta *ley*, las quales impongan tambien á los ta-

les deudores, excepto quando estos denunciaren la pérdida, y pidieren su restitucion, en cuyo caso y no en otro *les relevo de ellas; y mando que efectivamente se les restituya* lo que hubieren pagado, compeliendo y apremiando á ello á los gananciosos las Justicias de estos Reynos, é imponiendo á estos las penas establecidas; y si los que hubieren perdido no demandaren dentro de ocho dias siguientes al pago las cantidades perdidas, las haya para sí qualquiera persona que las pidiere, denunciare y probare con arreglo á la *l.* 1. *del expresado título* 23. *l.* 12. *Nov. Rec.* castigándose ademas á los que jugaren.

IX. Mando se guarde lo dispuesto por la *ley* 12. *d. tit.* 23. en quanto prohiben que los Artesanos y Menestrales de qualesquiera oficios, asi Maestros como oficiales y aprendices, y los jornaleros de todas clases jueguen en dias y horas de trabajo, entendiéndose por tales desde las seis de la mañana hasta las doce del dia, y desde las dos de la tarde hasta las ocho de la noche; y en caso de contravencion, si jugaren á juegos prohibidos, incurran ellos y los dueños de las casas en las penas señaladas respectivamente en el *cap.* 2. *y siguientes de esta ley*; y si fuere á juegos permitidos incurriran conforme á dichas *leyes*, y á la 1. *del mismo tit.* por la primera vez en seiscientos maravedís de multa, por la segunda en mil doscientos, en mil ochocientos por la tercera, de ahi en adelante en tres mil maravedis por cada vez; y en defecto de bienes se les impondra la pena de diez dias de cárcel por la primera contravencion, de veinte por la segunda, de treinta por la tercera, y de ahi adelante otros treinta por cada una.

X. Prohibo absolutamente toda especie de juego en las Tabernas, Figones, Hosterías, Mesones, Botillerías, Cafees y otras qualesquiera casas públicas; y solo permito los de Damas, Algedrez, Tablas Reales y Chaquete en las casas de Trucos ó Villar; y en caso de contravencion, asi en unos como en otros, incurrirán los dueños de las casas en las penas contenidas en el *cap.* 5. contra los garitos y tablageros.

IX. Mando, que las penas pecuniarias que van impuestas y declaradas en esta *ley*, se distribuyan conforme á las *leyes de d. tit.* 23. por terceras partes entre Cámara, Juez y denunciador; dándose la parte de este, quando no le hubiere, á los Alguaciles y Oficiales de Justicia que fueren aprehensores.

XII. Declaro, que quando haya parte que pida conforme á lo prevenido en el *cap.* 8. ó denunciador que pretenda el interes de la tercera parte, se ha de admitir la instancia y denunciacion con prueba de testigos, con tal que en este último caso de simple denuncia solo se haya de proceder dentro de dos meses siguientes á la contravencion, con arreglo á lo dispuesto por la *l.* 9. *del referido tit.* 23. haciéndose constar en la informacion que se diere estar dentro de dicho término, para que se continúe el procedimiento, y hecha la sumaria, de que resulte haber contravenido, se oirá breve y sumariamente al denunciador, para proceder á la imposicion de la pena; y si constare y se probare haber sido la delacion calumniosa, se castigará al calumniador con las mismas penas en que deberia haber incurrido el denunciado, si fuese cierto el delito; aumentándose el castigo conforme á derecho á proporcion de la gravedad y perjuicios de la calumnia.

XIII. Quando no hubiere parte que pida, ó faltare denunciador cierto que solicite el interes de la ley, baxo las responsabilidades y circunstancias contenidas en el *capitulo antecedente*; procederán los Jueces por aprehension real, usando de tanta actividad y diligencia, como prudencia y precaucion para lograr el castigo, y evitar molestias y vexacionns injustas, bastando para los reconocimientos que se hubieren de hacer en lugares públicos, y en Tabernas, Figones, Botillerías, Cafees, Mesas de Trucos y Villar, y otros semejantes que precedan noticias ó fundados rezelos de la contravencion; pero para practicarlos en las casas de particulares, deberá constar antes por sumaria informacion, que en ellas se

contraviene á lo prevenido en esta *ley*; entendiéndose que no ha de ser necesario la aprehension, ni formal denuncia quando se hubiere de proceder contra los tahures y vagos entregados habitualmente á este género de vicios en la forma que se previene en el *cap.* 5. pues contra tales personas se haran los procedimientos y averiguaciones en el modo, y con las calidades que contra ellas se hallan establecidas por leyes y Reales órdenes.

XIV. Igualmente declaro, que conforme á lo resuelto por el Rey mi padre y Señor en su *Real decreto de* 9. *de Diciembre de* 1739. y por Fernando Sexto mi muy amado hermano en *Real cédula de* 22. *de Junio de* 1756. renovada y guardada mandar por otra mia de 18. *de Diciembre de* 1764. que es la *ley* 14. *d. tit.* 23. todos los que se ocuparen en los expresados juegos, ó los consintieren en sus casas en contravencion ó con exceso á lo ordenado y dispuesto en esta *ley*, han de quedar sujetos para todo lo contenido en ella á la jurisdiccion Real ordinaria, aunque sean Militares, criados de la Casa Real, individuos de Maestranza, Escolares en qualquiera Universidad de estos Reynos, ó de otro qualquiera fuero por privilegiado que sea, aunque se pretenda, que para ser derogado requiere específica ó individual mencion, pues desde luego los derogo para este efecto, como si para ello fuesen nombrados cada uno de por sí: y ordeno, que en el caso no esperado de incurrir en la contravencion algunas personas Eclesiasticas, despues de haber hecho efectivas las penas y restituciones en sus temporalidades, se pase testimonio de lo que resultare contra ellas á sus respectivos Prelados, para que los corrijan conforme á los Sagrados Cánones, á cuyo fin, y el de velar sobre sus súbditos para la observancia de esta *ley*, les hago el mas estrecho encargo.

XV. Ultimamente sin embargo de que todo es consiguiente á las diferentes leyes, decretos y cédulas que van citadas, y á otras providencias, con todo, para evitar dudas y cabilaciones, quiero, que en todo y por to-

do se esté y pase por esta mi Real Resolucion segun su tenor literal, y que se executen irremisiblemente las penas y disposiciones que contiene, sin arbitrio alguno para interpretarlas, comutarlas ni alterarlas baxo de qualquier pretesto que sea, de que hago responsables y de su inobservancia á qualesquier Jueces y Justicias de estos mismos Reynos que deberán renovar ó recordar por bandos á ciertos tiempos la memoria y noticia de las penas y prevencion de esta *ley*, derogando (como derogo) otras qualesquiera leyes y resoluciones que sean, ó se pretenda que son contrarias.

7 Hasta aqui las palabras de la pragmática; y aunque su *cap. últ.* estrecha tanto, que se cumpla exâctamente, vemos que en la práctica se observan con mucha mitigacion sus preceptos. Que el *primer capítulo* alcance á las *rifas*, no parece que puede dudarse, siendo como son juegos de suerte. Y ademas estan rigurosamente prohibidas en la *l.* 1. *tit.* 24. *lib.* 12. *Nov. Rec.* y en *la ley* 2. *d. tit. y lib.* que expresan lo muy perjudiciales que son, y penas en que se incurre por ellas.

TITULO XXIX.

DE LOS BLASFEMOS, JUDIOS, MOROS, HEREGES, AGOREROS Ó ADIVINOS, Y DE LOS ENFAMADOS.

Titt. 6. 24. 25. 26. 28. P. 7. Titt. 1. 2. 3. 4. 5. lib. 12. de la Nov. Rec.

1. 2. 3. 4. *De los blasfemos.*
5. *De los Judíos, y de los Moros.*
6. 7. *De los Hereges.*
8. 9. *De los Adivinos, Agoreros ó Sorteros y Hechiceros.*

10. 11. 12. *De los Enfamados ó Infames.*

1 Nos ha parecido hablar de todos estos en remate del asunto de los delitos; porque sin embargo de que se suelen castigar por el Tribunal de la santa Inquisicion, y de ello puede tambien entender el Eclesiástico, tienen en nuestras leyes establecidas sus penas, con cuyo respecto no lo podemos considerar como de nuestro instituto : pondremos pues lo que disponen.

2 Blasfemia es: *Denuesto ó ofensa que hacen los hombres contra Dios, contra la Virgen Maria ó sus Santos, princ. y l.* 1. *tit.* 28. *P.* 7. En las leyes de este *tit.* 28. se ponen varias penas á los que blasfemaren, y con distincion de sujetos que las manda observar la *l.* 1. *tit.* 5. *lib.* 12. *Nov. Rec.* Se reducen á pecuniarias y destierro, y en algun caso referido en la *l.* 4. *d. tit.* 28. á la de cincuenta azotes por la primera vez, señalamiento con hierro caliente en los labios por la segunda, y corte de lengua por la tercera. La *l.* 2. *d. tit.* 5. del año de 1462. las confirmó todas, y añadió, que al que blasfemare de Dios ú de la Vírgen María en la Corte ó cinco leguas en derredor, le corten la lengua y den cien azotes públicamente por justicia; y si es fuera de ella, le corten tambien la lengua y pierda la mitad de sus bienes, dividida en partes iguales entre el acusador y la Cámara, sin que se remita esta pena por suplicacion de persona alguna. La *l.* 1. *d. tit.* 5. añadió, que el Juez do esto acaeció haga pesquisa de su oficio, y si le fuere denunciado y lo supiere, y no hiciere la dicha pesquisa, pierda el oficio. Azev. en *d. l.* 2. comentando aquellas sus palabras. *Le corten la lengua*, dice, citando á Diego Perez y á Covar. que esta pena de corte de lengua se convierte alguna vez en atar la lengua del reo á un palo ó hierro, que llamamos *mordaza*, y llevarle asi públicamente por el pueblo, y á las veces en horadársela.

3 Con efecto tratando el Señor Covar. latísimamen-

te de este delito y sus penas en el *cap. Quamvis* 1. §. 7. dice lo de la mordaza al *n.* 23. y poco antes advierte, que por nuevas constituciones ha recibido la práctica otro castigo de este delito, á saber que por la primera vez sufra el blasfemo la pena de un mes de cárcel, por la segunda la de destierro por seis meses del Lugar de su habitacion y la de mil quadrantes; y por la tercera de horadarle la lengua con un clavo, sino es que fuere hombre Escudero ó de mayor condicion, que por la segunda habria de sufrir el destierro de un año y multa de dos mil quadrantes. Añade estar esto establecido en la Pragmática 1. y por el Señor Cárlos V. en Toledo año 1525. Dicha Pragmática 1. es la *l.* 4. *d. tit.* 5. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que efectivamette señala estas penas, y las confirma *la siguiente*, que es la de Toledo. El mes de cárcel debe ser continuo *l.* 13. *tit.* 38. *lib.* 12. *Nov. Rec.* Si la blasfemia fuere contra algun Santo, debe ser la pena la mitad. La *l.* 7. *d. tit.* 5. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que es del Señor Felipe II. respirando la necesidad que entonces habia de armar galeras, aumentó con la pena de ellas las anteriores. Si alguno por obra ofendiere ultrajando á Dios ó á la Vírgen, escupiendo en la imágen ó en la cruz, ó hiriendo en ella con piedra, cuchillo ú otra qualquier cosa, debe haber por la primera vez la pena de perder lo que tuviere del Señor, que le dió tierra, y si nada tuviere la de que le corten la mano. La *l.* 3. *d. tit.* 5. dispone, que qualquiera que oyere al que blasfemare, lo pueda tomar y prender por su propia autoridad, y lo pueda traer y traiga á la cárcel pública; y que el carcelero lo reciba y le ponga prisiones, porque de allí los Jueces puedan executar en él las penas.

4 Para castigar á los que dicen con malicia palabras injuriosas y blasfemias contra el Rey, ordena la *l.* 2. *tit.* 1. *lib.* 3. *Nov. Rec.* que qualquiera que tales palabras ó blasfemias dixere contra el Rey, Reyna, contra el Real estado, Príncipe ó Infantes, si fuere hombre de

mayor guisa é estado, sea luego preso por la Justicia donde esto acaeciere y enviado al Rey para que le mande dar la sentencia que entiende que merece: y que si fuere hombre de Ciudad ó Villa, de qualquier ley, estado ó condicion que sea, que tuviere hijos de bendicion, sea para estos la mitad de sus bienes, y la otra mitad para la Cámara del Rey, y sino les tiene sean dos partes para la Cámara, y la tercera para el acusador, deducidas la dote y arras de su muger, y las deudas propias: y que si el que asi blasfemare, fuere Conde, ó Rico-Hombre, ó Caballero, ú otro hombre de gran guisa, haga la Justicia del Lugar en que sucediere pesquisa sobre ello, y envie al Rey relacion para que lo mande castigar y escarmentar: y últimamente ruega y manda á los Prelados del Reyno, que si algun Fraile ó Clérigo ó Ermitaño dixere alguna cosa de las sobredichas, que lo prendan y le envien preso ó recaudado. Y por *Real Cédula de* 18. *de Setiembre de* 1766. *que es la ley* 7. *tit.* 8. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* le manda el exâcto y puntual cumplimiento de esta ley, con prevencion á las Justicias, que lo adviertan á los Prelados, y si notasen descuido ó negligencia de su parte, reciban sumaria informacion del nudo hecho sobre las personas Eclesiásticas, que olvidadas de sí mismas incurriesen en tales excesos, y las remitan al Presidente del Consejo para el pronto y conveniente remedio, en el supuesto que se mantendrán reservadas estas denuncias y nombres de los testigos. La *l. últ. tit.* 2. *P.* 7. tambien habló de este asunto, y ya señaló en parte este modo de castigo.

5 De los Judios hablan el *tit.* 24. *P.* 7. y alguna ley del *tit.* 1. *lib.* 12. *Nov. Rec.* La 3. *de este tit.* 1. es la famosa *Pragmática de su expulsion expedida en Granada en* 30. *de Marzo de* 1492. Todas nuestras leyes que hablan de ellos, es con relacion al tiempo en que se mantenian entre nosotros en el qual fueron establecidas. Por ello son muy pocas las cosas que sean del caso advertir aqui, á saber: Que si algunos Judíos se tornaren

Christianos, todos los honren, y ninguno sea osado de retraer á ellos ni á su linage como fueron Judíos en manera de denuesto, y que puedan haber todos los oficios y las honras que han todos los otros Christianos, *l.* 6. *d. tit.* 24. cuya doctrina ilustra mucho las justas y lastimosas declamaciones que hicimos en el *tit.* 22. n. 11. Y con el mismo espíritu de verdadera religion manda la *l.* 2. *tit.* 25. *P.* 7. que si algun Judío ó Moro, por inspiracion del Espíritu Santo, se quisiere bautizar y tornar á la fe Católica, no sea detenido ni embargado por fuerza ni por otra manera, para que no sea convertido, y que qualquiera que lo contrario hiciere, se proceda contra él con las mayores penas civiles y criminales que se hallaren por derecho. Pero el Christiano que se tornase Judío debe morir por ello como el que se hace Herege, y sus bienes deben tener el mismo destino que los de aquel que se tornase herege, de lo que hablaremos luego, *l.* 7. *d. tit.* 24. De los Moros tenemos que decir casi lo mismo que de los Judíos, esto es, que la *l.* 3. *tit.* 25. *P.* 7. facilita su conversion a nuestra religion, imponiendo penas á los que la embarazan. La 4. *del mismo tit.* establece la pena de muerte contra el Christiano que se tornase Moro, y que todos sus bienes sean para sus hijos ó parientes, si los tuviere, y no teniéndolos para la Cámara del Rey. Si este tal hiciere despues algun gran servicio á los Christianos, manda la *l.* 8. *del tit.* 25. que se le perdone la pena de muerte; y si ademas volviere á nuestra religion se le restituyan sus bienes, y quede con los mismos honores que antes de hacer el yerro.

6 De los hereges tratan el *tit.* 26. *P.* 7. y el *tit.* 3. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* La *l.* 2. *d. tit.* 26. dice, que puede cada uno del pueblo acusar á los Hereges ante los Obispos, quienes deben exâminar si lo son, y si hallaren serlo y quisieren reconciliarse han de ser perdonados; pero si lo resistieren debe el Obispo declararles Hereges y darles despues á los Jueces seglares para que los casti-

guen. Y en quanto á penas establece la de ser quemados, á excepcion de los que estan en el menor grado, que por no ser todavía formalmente creyentes, han de sufrir la de destierro perpetuo de todos estos Reynos, ó de cárcel hasta que se arrepientan ó tornen á la fe. Por lo tocante á sus bienes pone tambien penas con alguna variedad: pero la *l.* 1. *d. tit.* 3. que es mas reciente, pone generalmente sin distincion alguna, que sean para la Cámara del Rey. Y debemos advertir, que despues de haberse establecido en nuestra España el Tribunal de la Inquisicion, le toca el conocimiento de estos delitos; y los otros que son directamente contra nuestra religion, con la imposicion de las penas correspondientes. La 2. manda, que los condenados por Hereges por la Inquisicion, que se ausentaren de estos Reynos, y van á otras partes donde con falsas relaciones han impetrado exênciones, absoluciones ú otros privilegios, y con ello tientan volver á estos Reynos, no sean osados de volver, so pena de muerte y perdimiento de sus bienes, en cuya pena incurran por el mismo hecho. Y que quando la Justicia supiere que estan en algun lugar de su jurisdiccion, vaya y les prenda, sin esperar otro requirimiento, baxo la pena de perdimiento y confiscacion de todos sus bienes; en la qual pena incurran tambien los que los encubrieren, receptaren ó supieren donde estan, y no lo notificaren.

7 La *l.* 3. establece, que los reconciliados por el delito de heregía y apostasía, ni los hijos y nietos de condenados y quemados por dicho delito, hasta la segunda generacion por línea masculina, y hasta la primera por la femenina, no puedan tener ninguno de los muchos oficios que nombra, ni otro alguno público ni Real. Azeved. en *d. l.* 3. *n.* 26. *y siguientes* pretende, citando á otros, que no incurren en las penas de esta *ley* los hijos ó nietos de los que sola una vez cayeron en este delito, y despues se enmendaron y fueron reincorporados en la Iglesia: y que los hijos Nobles Católicos de estos reos,

no estan privados de su nobleza. Y añade con mas seguridad, que no alcanzan estas penas á los nuevamente convertidos, ó sus hijos que se convirtieron por su voluntad, sin haber sido castigados por la Inquisicion, porque estos son capaces de todos los oficios y honores, como hemos visto, segun la *l.* 6. *tit.* 24. *P.* 7. La *l.* 4. *d. tit.* 3. manda observar y cumplir el contenido de la 3. Quien quiera saber mas sobre Hereges y sus penas, podrá ver á Azeved. en las *leyes* 1. *y* 3. *d. tit.* 3. donde trata latísimamente de este asunto á lo Teólogo-jurídico.

8 La *l.* 1. *tit.* 23. *P.* 7. y la 1. *tit.* 4. *lib.* 12. *Nov. Rec.* manifiestan lo muy perjudiciales que son los Adivinos, Agoreros ó Sorteros y Hechiceros, que segun *d. l.* 1. quieren tomar el poderío de Dios, para saber las cosas que estan por venir. *D. l.* 1. y la 6. *tit.* 3. refieren y prohiben varias especies de embustes y adivinanzas, que queremos notar aquí á la letra como estan en *d. l.* 6. á saber, agüeros de aves, estornudos, palabras que llaman proverbios, suertes, hechizos, catar en agua, en cristal, en espada, espejo ú otra cosa lucia, hacer hechizos de metal ni de otra cosa, de qualquiera adivinanza de cabeza de hombre muerto ó bestia, palmada de niño ó de muger vírgen, encantamiento, cercos, ligamiento de casados, cortar la rosa del monte porque sane la dolencia que llaman rosa, ú otras cosas semejantes á estas, por haber salud, ó las cosas temporales que codician: so pena que siéndoles probado por testigos, ó por confesion de los mismos, los maten por ello, y los que los encubrieren en sus casas á sabiendas, que sean echados de la tierra por siempre; y que si las Justicias no lo cumplieren y executaren, pierdan el oficio y tercera parte de los bienes.

9 La *l.* 3. *del mismo tit.* 4. manda, que los Corregidores se informen si hay Adivinos, y que si los hallaren los prendan y castiguen si fueren legos, y que si son Clérigos lo notifiquen á sus Prelados y Jueces Eclesiásticos para que ellos los castiguen. Y la 2. *tit.* 4.

manda, que se den provisiones necesarias para que se guarde y execute el contenido en *d. l.* 6. contra los que usan de adivinanzas y hechizos y otras cosas supersticiosas. La *l.* 1. *al fin d. tit.* 4. dice, que el que va á los Adivinos, y cree las adivinanzas, pierda la mitad de sus bienes para la Cámara, lo que juzgamos debe entenderse de los que las creen á sabiendas, esto es, no ignorando que está prohibido como cosa mala: pero no si lo ignoran, como en términos semejantes lo dice Covar. del que profiere blasfemias en el *cap. Quambis*, §. 7. *n.* 16. Los pronósticos de los Astrólogos no entran en la prohibicion, porque los echan atendiendo á cosas naturales y regulares, segun su pericia, y porque suelen poner un *Dios sobre todo*, que es lo mismo que decir, no debe tenerse seguridad de lo que pronostican, como asi sucede con mucha freqüencia, *l.* 1. *d. tit.* 23. *P.* 7.

10 Para concluir este título nos falta hablar de los infamados ó infames. Fama, dice la *l.* 1. *tit.* 6. *P.* 7. es: *Buen estado del hombre que vive derechamente, segun ley, y buenas costumbres*, y disfamamiento tanto quiere decir, como: *Profanamiento ó descrédito, que es hecho contra la fama del hombre, que dicen en latin infamia*; y asi la llamaremos por estar muy recibido en el uso este nombre, y ser mas suave. Y es de dos maneras. La una que nace del hecho tan solamente, y la otra de la ley que da por infamados ó infames á los que hacen ciertos yerros, *l.* 1. *d.* 6. Como la infamia de hecho nace de un hecho torpe ó feo, que no está castigado por la ley; pero disminuye algo la buena fama en concepto de los graves y buenos hombres; no es posible señalar regla que la califique en todos los casos; puesto que pende del sentir de los hombres. La *l.* 2. *d. tit.* 6. *P.* 7. espresa algunos casos.

11 Las infamias de derecho, ó son porque las establece la ley por sí sola sin dependencia de sentencia alguna, ó porque penden de la sentencia. La *l.* 4. *d. tit.* 6. refiere los infames que padecen las de la primera clase,

y son: I. Los alcahuetes. II. Los juglares ó bufones, y los remedadores que andan públicamente por el Pueblo cantando ó haciendo juegos por precio; pero de ninguna suerte para divertirse á sí mismos, ó hacer placer á sus amigos, ó divertir á otras personas. III. Los que lidian con bestias brabas ó entre sí por precio que les dan; pero no los que lo hicieran sin precio. IV. Los Militares á quienes echasen del exército por culpa suya, ó quitasen la espuela ó espada que tuviesen en cinta. V. Los Soldados que en lugar de cuidar de sus armas, arrendasen heredades agenas á manera de Mercader. VI. Los usureros. VII. Los que quebrantan transacciones juradas. VIII. Los que cometieren el pecado contra la naturaleza ó nefando. Ademas de los que acabamos de referir expresados en *d. l.* 4. son infames los Abogados que hicieren con sus litigantes ó clientes el pacto que llaman de *quota litis*, esto es, que el litigante le haya de dar cierta parte de la cosa que se pleytea, *l.* 14. *tit.* 6. *P.* 3. y los Jueces que á sabiendas diesen sentencia contra justicia, *l.* 24. *tit.* 22. *d. P.* 3. La *l.* 3. *tit.* 6. *P.* 7. establecia fuesen tambien infames las mugeres que dentro del año de su viudedad se casaban otra vez, como tambien sus padres que lo mandasen, y sus nuevos maridos; pero todo lo abolió la *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

12 Los que por sentencia sufren infamia de derecho, estan referidos en la *l.* 5. *d. tit.* 6. *P.* 7. y para mayor claridad formaremos de ellos tres clases conformes á la misma *ley*: I. Los condenados por razon de traicion, falsedad, adulterio ú otro delito que hubiesen hecho, lo que entiende Greg. Lop. en la *glos.* 3. *de d. l.* 5. de los delitos públicos, y de los quatro del *n. sig.* si el reo fuese condenado en su nombre. II. Los que acusados de haber hecho hurto, robo, engaño ó tuerto, esto es, injuria, pactasen ó diesen algo sin mandamiento del Juez, para que no pasase adelante la acusacion; y da la razon la misma *ley*, de que estos pactando se considera que confiesan el delito: cuya razon comprueba lo que

se dice al fin de *d. l.* que si á alguno le hallaren cometiendo qualquiera de los quatro delitos referidos, ó lo confesare en juicio, ó se le hubiese dado por él pena pública, quedaria tambien infame. III. Por razon de contrato, los que fueren condenados por haber hecho dolo en los contratos de compañía, mandato ó depósito, ó el guardador en la administracion de los bienes del huérfano; pero adviértase, que si la sentencia fuese dada por árbitros, no infamaria, *d. l.* 5. (1). Los efectos da la infamia son: I. Que los infames no pueden ganar de nuevo ninguna dignidad ni honra de aquellas que requieren buena fama; y aun deben perder las que habian ganado (2). II. No pueden ser Jueces ni Consejeros del Rey, ni de comun de algun Consejo, ni Abogados. Pero bien pueden ser procuradores y guardadores de huérfanos, quando fueren nombrados por testamento, como tambien árbitros ó Jueces de avenencia (3), y tener los empleos que á ellos son gravosos, y útiles al Rey ú al comun de algun Consejo. Estan prohibidos de acusar, *l.* 7. *tit.* 1. *P.* 7.

TITULO XXX.

DE LAS ACUSACIONES, Y DE LAS PENAS.

Titt. 1. y 31. P. 7. Titt. 33. 40. 41. lib. 12. de la Nov. Rec. (4).

1. 2. *Qué sea acusacion, y quiénes pueden acusar.*
3. 4. 5. *Quiénes no pueden ser acusados, ó solo con limitacion*

(1) *Omnia quæ de infam. dixim. extant. in tit. de is qui not. infam.*
(2) *L.* 2. *l.* 12. *C. de dign.* (3) *L.* 7. *de recep. Arbit.*
(4) *Titt.* 2. *et* 19. *lib.* 48.

6. *En el dia apenas acusan los particulares.*
7. *Qué sea pena; y razones por qué deben imponerse.*
8. *Varias especies de penas.*
9. 10. 11. *Quándo y cómo deben imponerse las penas.*
12. *De las penas pecuniarias, y otras que se han hecho arbitrarias.*

1 Creemos haber hablado ya bastante de los delitos en particular, con haber tratado de todos los mas freqüentes y famosos; pues de las deshonras ó injurias que alguno podria echar menos aqui, ya hemos hablado con la correspondiente extension en el *tit.* 22. *nn.* 8. *y sigg.* Pasamos pues á tratar de las acusaciones, penas, tormentos, cárceles, perdones. Acusacion es la accion con que uno pide al Juez, que castigue á otro del yerro ó maldad que hizo. Trae mucha utilidad á todos los hombres quando es probada, porque sale escarmentado el malhechor para no cometer otra vez el delito: proporciona satisfaccion al ofendido, y los demas hombres se guardan de hacer tales cosas, *l.* 1. *tit.* 1. *P.* 7. Pueden acusar todos los que no estan prohibidos por las leyes, Lo estan segun la *l.* 2. *d. tit.* 1. los siguientes: I. La muger. II. El menor de 14. años. III. El Alcalde ú otro que administre justicia IV. El infame. V. Aquel á quien fuere probado que dixo falso testimonio, ó que recibió dineros porque acusase á otro, ó que desamparase por ellos la acusacion que tuviere hecha. VI. El que tuviese hechas dos acusaciones no puede hacer la tercera, hasta que sean acabadas por juicio las primeras. VII. El que fuere muy pobre. VIII. El compañero á su compañero en el delito. Tampoco puede acusar el liberto á su patrono, ni el hijo ó nieto á su padre ó abuelo, ni el hermano á su hermano, ni el criado sirviente ó familiar á aquel que lo crió, ó en cuya compañía vivió haciéndole servicio ó guardándolo.

2 Pero casos hay en que pueden acusar los sobredi-

chos, como en el delito de traicion que pertenece al Rey ó al Reyno, ó quando quieren perseguir el daño que se hizo á ellos mismos, ó á sus parientes hasta el quarto grado, ó suegro ó yerno, ó entenado ó padrastro, *l.* 2. *d. tit.* 1. (1). El que está acusado delante del Juez, no puede acusar á otro por razon de delito que fuese menor ó igual de aquel de que lo acusare, hasta que fuese acabado el pleyto de su acusacion, salvo si fuese por daño propio ó de sus parientes en los términos referidos. Y en los mismos términos, y no en otros puede acusar el que fue sentenciado á muerte ó destierro perpetuo; pero si este fuere temporal, no tiene impedimento para acusar, *l.* 4. *d. tit.* 1. (2). Si llegaren muchos á un tiempo para acusar á otro de algun delito, debe escoger el Juez al que le parece que va con mejor intencion, y á la acusacion de este deberá responder el reo, *l.* 13. *d. tit.* 1. *P.* 7. (3).

3 Por falta de juicio no pueden ser acusados los menores de 14. años por yerro en razon de luxuria, á causa de faltarles para ello el conocimiento correspondiente. Pero si hiciere yerro de otra calidad, como si hiriere, matase ó hurtase, y fuese mayor de 10. años y medio, bien lo pueden acusar, y darle pena mucho mas leve que la que regularmente corresponde al tal delito. Si es menor de 10. años y medio, de ningun yerro que hiciere puede ser acusado, como ni tampoco el loco, furioso ó mentecato de lo que hiciese durante la locura. Mas no son sin culpa los parientes de ellos, que no les hacen guardar de modo que no hagan daño á otro, *l.* 9. *d. tit.* 1. (4). Véase lo que decimos en la *regla* 42. *lib.* 3. *tit.* 18.

4 Hay ademas otros que no pueden ser acusados, ó solo lo pueden ser con alguna limitacion. Los oficiales que han poderío del Rey de hacer justicia de los hombres, condenándolos á muerte ó perdimiento de miembro, por

(1) *L.* 8. *cum seqq. de accusat.* (2) *L.* 19. *de his qui accus. non pos. l.* 5. §. 1. *de publ. jud.* (3) *L.* 16. *de accus.* (4) *L.* 14. *de of. Præsid.*

los yerros que hagan no pueden ser acusados de otro mientras durare su oficio; salvo si alguno de ellos cometiere el delito contra aquellos que hubiese de juzgar (1), ó por razon de su oficio agraviase á alguno, que entonces le podria acusar: de los otros yerros no podrá serlo hasta que dexe el oficio, *l.* 11. *d. tit.* 1. que pone la razon de que los que administran justicia, aunque obren bien, es preciso tengan muchos enemigos, y por estos serian tantos los acusadores, que no podrian cumplir en su oficio, lo que estan obligados á hacer; y añade, que aunque no pueden ser acusados en los términos expresados, si hombres buenos se quarellaren al Rey, que hacian delitos, debe el Rey de oficio perseguir y saber la verdad si es asi como querellasen, y si lo fuere, se lo debe vedar y escarmentar segun entendiere que corresponde en derecho. Tampoco puede ser acusado de algun delito el que por sentencia valedera hubiese sido absuelto de tal delito; sino es que probasen contra él, que se hizo acusar engañosamente sacando pruebas que no servian para que lo diesen por libre. Y lo mismo si se probase que otro le habia acusado engañosamente para librarle. Si alguno acusase á otro sobre muerte de otro hombre que no fuese su pariente, y el acusado fue absuelto de la acusacion, no podrá ya ser acusado otra vez por alguno de los parientes del muerto, salvo si este jurare que no lo supo quando le acusaba el extraño, *l.* 12. *d. tit.* 1. *P.* 7.

5 El hombre puede ser acusado miéntras vive, pero no despues que fuese muerto; porque la muerte desata y deshace los delitos, como á sus autores, aunque la fama quede, *l.* 7. *d. tit.* 1. (2), que pone las excepciones siguientes: I. En el delito de traicion que uno hubiese hecho contra la persona del Rey, ó la utilidad comunal de la tierra (3). II. En el de heregía (4). III. En el hurto de los caudales del Rey, que hicieren sus Oficiales encarga-

(1) *L.* 4. *C. ad. l. Jul. repetun.* (2) *L.* 6. *de publ jud. l. ult. ad. l. Jul. majest.* (3) *D. l. ult.* (4) *L.* 4. §. 4 *C. de hæret.*

dos despenderlos ó recogerlos, si los tomaren para dar á otro sin mandamiento del Rey, ó los hubiesen en su pro, y no en el del Rey. IV. En el delito que cometen los Caballeros, que recibiendo soldada del Rey se retiran del servicio, y se van á los enemigos, ó les hubiesen dado ayuda secreta ó públicamente de qualquiera manera que sea en perjuicio del Rey ó del Reyno. La *l.* 8. *siguiente* refiere otros delinqüentes que pueden ser acusados despues de muertos; que siguiendo la misma numeracion que llevamos, son: V. Qualquier Oficial de aquellos que teniendo poder de juzgar ó cumplir la justicia por mandado del Rey, hiciese injusticia á alguno por precio que le dieren, ó dexase de hacer lo que debia por algo que hubiese recibido. VI. Los que hurtasen alguna cosa religiosa ó santa. VII. Si alguna muger fuere acusada de haber dado muerte á su marido, y muriere antes que el pleyto de acusacion fuere acabado, se puede continuar el pleyto, y darse la sentencia contra ella, dándola por infame. En los demas delitos se acaba el pleyto por la muerte del acusado antes de darse la sentencia; y tambien por la del acusador, sin que los herederos ni los parientes deban continuar la acusacion: pero alguno de ellos ó qualquier otro lo puede acusar otra vez de nuevo, sobre aquel mismo delito, *l.* 23. *d. tit.* 1.

6 En el dia apenas sucede que acusen los particulares, pues solamente suelen acusar los Procuradores y Promotores de la Justicia, que no pueden hacerlo, ni demandar ni denunciar contra persona ninguna, Consejo ni Universidad, cosa alguna civil ni criminal en nombre del Rey y de la Cámara ni de la Justicia, sin dar primero ante los Oidores y otras Justicias que hubieren de conocer de la causa, delator de las acusaciones y demandas y denunciaciones que entiendan poner ante ellos, y que el tal delator diga por ante Escribano Público la delacion: la qual se ha de poner por escrito, para que no se pueda negar ni venir en duda. Y sin esta diligencia (que equivale á la inscripcion que requiere en las acusaciones de los parti-

culares el derecho Romano (1), y nuestra *l.* 14. *d. tit.* 1. *P.* 7.) no pueden ser recibidas las acusaciones, demandas ó denunciaciones; salvo si el hecho fuese notorio, pues entonces podrán denunciar y acusar sin delator, por ser el hecho notorio, ó por pesquisas que mandare hacer el Rey por qualesquiera maleficios, *l.* 1. *tit.* 33. *l.* 12. *Nov. Rec.* Y queremos advertir aqui en este particular, que la *l.* 2. *tit.* 17. *P.* 3. y la 3. *tit.* 34. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* prohiben, que se hagan pesquisas generales sin órden del Rey: lo qual entienden con razon los Intérpretes de las pesquisas que son generales, asi en quanto á las personas como en quanto á los delitos; porque si solo fueren generales en quanto á las personas, y especiales en quanto á los delitos, bien se puede hacer sin mandato del Rey, Azev. en *d. l.* 3. y asi lo prueba la *l.* 1. *d. tit.* 1. De otra suerte quedaria sin poderse averiguar muchos delitos, y el público interesa en que no quede sin castigo, *d. l.* 1. (2).

7 Despues de haberse hablado de los delitos en la *Partida* 7. en muchos títulos, se trata en el 31. de las penas en general, y se dice en el *princ. de d. tit.* 31. que las penas son galardon y acabamiento de los malos fechos, y en la *l.* 1. *d. tit.* que pena es: *Enmienda de pecho, ó escarmiento que es dado, segun ley á algunos por los yerros que ficieron.* Y añade, que esta pena la dan los Jueces por dos razones. La una para que reciban escarmiento los que hicieron los delitos; y la otra para que todos los que lo oyeron y vieron tomen exemplo, y apercibimiento para guardarse de no dilinquir por el miedo de las penas. Y previene, que los Jueces deben exâminar y averiguar con mucho cuidado la certeza del delito, y cómo fue hecho, pues si se hizo á sabiendas, deben imponer la pena que señalan las leyes; si solo por culpa, menor; y si por ocasion, ninguna. Por el mero pensamiento malo, sin comenzar á obrar por él ninguno merece pena (3). Mas si

(1) *L.* 7. *de accus.* (2) *L.* 51. §. 2. *ad. l. Agul.* (3) *L. cogitationis* 18. *de pœn.*

despues de haber tenido alguno el mal pensamiento, se aplica á cumplirlo comenzándolo á meter en obra, ya seria en culpa, y mereceria pena en ciertos delitos como en el de traicion: en el de querer matar á otro teniendo ponzoña aparejada para darle á comer ó beber, ó tomando algun cuchillo ú otra arma para matarlo, ó estando armado acechándolo en algun lugar para darle muerte; y en el de rapto de mugeres. En estos casos merecen pena al tenor de lo que diximos al hablar específicamente de estos delitos, los que comenzaren á obrar aunque no hayan completado el delito: lo que no sucede en los otros delitos, *l.* 2. *d. tit.* 31. *P.* 7.

8 Las especies ó maneras de penas son siete, dice la *l.* 4. *d. tit.* 31. y que de ellas son quatro las mayores, y tres las menores: I. La de la muerte ó perdimento de algun miembro. II. La de ir para siempre á cavar con fierros en los metales del Rey, ó trabajar en otras de sus labores, ó sirviendo á los que lo hicieren. III. Quando destierran á alguno para siempre á alguna Isla, ú otro Lugar cierto, tomándole todos sus bienes. IV. Quando mandan echar á alguno en fierros á cárcel perpetua, con la que solo se debe condenar á los esclavos y no á los hombres libres; y añade, que la cárcel no es dada para castigo, sino para guardar los reos, de lo que hablaremos mas adelante. V. Quando destierran á alguno para siempre (podia haberse añadido, ó para cierto tiempo), no tomándole sus bienes. VI. Quando dañan la fama de alguno, ó la sentencia le hace infame. VII. La de públicos azotes, ó poner al reo á la vergüenza. Otras menores hay que se imponen segun el arbitrio del Juez por delitos leves. La que merece especial mencion, por ser harto freqüente, y haber en ella algo que advertir, es la de la multa. La *l.* 3. *tit.* 41. *lib.* 12. *Nov. Rec.* manda, que á lo menos la mitad de las multas ó penas pecuniarias que impusieren los Jueces sea para la Cámara del Rey, y la otra mitad para obras pias y públicas que ellos estimaren, sin que directa ni indirectamente pueda servir para ellos

porcion alguna. Quando la misma ley señala parte de la pena al Juez, como á las veces sucede, claro es que puede llevar la parte que le señalare. Ademas la *l.* 16. *tit.* 5. *lib.* 3. *Nov. Rec.* y algunas de *d. tit.* 41. refieren varios delitos irregulares, cuya pena debe en parte consistir en haber de pagar á la Cámara del Rey cierta cantidad de dinero, ó confiscarse la mitad de los bienes del reo. Y la *ley* 15. *tit.* 41. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* corrigiendo leyes mas antiguas, quales son la *l.* 5. *tit.* 34. *lib.* 5. *Nov. Rec.* manda, que la exâccion de multas ó penas de Camara, tanto en las causas civiles como criminales, traiga aparejada execucion, y prohibe admitir sobre ello recurso alguno, sin que antes se verifique el depósito en la Receptoría de penas de Cámara, y que los Escribanos reciban pedimento alguno, sin que se les presente la correspondiente carta de pago del Receptor; y quiere últimamente, que el recurso que se haya admitido, se termine dentro de 60. dias.

9 Ningun Juez, aun de aquellos que pueden imponer la pena de la muerte, puede condenar á destierro de la tierra en alguna Isla ú otro Lugar; porque el mandar esta pena solamente pertenece al Rey, ó á aquel que fuese su Vicario ó Adelantado general señaladamente en toda la tierra, *l.* 5. *d. tit.* 31. *P.* 7. Greg. Lop. en su *glos.* 1. dice en su conformidad, que tampoco las pueden imponer las Chancillerías, dando la razon de tener su jurisdiccion limitada á cierta parte del Reyno; y que por tenerla en todo el Reyno, el Supremo Consejo la podrá imponer. Ni el mismo Juez, que tiene facultad para condenar á muerte, puede confiscar los bienes de los delinqüentes en otros casos que en aquellos en que lo mandan las leyes, *d. l.* 5. Ni tampoco puede dar á ningun reo, por qualquier delito que haya hecho, la pena de señalarle la cara, que mándole con fuego, ó cortándole la nariz, ó sacándole los ojos, ó haciendo otra cosa, por la qual quedase señalada la cara del hombre que hizo Dios á su semejanza, *l.* 6. *d. tit.* 31. (1) En quanto al género de muerte, podrá

mandar que sea uno de los regulares, atendidas las circunstancias del reo; pero no el que sea apedreado ó crucificado, *d. l.* 6. y en su *glos.* 8. Gregor. Lop.

10 Las penas se deben imponer á los reos despues que constare del delito por pruebas ligítimas, ó su propia confesion; pero no por señales ni presunciones, porque la pena despues que es dada en el cuerpo del hombre, no se le puede quitar ni emendar, aunque entienda despues el Juez que erró en ello, *l.* 7. *d. tit.* 31. Y con especialidad quando la pena ha de ser de muerte ó perdimiento de miembro, en cuyo caso han de ser las pruebas tan ciertas y claras como la luz, de manera, que no pueda haber duda alguna, *l.* 26. *tit.* 1. *d. P.* 7. (2). Y deben los Jueces estar siempre mas inclinados y aparejados para quitar la pena, ó absolver al reo, que para condenarle, quando el delito no está claramente probado, y quedare dudoso; porque es cosa mas santa y justa dexar absuelto al culpado, que condenar al inocente, *l.* 9. *al fin. d. tit.* 31. (3). Al desterrado para tiempo cierto, que saliere de su destierro antes de concluido el tiempo, le debe el Juez doblar el que quebrantó, esto es, el que le faltaba hasta cumplir: y si el destierro fuere perpetuo, condenarle á muerte, *l.* 10. *d. tit.* 31. Las sentencias de muerte deben executarse públicamente, pregonándose el delito del reo, para que los demas reciban miedo ó escarmiento. Y los cadáveres de los ajusticiados se han de entregar á sus parientes ó Religiosos, ú otros qualesquiera que los pidieren para enterrarlos (4). Y si la que hubiere de morir fuese muger preñada, no se ha de executar la sentencia hasta que pára (5), con pena de homicida contra el que lo hiciere executar antes, *l. últ. d. tit.* 31. Por los delitos de un reo, no debe darse pena á sus hijos, otros parientes, ó á su muger, á excepcion de lo que diximos alcanzar á los hijos en los de traicion quando hablamos de ella.

(1) *L.* 17. *C. de pœn.* (2) *L. últ. C. de probat.* (3) *L.* 5. *de pœn.* (4) *L.* 1. *l.* 3. *de cadav. pun.* (5) *L.* 3. *de pœn.*

11 Deben los Jueces exáminar con mucho cuidado todas las circunstancias de la persona del delinqüente y del delito, y al tenor de este exámen y su correspondiente averiguacion, crecer, menguar ó no dar la pena segun entendiere que corresponde, *l.* 8. *d. tit.* 31. que pone muchísimos y muy buenos exemplos. En quanto á la edad, dice haberse de menguar la pena en el que fuese menor de 17. años, y no imponerse ninguna al que fuese menor de diez y medio. No puede el Juez crecer ni menguar la pena despues que la mandó dar por sentencia, *l.* 9. *d. tit.* 31. (1).

12 Antes de salir de este asunto de penas, debemos advertir, que las pecuniarias establecidas en nuestras leyes, de las que hemos notado varias, se han reducido á extraordinarias por necesidad, á causa de que habiendo baxado tanto desde entónces hasta ahora el valor del dinero, serian enteramente inútiles y despreciables si se observaran, segun la tasa que señalaron las leyes. Y tambien se han hecho arbitrarias otras penas por no estar en uso el modo de castigo que las leyes imponian, como la de cortar las orejas ó la mano, y otras muchas, que por esto solemos llamar extraordinarias. Pero deberán observarse mientras no esten convertidas en otras, ó derogadas aquellas que de quando en quando se mandan por *cédulas* que se expiden al tenor de la urgencia ó utilidad del estado, para que se condene á los delinqüentes á galeras, minas, presidio, marina ó servicio de las armas ú otras.

(1) L. 15. C. *de* . *pœn.*

TITULO XXXI.

DE LOS TORMENTOS, CARCELES, PERDONES Ó INDULTOS Y ASILOS.

Titt. 30. 32. P. 7. Tit. 42. lib. 12. de la Nov. Rec. (1).

1. *Si convendria abolir los tormentos remisivamente.*
2. 3. *Requisitos para que haya lugar al tormento.*
4. *Quiénes no pueden ser atormentados.*
5. 6. *De la ratificacion necesaria, para que valga la confesion hecha en el tormento.*
7. *Qué sea cárcel, quién la puede tener, y que su fin no es castigar, sino guardar á los reos.*
8. *Los reos deben ser bien tratados en la cárcel, y penas de los que tratan mal.*
9. 10. 11. *Quiénes, y cómo han de ser castigados quando los reos huyeron de la cárcel.*
12. 13. 14. 15. 16. *De los indultos ó perdones, y del asilo.*

1 Es qüestion muy reñida con razones fuertes por una y otra parte, si conviene ó no abolir enteramente el uso de los tormentos, que pueden verse en Ulrico Hub. y Juan Voet. en *este tit.* en Lardizabal en su obra: *Discursos sobre las penas*, y otros muchos. En el dia casi todos inclinan á la afirmativa, y esta es tambien nuestra opinion. Nos hacen mucha fuerza entre otras las justas y piadosas doctrinas de las *leyes* 7. *y* 9. *tit.* 31. *P.* 7. que hemos notado en el *tit. antecedente n.* 10. Pero sin embargo, como nuestra idea en esta obra es advertir la sentencia de nuestras leyes, creemos debemos hablar de este

(1) *Titt.* 3. 16. 18. *lib.* 48. *Dig.*

asunto, como si no hubiese tal qüestion, poniendo la doctrina de ellas. Dice pues la *l.* 1. *tit.* 30. *P.* 7. que tormento es: *Una manera de prueba, que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodriñar e saber la verdad por él, de los malos fechos que se facen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin probados por otra manera*: y añade, que tiene mucha utilidad para cumplir la justicia: asi se pensaba en aquel tiempo.

2 Para que haya lugar al tormento es menester que concurran tres requisitos: I. Que el delito no se pueda probar de otra manera *d. l.* 1. (1). II. Que haya presunciones ó sospechas ciertas contra el reo, *l. d. tit.* 30. (2). III. Que el delito sea de los mas graves. Este III. no le hallamos en nuestras leyes, pero lo expresaron las Romanas (3), y por ello y razon que para esto hay, lo dice Ant. Gom. citando á muchos 3. *var. cap.* 13. *n.* 4. pues seria cosa muy absurda, que la prueba para averiguar un delito que tal vez no ha cometido el reo, le fuera mas severa y aflictiva de su cuerpo, que la misma pena que corresponde al delito probado. Y por quanto el tormento es complemento de prueba, no puede el Juez mandarlo desde luego, sin haber ya precedido otras pruebas, *d. l.* 2. (4). Y se debe dar con moderacion, cuidando que no mueran ni queden lisiados los que lo reciben, *l.* 5. *d. tit.* 30. (5). Debe el Juez estar presente quando se da el tormento, y preguntar por sí mismo al reo si sabe quien ha cometido el delito, pero no preguntarle si lo ha cometido él, ni señalarle persona alguna, porque podria ser que le diera carrera para decir mentira. Ademas del Juez, solo debe estar el que ha de cumplir la justicia por su mandato, y el escribano que ha de escribir los dichos del que se ha de atormentar en lugar apartado y en secreto, como todo lo previene la ley, *l.* 3. *d. tit.* 30. (6).

(1) *L.* 8. *de quæst.* (2) *L.* 1. §. 1. *eod.* (3) *D. l.* 8. (4) *D. l.* 1. *l.* 8. C. *eod.* (5) *L.* 7. *d quæst. l.* 8. §. 3. *de pœn.* (6) *L.* 1. §. 21. *de quæst.*

Y si se ha de atormentar á muchos se débe empezar por el de menor edad, y que se haya criado mas viciosamente, y despues á los demas separadamente; de manera que *ninguno de ellos oiga ni entienda lo* que *dice el* otro, *d. l. 5.* Y añade Greg. Lop. en su *glos.* 2. que primero se ha de atormentar al hijo que al padre, y á la muger que al varon.

3 En quanto á los indicios y argumentos que deben preceder y bastan para el tormento, dice la *l.* 26. *tit.* 1. *d. P.* 7. que si el hombre fuese mal infamado, y por las pruebas hallase el Juez algunas presunciones contra él, bien lo puede hacer atormentar; y como la ley no señala quales deban ser las presunciones, juzga Greg. Lop. en la *glos.* 7. *de d. l.* y Antonio Gom. en *d. cap.* 13. *n.* 13. quedar esto reservado al arbitrio del Juez, despues de haber referido varias. La *l.* 3. *d. tit.* 30. dice, que siendo la fama comun entre los hombres que el reo ha cometido el delito, ó siéndole probado por un testigo que sea de creer, y fuere el reo hombre de mala fama ó vil, puede ser metido á tormento, y en iguales términos se explica la *l.* 10. *tit.* 11. *P.* 3. Nos persuadimos, que en las particulas disjuntivas en *dd. leyes*, se deben tomar por conjuntivas, como á las veces sucede (1); porque no creemos pueden bastar separadamente la fama comun ó la prueba de un testigo, aunque sea de creer, y con la añadidura de ser el reo hombre de mala fama ó vil. Las leyes Romanas hablaron con mas estrechez, diciendo deberse dar el tormento quando son tales las pruebas, que parece faltar solo la confesion del reo (2). Hemos leido las *glosas* de Greg. Lop. de estas *leyes*, y sin embargo de ser harto largas, no hemos encontrado haya tomado este camino que proponemos, quando es tan afecto al derecho Romano: solo dice deberse mirar las sospechas de donde nace la mala fama, y que el testigo deponga de vista. En las rarísimas veces

(1) *L.* 53. *de verb. sing.* (2) *L.* 8. §. 1. *de quæst.*

que en estos tiempos se hace uso del tormento, vemos se conforman los Jueces con este nuestro modo de pensar.

4 La *l.* 2. *d. tit.* 30. refiere los que no pueden ser atormentados por el órden siguiente: I. Los menores de 14. años (1). II. Los Caballeros (2). III. Los Maestros de las Leyes ó de otra ciencia (3). IV. Los Consejeros del Rey, ó de alguna Ciudad ó Villa del Rey, ni los hijos de los sobredichos (4), si fuesen de buena fama. V. La muger preñada antes que pára (5). La *l.* 2. *tit.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* añade los Nobles (6). De los Caballeros lo dice tambien la *l.* 24. *tit.* 21. *P.* 2. y se entienden por este nombre los Soldados; y dice Greg. Lop. en la *glos.* 4. de *d. l.* 2. no tener ahora lugar esto, por no serlo como lo eran antes. Se exceptúa el delito de traicion que tocase al Rey, *d. l.* 24. No solamente pueden ser atormentados los mismos reos, sino tambien los testigos, quando entendiere el Juez qne andan desvariando ó vacilando en sus dichos, ó se muevan maliciosamente, para decir mentira, porque digan la verdad, y no se cambien de ella de ninguna manera, *l.* 1. *d. tit.* 30. *P.* 7. (7).

5 Para que la confesion hecha en el tormento tenga fuerza, es menester que la ratifique despues el que la hizo de su llana voluntad, y sin tormento, y permanezca en esta ratificacion, no dándole otra vez tormento, ni haciéndole amenaza de ello, *l.* 5. *tit.* 13. *P.* 3. *l.* 4. *d. tit.* 30. y añade esta, que le deben sacar otro dia para ratificacion, sin atormentarle. Y que si en dicho otro dia negase lo que habia confesado en el tormento, puede ser metido dos veces mas en el tormento, si el delito fuese de traicion, falsa moneda, hurto ó rapiña; y otra sola, si fuere otro el delito. Si el reo negare en el tormento, ó no ratificare la confesion que hizo en él, debe ser absuelto, *d. l.* 4. allí: *El Juzgador debe dar*

(1) *L.* 10. *eod.* (2) *L.* 8. *C. eod.* (3) *L.* 6. *C. de Profes. et Medi.* (4) *L.* 11. *C. de quæst.* (5) *L.* 3. *de pœn.* (6) *L.* 11. *l.* 17. *C. eod.* (7) *L.* 15. *l.* 18. §. 3. *de quæst.*

por quito, con cuyas palabras se explica tambien la *l.* 26. *tit.* 1. *d. P.* 7. pero dice en su *glos.* 9. Greg. Lop. haber práctica de detenerle todavía en la cárcel, y dexar por entonces la causa indecisa; la que no reprueba en los delitos mas atroces, y si el Juez se mueve con buen zelo, esperando que sobrevendrán nuevos indicios. Algunas veces se les condena á pena extrordinaria: lo que puede sostenerse quando el reo, ademas del delito porque fue atormentado, tiene probados otros leves que la merecen.

6 Quiere tambien *d. l.* 4. que si despues de la ratificacion de la confesion hecha en el tormento, y antes de que se haga la justicia del reo, hallare el Juez en verdad, que lo que confesó no era asi, sino que lo dixo con miedo del daño que le hicieron, ó por despecho del que le hacian quando le atormentaban ó por locura ú otra razon semejante, lo debe libertar. Greg. Lop. cuya grande pericia y juicio son innegables, dice en la *glos.* 7. de *d. l.* que esta doctrina debe restringirse al caso en que por notoriedad del hecho constare ser injusta la sentencia, en el qual podrá el Juez por esta justa causa que le sobreviene, retractar la sentencia, sin impetrar facultad del Rey; porque constando de la injusticia, no hay que esperar mas: pero que si consta, no con toda evidencia, sino solo aparece por algunas pruebas la inocencia del reo, se debe dar cuenta al Rey, suspendiendo hasta su respuesta la execucion de la sentencia de la pena corporal; porque si tambien en este caso se diese potestad al Juez para rescindir la sentencia, se daria de malignar y corromper testigos. Contra los Jueces que mandan dar los tormentos de otra manera que previenen las leyes, establece las penas la *misma l.* 4. *al fin.*

7 Cárcel es: *Lugar público en que los reos estan guardados para que no huyan.* De cuya definicion se sacan dos cosas. La una, que ninguno pueda tener cárcel privada ó particular; porque el derecho de hacer cárcel, ó usar de ella, solo es del Rey, ó de aquellos á quienes él lo mandare, *l. últ. tit.* 29. *P.* 7. *l.* 3. *tit.* 33.

lib. 5. Nov. Rec. Y si alguno por su propia autoridad sin mandamiento del Rey hiciere cárcel ó cepo ó cadena, y metiese hombres en prision en ella, debe morir por ello, como tambien los Reales Oficiales de donde esto sucediere, que lo supieren, y no lo castigaren, ó no lo vedaren, ó no lo hicieren saber al Rey, *d. l. últ.* Se considera delito de lesa Magestad (1). La segunda cosa que se infiere de la definicion de la cárcel es, que debe ser para guardar los presos, no para dar pena ni escarmentar á los reos, *l.* 11. *d. tit.* 29. *l.* 4. *tit.* 31. *d. P.* 7. por cuya razon dixo Ulpiano, que no convenia condenasen los Jueces á los reos á que estuviesen detenidos en la cárcel (2). Pero en nuestra Jurisprudencia mas reciente se permite, como consta de varias leyes de la Recopilacion, que imponen esta pena: baste citar la pragmática de la prohibicion de juegos, que es la *l.* 15. *tit.* 23. *lib.* 12. *Nov. Rec.* que la manda al *cap.* 9. como hemos visto. Tambien es derecho privativo del Rey recoger malhechores, ó llevarse al Juez para que sean castigados; pues solo él lo puede hacer, ó los que administran justicia en su nombre, ó con su mandamiento, á excepcion de los reos de los delitos siguientes: I. Si alguno fuese acusado ó infamado de falsa moneda (3). II. Quando algun Soldado fuese puesto por guarda en frontera ú otro lugar, y lo desamparase sin otorgamiento de su Mayoral (4). III. Si fuese ladron conocido, ó robador, ú hombre que quemase casa de noche, ó cortase viñas ó árboles, ó quemase mieses (5). IV. Quando uno forzase ó llevase robada á una muger vírgen ó Religiosa que estuviese en algun Monasterio para servir á Dios, *l.* 2. *d. tit.* 29. (6), en cuyos casos qualquiera los puede coger y llevar al Juez.

8 Como las cárceles se han establecido para guardar

(1) *L.* 1. *C. de pr. v. carcer.* (2) *L.* 8. §. 9. *de pœn.* (3) *L.* 1. *C. de fal. mon.* (4) *L.* 2. *C. quan. lic. unicuique.* (5) *L.* 1. *eod.* (6) *L.* 1. *C. de rapt. virg.*

los reos, y no para hacerles mal ni darles pena en ellas, segun hemos visto, debe el Juez hacer matar aquel carcelero que maliciosamente por algo que recibe de otro da mal de comer ó beber, ó malas prisiones al reo, ó le hace mal en otra manera por ruego que le hagan, mala querencia que tenga con los presos, ó amor que haya á los que los hicieron prender (1). Y el Juez que fuere negligente en no querer escarmentar á tal hombre como este, ha de ser privado del oficio, como hombre infamado y recibir pena segun el arbitrio del Rey. A los que corrompiendo al carcelero le hicieren cometer las referidas maldades, se les debe condenar á pena arbitraria, *l.* 11. *d. tit.* 29. Y siguiendo el mismo espíritu de no molestar ni hacer daño á los presos, antes por lo contrario procurar que esten bien asistidos, se establecen varias cosas en la *l.* 4. *y sigg. tit.* 38. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que alli pueden verse; dexamos de notarlas aqui, porque sobre ser muchísimas son pequeñas, bien que para aquellos pobres de bastante consideracion.

9 En quanto á la seguridad con que deben estar y ser guardados los presos en la cárcel, manda la *l.* 13. *d. tit.* 29, que si todos los presos que estaban en una cárcel se convinieren en quebrantarla, y se fueren todos ó la mayor parte sin saberlo los que los guardaban, y despues todos ó algunos de ellos fueren cogidos, deben ser castigados con la pena que corresponde al delito porque estaban presos; porque con su fuga se considera haber confesado que lo cometieron. Pero que si no huyeron todos, sino alguno de ellos, y se les coge despues, se les haya de poner en mas fuertes prisiones, y condenar, ademas á pena extraordinaria (2). No explica la *ley* si la doctrina de esta segunda parte debe entenderse quando la fuga fue con anterior conspiracion ó convencion de los presos ó sin ella; y no se atreve Greg. Lop. á resolverlo en la *glos.* 7. *de d. l.* Y si se admite esta mode-

(1) *L.* 1. *C. in fine de cust. reor.* (2) *L.* 13. *de cust. et exh.*

racion de pena, tambien quando hubo conspiracion, recomienda mucho el mismo Lop. esta doctrina como digna de conservarse bien en la memoria. La *l.* 17. *tit.* 38. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* dice sencillamente, que todo hombre que huyere de la cadena, vaya por hechor de lo que fuere acusado, y peche mas seiscientos maravedís para la Cámara del Rey, y que el que lo tenia preso responda en su lugar, y peche otros seiscientos maravedís para la misma Cámara. Pero Azev. comentándola dice citando á otras, que debe entenderse por lo tocante á la confesion del delito, al tenor de lo que establece *d. l.* 13. *de la P.* 7. que acabamos de citar, esto es, si huyesen todos ó la mayor parte habiendo habido conspiracion; y aun añade, que la confesion presunta del delito con su pena correspondiente, no excluye el que no se les imponga, si probaren despues su inocencia los que huyeron, en cuyo caso solo merecian la pena de azotes por el quebrantamiento de cárcel; porque no seria justicia disponer, que por qualquier fuga de la cárcel se considerase, que el que huyó confesaba el delito, quando el que huye por encontrar abierta la puerta, no incurre en pena alguna, y que asi lo veia practicar cada dia, y añade la limitacion de otros casos en que la fuga no se tiene por confesion. Y dice tambien, que no se dice quebrantar la cárcel el que huye para que se le haga justicia, y en su conformidad admiten todos los dias los Tribunales superiores á los que asi se les presentan, dándoles provision para que el inferior no proceda contra ellos ni sus bienes. Si alguno tuviese el atrevimiento de sacar por fuerza de la cárcel á algun preso, deberá sufrir la misma pena que merecia aquel á quien sacó, *l.* 14. *d. tit.* 29.

10 La *l.* 12. *d. tit.* 29. pone cinco maneras en que pueden irse los presos con relacion á las penas que pueden merecer los carceleros ó gurdadores: I. Quando huyeron por gran culpa ó engaño de los que tuvieron en guarda. II. Quando huyen por negligencia de los mismos

guardadores, en que no hay mezcla de engaño. III. Quando huyen por ocasion, sin engaño ni culpa de los guardadores. IV. Quando los guardadores dexan ir los presos que tienen en guarda, por piedad que han de ellos. V. Quando el preso se mata á si mismo estando en la prision. En la I. establece, que el guardador sufra la misma pena que debia el preso que se fué, y lo propio manda tambien la *l.* 18. *tit.* 38. *lib.* 12. *Nov. Rec.* De la II. manera varian dichas dos leyes, y por ser mas reciente la de la *Recop.* notaremos solamente las de esta, como que debe entenderse correctoria de la de la *Partida*, y por ello observarse, y es: Que esté un año en la cadena, esto es, en prision; y si el preso no merecia pena corporal, y era tenido á pagar pena ó deuda de dineros, y se fuere con él, ó le soltare á sabiendas, sea obligado el que lo guardare á pagar lo que debia pagar el preso, y estar medio año en la cadena; y si por mengua de guarda se fuese, deberá tambien pagar lo que debia el preso, y estar tres meses en la cadena. Azev. en el comentario de *d. l.* 18. *de la Nov. Rec*, no distinguió estas dos maneras de fuga en quanto á la culpa del carcelero, y por ello no hizo la distincion que acabamos de hacer, por parecernos conforme al sentido y letra de la misma ley. Creemos pues, que la ley distingue dos casos, como lo hizo la dicha de la *P.* 7. El primero, de quando el preso huyó por soltarle el carcelero, ó no guardarle como debe, por culpa lata: como si dixere por engaño ó culpa lata, y por ello le carga con mayor pena. Y el segundo de quando el mismo carcelero solo cometió en el modo de guardarlo culpa leve: lo que quiso significar por aquel modo discretivo de hablar: *Y si por mengua de guarda se fuere*, y por esta menor culpa solo le impone la pena de tres meses de prision. Con esta distincion se compone tambien mejor con la citada *ley de la Partida*, que con atencion á ella señaló mayor pena para el caso primero, que para el segundo. Lo que sigue en la misma *ley de la Recop. Y si el preso no merecia pena*

corporal, y era tenudo de pagar pena o deuda de dineros, nos parece debe referirse á muchos casos. Admitiremos con gusto qualquier otra interpretacion que parezca mejor.

11 Y no hace mencion *d. l.* 18. *tit.* 38. *lib.* 12. *Nov. Rec.* de las otras tres maneras referidas en la *d. l.* 12. *tit.* 29. *P.* 7. con relacion á la qual las notamos diciendo: Que por la III. no merece pena alguna al carcelero, si probare la ocasion ó caso fortuito, y que no vino por culpa suya. Exîge y con razon la prueba de que el carcelero no tuvo culpa, porque en duda se presume que la tuvo, como lo prueban Azeved. en *d. l.* 18. *de la Nov. Rec. n.* 17. y Antonio Gom. 3. *var. cap.* 9. *n.* 11. Por la IV. si el preso que se fue era hombre vil, ó pariente cercano del carcelero, debe este ser quitado del oficio, y castigado en el cuerpo, sin que pierda miembro alguno. Mas si no fuese tal hombre, será castigado segun el arbitrio del Juez. Y por la V. sufrirá el carcelero las mismas penas de privacion de oficio, y corporal que hemos notado por la IV. porque si fuese guardado cuidadosamente, no se podria matar: asi se explica *d. l.* pero como la culpa del carcelero, solo es presuntiva, parece debe decirse haber lugar á que pruebe su inocencia; y que si la probare, no deberá dársele pena alguna. Si por ventura el carcelero matare al preso, ó le diere brevage ú otra cosa con que él se matare, claro es, que debe morir por ello, *d. l.* 12. *tit.* 29. *P.* 7. Si por ir á alguna parte encargare el carcelero á otro la guarda de los presos, y este se fuese con ellos, dice la *l.* 9. *d. tit.* 29. que debe morir este tal guardador, salvo si fuese mozo, hombre vil ó de mal seso, en cuyo caso debe cargar la pena sobre el carcelero que le puso, y ser castigado el guardador puesto por él con pena arbitraria. Pero Gregor. Lop. en la *glos.* 2. interpretando lo que dice esta *ley* sobre la pena de muerte dice, que deberá entenderse en el caso que los presos que huyeron con el guardador la mereciesen con arreglo á lo que hemos dicho sobre la manera I.

12 Habiendo tratado de los delitos y penas que les corresponden, hablarémos brevemente de los perdones ó indultos, por los que se libertan los reos de las penas que habian merecido. Solo los puede conceder el Rey; y son de dos maneras, generales ó especiales. Indulto general es aquel por el qual perdona el Rey generalmente á todos los delinqüentes; y lo suele conceder por motivo de alguna grande alegría, como la del nacimiento de un Infante, consecucion de una considerable victoria ú otro semejante. Especial es, quando perdona á alguna persona en particular, como en el Viérnes Santo, segun luego veremos; ó quando concede el perdon á ruego de algun Prelado ú otra honrada persona, ó por servicio que haya hecho al Rey, á su padre ú otro de su linage, aquel á quien perdona, ó por bondad ó sabiduría, ó por gran esfuerzo que hubiese en él de que pudiese venir bien á la tierra, ú otra razon semejante, *l.* 1. *tit.* 32. *P.* 7. Entre los indultos especiales, quéremos hacer mencion de los que suelen conceder los Reyes en el dia del Viérnes Santo, de la Cruz, de que habla la *l.* 2. *tit.* 42. *lib.* 12. *Nov. Rec.* mandando, que el Confesor de S. M. ó quien el mismo Rey mandare reciba la relacion de los perdones que se solicitan, y en la Semana Santa de cada año haga al Rey cumplida relacion de cada perdon que se suplica, y de la condicion y calidad de él, para que se tome un número cierto de los que parezca conceder, que no deben pasar de 20. por cada año: Y que quando entre año, antes ó despues del Viérnes Santo, quisiere el Rey hacer algun perdon, se guarden las cosas susodichas, y los que de otra manera se hicieren no valgan ni sean guardados ni cumplidos. Las dichas cosas susodichas en el principio de la misma *ley*, son: Que el perdon debe ir en carta firmada del nombre del Rey, escrita de mano del Escribano de Cámara, y firmada en las espaldas de dos del Supremo Consejo: Que solo se entienda perdonado el delito expresado en el perdon: Que si acaeciere que alguno ya perdonado, hubiese despues cometigo otro delito, y obtenido tambien perdon

de él, no valga este segundo, sino se hiciere mencion del primero; y tampoco valga quando habiéndose dado ya sentencia contra el reo, ó estando preso, no se hiciere mencion de ello.

13 La *l.* 1. *d. tit.* 42. pone varios delitos que se entienden exceptuados en los indultos generales, para cuya mas perfecta inteligencia, y del modo que en el dia se conceden, nos ha parecido poner á la letra el que se expidió por *Real cédula de* 17. *de Octubre de* 1771. *nota* 5. *tit.* 62. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que dice asi: Presidente de mi Consejo, sabed, que por decreto señalado de mi Real mano de 3. del corriente, he resuelto con motivo del dicho parto de la Princesa mi muy cara y amada nuera, conceder indulto general á los presos que se hallaren en las cárceles de Madrid y demas del Reyno, que fueren capaces de él; pero con circunstancia, que no hayan de ser comprehendidos en este indulto los reos de crímen de lesa Magestad, divina ó humana, de alevosía, de homicidio de Sacerdote, y el delito de fabricar moneda falsa, el de incendiario, el de axtraccion de cosas prohibidas del Reyno, el de blasfemia, el de sodomía, el de hurto, el de cohecho y baratería, esto es, cometidos en la administraccion del oficio, el de falsedad, el de resistencia á la Justicia, el de desafio, y el de mala versacion de mi Real Hacienda: declarando como declaro, se comprehendan en este indulto los delitos cometidos antes de su publicacion, y no los posteriores, debiendo gozar de él los que estan presos en las cárceles, y los que esten rematados á presidio ó arsenales, que no estuvieren remitidos ó en camino para sus destinos, con tal que no hayan sido condenados por los delitos que quedan exceptuados; y tambien amplío este indulto á los reos que esten fugitivos, ausentes y rebeldes, señalándoles el término de seis meses á los que estuvieren dentro de España, y el de un año á los que estuvieren fuera de estos Reynos, para que puedan presentarse ante qualesquiera Justicias, las quales deberán dar cuenta á los Tribunales donde pendieren sus

causas, para que se proceda á la declaracion del indulto: declarando como declaro, que en los delitos en que haya parte agraviada, aunque se haya procedido de oficio, no se conceda el indulto sin que preceda perdon suyo; y que en los que haya interes ó pena pecuniaria, tampoco se conceda sin que preceda la satisfaccion ó perdon de la parte; pero que valga este indulto para el interes ó pena correspondiente al Fisco, y aun al denunciador. Omitimos lo que resta, porque solo es mandar el cumplimiento de lo que queda dicho.

14 Quando los perdones se conceden á los reos antes que se haya dado sentencia contra ellos, son libres de la pena que debian haber, y conservan su estado y bienes como los tenian antes: solo en el concepto de las gentes pierde algo su fama. Y si el perdon fuere despues que fueron juzgados, entonces son libres de la pena que habian de sufrir en sus cuerpos; mas no recobran los bienes ni la fama ni la honra que perdiéron por la sentencia que fue dada contra ellos, salvo si se dixere en el perdon señaladamente, que el Rey le mandaba entregar todo lo suyo, ó tornarle en el primer estado, *l.* 2. *d. tit.* 32. *P.* 7. Y con respecto á los efectos del indulto ordinario, dixo muy bien Ovidio en el *lib.* 1. *de Ponto epist. primera.*

Pœna potest demi, culpa perennis erit.

Y por quanto en los hombres de honor es mas sensible la culpa que la pena, habia dicho poco antes;

Estque pati pœnas, quam meruisse minus.

La siguiente *l.* 3. pone la diferente significacion que tienen estas tres palabras *misericordia*, *merced* y *gracia*, aunque algunos piensan que es la misma: dice pues ser *misericordia* propiamente, quando el Rey se mueve con piedad de sí mismo á perdonar á alguno la pena que debia haber, doliéndose de él, viéndole atribulado ó mal andante, ó por piedad que há de sus hijos ó su muger. Que *merced* es, perdon que el Rey hace por merecimiento de servicio que hizo aquel á quien perdona, ó aquellos de quien desciende, que es como una especie de galardon.

Y *gracia*, no es mas que un don que el Rey hace, porque quiere sin respeto á circunstancia alguna.

15 Solo falta para que concluyamos hablar de cosas pertenecientes á delitos, el decir algo brevemente del asilo, que es: *Derecho que tiene el delinquente que se refugia en la Iglesia para no ser extraido de ella por la Justicia seglar.* Su orígen es antiquísima, pues lo observaron los Griegos, Hebreos y Romanos (1), fundados en la fragilidad de la naturaleza humana, y la veneracion que todas las Naciones han tenido á sus Templos. Pero la atrocidad de algunos delitos, y necesidad del público de escarmentar á sus autores, para que con el miedo se detengan los hombres de cometerlos, han precisado á los Legisladores á que exceptuasen á los perpetradores de tales delitos, á los quales no han querido que alcanzase este derecho. Las *leyes* 4. *y* 5. *d. tit.* 11. ya exceptuaron á diferentes, que con mas ampliacion se expresan en varias Bulas que han expedido los Sumos Pontífices. En la que expidió Gregor. XIV. en 25. de Junio de 1591. declara no gozar del asilo ó inmunidad los salteadores de caminos ni calles, los ladrones públicos y famosos, los taladores de campos ó heredades, los que hicieron muertes ó mutilacion de miembro dentro de sagrado, los Alevosos, los Hereges, Los Traidores, los reos de lesa Magestad: los Asesinos, y los demas que por el derecho Canónico estuviesen exceptuados. Benedicto XII. en la suya de 8. de Junio de 1725. que empieza: *Ex quo divina* añadió, que tampoco goza del asilo el que matare á su próximo á caso pensado y deliberado, aunque no fuese á traicion, ni los falsificadores de letras Apostólicas, los Superiores y empleados en los Montes de piedad, ú otros fondos públicos ó bancos que cometieren hurto ó falsedad, los Monederos falsos, ó los que cercenan moneda de oro ó plata, y los que fingiéndose Ministros de justicia entran en las casas agenas y cometen en ella robos, con muerte ó mu-

(1) §. 2. *Inst. de his qui sui v. al jur. sunt.*

tilacion de miembros. Y últimamente, Clemente XII. en la que empieza *In supremo justitiæ solio*, publicada en 1. de Enero de 1734. *nota* 5. *tit.* 4. *lib.* 1. *Nov. Rec.* quiso ademas que no gozase el que matase á otro en riña, como el homicidio no fuese casual ó en propia defensa. Cuya Bula publicada para el estado Eclesiástico, fue extendida á los Reynos de España por Breve de 14. de Noviembre de 1737. Y Benedicto XIV, en la suya de 15. de Marzo de 1750. declaró, que debia esto tener tambien lugar quando la muerte fuese hecha con palo ó piedra, diciendo ser esto conforme á la ley divina establecida en el *cap.* 35. *de los numeros*, cuyas palabras copia. Y Clemente XIV. por la suya ó Breve de 12. de Septiembre de 1772. *nota* 9. *tit. d.* expedida á solicitud de nuestro glorioso Rey Cárlos III. restringió los lugares ó Iglesias que pudiesen servir de asilo á una ó dos en cada Ciudad, segun eligiere el Ordinario Eclesiástico, como ya se observaba en este Reyno de Valencia.

16 En el mismo Breve, mandado observar en todas sus partes por *Real cédula de* 14. *de Enero de* 1773. *ley* 5. *d. tit.* 4. *Nov. Rec.* se previene para que se guarde el decoro y veneracion que corresponde á las Iglesias y lugares santos, que quedan excluidas de poder servir de asilo: Que para extraerse á los que se refugiaren á ellas, por lo que mira á los Eclesiásticos, deba proceder la autoridad Eclesiástica por sí misma, y con el respeto debido á las cosas y lugares consagrados al Altísimo; y en quanto á los legos, ante todas casos, que practiquen los Ministros de la Curia seglar el oficio del ruego de urbanidad, pero sin usar de ninguna forma de escrito, y sin que deban exponer la causa de la extraccion pedida al Eclesiástico, que con el título de Vicario General ó Foraneo, ó con qualquier otro en la Ciudad ó Lugar exerciere la autoridad y jurisdiccion Episcopal ó Eclesiástica: y estando este ausente, ó faltando, y tambien en qualquier caso de repugnancia, se deba hacer el mismo ruego de urbanidad á otro Eclesiástico que en la Ciudad ó Lugar sea el mas

visible de todos, y de edad provecta, y el Vicario General ó Fôraneo, ó de otro qualquier modo llamado, es á saber, el Rector ó Párroco de la Iglesia, ó el Superior local, siempre que sea de Iglesia de Regulares, igualmente que el precitado Eclesiástico, de este modo amonestados, luego al instante, sin la mas mínima detencion, y sin conocimiento alguno de causa, estan obligados á permitir la extraccion del secular, que inmediatamente se ha de executar por los Ministros del Tribunal Eclesiástico, si se hallaren prontos, y sino por Ministros del brazo seglar; pero siempre y en qualquier caso con presencia é intervencion de persona Eclesiástica.

FIN DEL LIBRO SEGUNDO.

LIBLO III. TITULO I.

DE LAS ACCIONES, Y DE LAS EXCEPCIONES (1).

1. *Orígen y necesidad de las acciones.*
2. 3. *Division de acciones en real y personal, y esplicacion de ambas.*
4. *Se explica la accion Pauliana.*
5. *Otra division de acciones en persecutorias de las cosas y penales.*
6. *De las acciones perjudiciales.*
7. 8. *De las acciones exercitatoria é institoria.*
9. 10. 11. *De las excepciones.*

1. Diximos en el *lib.* 1. *tit.* 1. *n.* 13. ser tres los objetos del derecho, personas, cosas y acciones; y explicados los dos primeros, pasamos á hablar del tercero. Esta palabra *accion* se puede tomar de dos maneras, ó en quanto es el derecho que tenemos de pedir alguna cosa, ó en quanto es el medio por el que pedimos en justicia lo que es nuestro ó se nos debe, si no se nos presta voluntariamente. En la primera pertenece al segundo objeto, como cosa que está en nuestro potrimonio, y en la segunda, de que tratamos, es el tercero. Su orígen es del derecho de gentes, porque su uso lo exíge la necesidad del comercio de los hombres. Sin él para conseguir lo que es nuestro, y otro detiene, ó habia de pender de la mera voluntad de este, ó resistiéndolo, solicitarlo ó procurarlo con la fuerza por pendencias, alborotos, y tal vez muertes con manifiesta ruina de la Ciudad. ¿En que distaria la confu-

(1) *Titt. 6. et. 13. lib. 4. Inst.*

sion de la guerra de una tranquila paz, si los pleytos ó desavenencias se terminasen por la fuerza? Como se lee en Casiodoro *lib.* 4. *var. epist.* 10. (1).

2 La division mas principal de las acciones es en reales que nacen del dominio ú otro derecho semejante que tenemos en la cosa, y en personales que provienen de la obligacion con que tenemos atado á otro (2). De esta division se hace mencion, suponiéndola en la *ley* 5. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (63. *de Toro*), como hemos visto en el *libro* 2. *título* 2. *números* 10. *y* 11 Como la accion real nace del dominio, y el que la intenta pide que el demandado le entregue la cosa, ha de probar quien hace uso de ella, que es dueño de la cosa, y que el otro la posee ó detiene, *ley* 2. *tit.* 3. *P.* 3. (3), y se intenta contra qualquiera que la posee. Pero si el demandado respondiese diciendo, que tenia la cosa sin tenerla, y creyéndolo verdad continuare el pleyto el actor, y probare ser suya, deberá el demandado pagar el valor segnn jurare el actor, tasando antes el Juez el tanto. Lo mismo seria, si demandando el actor alguna cosa, como por exemplo un caballo, pidiere ante el Juez, que el demandado lo mostrare, y él engañosamente lo matare ó perdiere por su culpa, *l.* 19. *tit.* 2. *d. P.* 3. (4). Las leyes Romanas 131. 150. *y* 157. §. 1. *de div. reg. jur.* sentaban generalmente por regla, que aquel que por dolo dejó de poseer, debe ser condenado como si poseyese, porque el dolo se tiene por *posesion*. Si poseyendo la cosa el demandado, resistiere la peticion del actor, diciendo que no tenia derecho en ella, y durante el pleyto la cosa se perdiere, ó siendo viva se muriere, deberia ser absuelto, si era poseedor, que tenia la cosa con buena fe; mas si sabia no tener derecho alguno en ella, habrá de pagar su valor en los términos referidos, porque fue en culpa en no mostrarla quando po-

(1) *L.* 176. *de div. reg. jur.* (2) §. 1. *Inst. de action.* (3) *L.* 25. *de obl. et act.* (4) *L.* 27. §. 1. *de rei. vind.*

dia, *l.* 20. *d. tit.* 2. *l.* 6. *tit.* 14. *P.* 6.(1). En la ley Romana 40. *de her. pet.* en que establece esta doctrina se da la sólida y juiciosa razon á favor del poseedor de buena fe, de que no debe ponérsele en la precision de prestar la muerte de las caballerías ó ganados, á dejar su derecho indefenso por el miedo de este peligro. Si el demandado fuese rebelde en no querer mostrar la cosa, puede mandar el Juez se le quite y muestre, *d. l.* 20.

3 La accion personal solo se puede intentar contra el que se obligó para que entregue la cosa si la tiene en su poder, ó pague al acreedor los perjuicios sino la tuviere, *l.* 42. *tit.* 5. *P.* 5.(2). A la clase de las acciones reales pertenecen las llamadas *confesoria y negatoria*, de las quales pedimos por la primera la servidumbre que entendemos deberse á nuestro predio, y por la segunda, que este es libre de deberla; de suerte que por la primera vindicamos la servidumbre, y por la segunda la libertad, *l.* 21. *tit.* 22. *d. P.* 3. En estas hay la singularidad, que puede intentarlas el que posee (3); y tambien pertenece la que llamaron *Publiciana* las leyes Romanas (4), y es la que compete al que perdio una cosa que poseia con buena fe, sin haberla usucapido todavía contra qualquiera que la detuviese, á no ser que fuese su verdadero dueño, *l.* 13. *tit.* 11. *P.* 3. *l.* 50. *al fin tit.* 5. *P.* 5. La introduxo un Retor llamado Publicio, fundado en la equidad, revistiendo de la calidad del dueño al que todavía no lo era; pero tenia mas derecho que el tercero que la detenia. Tambien se cuenta entre las acciones reales la hipotecaria, que se da á aquel á cuyo favor obligó el deudor sus cosas para mayor seguridad de la deuda. Puede intentarla contra qualquier poseedor de dichas cosas despues de haberse visto, que no pudo cobrar la deuda del mismo deudor. De este asunto hemos hablado latamene en el *tit. de los peños.*

4 La accion por la qual piden los acreedores que se

(1) *L.* 40. *de her. pet.* (2) *D. l.* 25. (3) §. 2. *Inst. de acti.* (4) §. 3. *eod.*

revoquen las enagenaciones que hicieron en su perjuicio los deudores, sí que es personal, porque nace solamente de la obligacion, por la que solo obligaron sus personas, y no sus cosas, *l.* 7. *tit.* 15. *P.* 5. La llamaron *Pauliana* los Romanos (1). Tiene lugar quando el deudor despues que es condenado en justicia á pagar las deudas, y mandado hacer entrega de sus bienes, los enagena para que no puedan cobrar los acreedores, *d. l.* 7. que asi lo expresa; pero Greg. Lop. en su *glos.* 3. escribe, que lo que dice de ser la enagenacion despues de la sentencia del Juez se entiende por modo de exemplo: porque entonces constaria mejor de la fraude del deudor que enagenó, y que lo mismo seria si la enagenacion fue antes, y constare de la fraude; y esto solo basta quando la enagenacion se hizo por título lucrativo, como donacion, legado: mas si fuese por oneroso, como venta, permuta, es menester para que competa la accion, que sepa el que recibe la cosa hacerse la enagenacion por el deudor maliciosamente. Y si el que recibió la cosa fuese huérfano, no se le puede quitar sino le diesen lo que habia costado, aunque le probasen que era sabedor del engaño, *d. l.* 7. (2). Si alguno cobrare antes de haberse entregado los bienes del deudor á los demas acreedores, aunque estos no basten para pagar las deudas, no le podrán apremiar los demas á que restituya lo que cobró: lo contrario seria si lo cobrase despues, *l.* 9. *d. tit.* 15. *P.* 5. (3). Cualquier quitamiento ó remision que hiciere el acreedor de lo que le debian á él, está sujeto á la revocacion en los términos que hemos referido, esto es, si el deudor á quien se remite está sabedor de la fraude con que se hizo la remision en perjuicio de otros, *l.* 12. *d. tit.* 15. (4). El tiempo para intentar esta accion es un año, desde el dia en que lo supiere á quel á quien compete, *d. l.* 7. (5).

(1) *L.* 38. §. 4. *D. de usur.* (2) *L.* 6. §§ 6. *et* 8. *quis in fraud. red.* (3) *D. l.* 6. §. 6. *et. seq.* (4) *L.* 1. *quum. duab. seqq. qui in raud. cred.* (5) *L.* 1. *eod.*

5 Otra division de acciones hay en persecutorias de la cosa y en penales. Persecutorias de la cosa son aquellas por las que perseguimos ó buscamos lo que pertenece á nuestro patrimonio, quales son todas las reales, y de las personales las que nacen del contrato. Penales son aquellas con que pedimos alguna pena, como las de hurto, robo y otras semejantes (1). Entre unas y otras hay la diferencia, que las primeras pasan á los herederos, y contra los herederos; pero no las segundas, sino es que el pleyto estuviese ya contestado quando murió el antecesor, en cuyo caso y no en otro pasarian contra los herederos, *l.* 25. *tit.* 1. *P.* 7. que da la razon de que las penas no pasan á los herederos antes que sean demandadas en juicio; sino es que se hallare alguna porcion ó lucro de la cosa en poder del difunto; porque entonces estarian obligados sus herederos en quanto á este lucro, *d. l.* 25. (2). No nos entretenemos en otra division de que unas acciones son en el simplo, otras en duplo, triplo ó quadruplo, por no tener uso alguno en España, aunque se leen en varias leyes de las *Partidas*. Sobre el tiempo que dura cada una de ellas, hemos hablado en el *lib.* 2. *tit.* 2. *nn.* 10. *y* 11. y de paso siempre que se ha ofrecido la ocasion.

6 Falta que expliquemos algunas acciones especiales, que salen algo de las reglas generales. Tales son las llamadas *perjudiciales*, por el perjuicio que causan á algunos que no litigaron quando, es regla general que los pleytos solo perjudican á los que pleytearon, *l.* 20. *tit.* 22. *P.* 3. (3), que despues de haber sentado esta regla, pone las acciones perjudiciales, como á excepciones de ella. Y tienen tambien la singularidad de que cada uno de los litigantes puede ser actor ó reo, porque ambos las pueden intentar; pero se considera actor, y hace sus veces el que lo intenta (4). Son tres sus especies: I. Quando uno pide contra Pedro que se declare libre y no esclavo suyo, ó

(1) §. 17. *Inst. de act.* (2) *L.* 26. *de dol. mal.* (3) *L.* 1. *C. res. inter ali. act.* (4) *L.* 14. *de probat.*

Pedro que el tal es su esclavo, y no libre como él quiere: II. Quando Juan pide que se declare que es ingenuo, y no libertino ó aforrado de Diego, ó este pide lo contrario: III. Quando se trata del derecho del hijo, de si alguno lo es ó no lo es del matrimonio, ó bien entre el marido y la muger, ó entre el mismo hijo y el padre. Si, por exemplo pues de la III. especie, se hubiese declarado á pedimento de Antonio, que era hijo de Pablo, no solo conseguiria contra Pablo los derechos de hijo suyo, sino tambien los de hermano contra los demas hijos del mismo Pablo sin haber pleyteado con ellos. Las diligencias que se deben practicar quando una muger que ha quedado viuda pretende estar en cinta de su marido; para asegurarse si es verdad, con citacion de los que no estándolo habian de ser herederos de dicho su marido, las trae latísimamente la *l.* 17. *tit.* 6. *P.* 6. (1). Otra accion hay llamada *ad exhibendum* que explicamos en el *tit.* 5. *n.* 5.

7 Tambien merecen alguna mencion las acciones que los Romanos llamaron *exercitoria* é *institoria*, que tienen lugar quando el que es dueño de una nave ó tienda pone algun Patron, Maestre ó Factor, para que entienda en la direccion ó trafico de la nave ó de la tienda; en cuyo caso los que contrataron con los dichos tienen obligados al cumplimiento de sus contratos á los dueños de la nave ó tienda, aunque no trataron con ellos, *l.* 7. *tit.* 21. *P.* 4. (2). Se llama *exercitoria* la que se da contra el dueño de la nave, é *institoria*, la que compete contra el de la tienda (3): porque se considera que los contratos se hicieron por voluntad de los dueños (4). Si el Factor tomase dinero prestado por mandato del dueño ó sin él, pero lo empleara en utilidad suya, estará obligado el dueño al pago, y no el Factor: lo contrario seria si lo tomó sin mandato, y lo

(1) *L.* 1. §. 10. *de insp. vent.* (2) §. *Inst. quod. cum eo.*
(3) §. *últ. eod.* (4) *L.* 1. *C. de Inst. et. exerc. act.*

convirtió en su propia utilidad, *l.* 7. *tit.* 1. *P.* 5. (1).

8 No extiende mas en nuestras leyes la doctrina que acabamos de dar de la accion exercitoria: pero en atencion á que en el derecho Romano hay algunas declaraciones ó extensiones muy equitativas, y como tales y dignas de observarse, las nota Hevia Bolaños en su *Curia Filípica lib.* 3. *cap.* 4. nos ha parecido poner aqui algunas de ellas. Si el Maestre de la nave tomare dinero para repararla, tiene el que lo prestó accion para cobrarlo del dueño, concurriendo la siguientes circunstancias, y no sin ellas: I. Si la nave estuviere en estado que debia repararse. II. Si prestó el dinero con la condicion ó pacto que habia de servir para repararla. III. Si el acreedor sabia que aquel que recibia el dinero era el Maestre. IV. Si no prestó mayor suma que la necesaria para la reparacion. V. Si en el lugar en que la prestó habia proporcion para comprar lo que se necesitaba; pero no deberá probar el acreedor que con efecto se empleó el dinero en la reparacion (2). Es preciso para que tenga lugar esta accion, que el negocio se haya celebrado con el Maestre al tenor del fin para que fue nombrado (3). Maestre de la nave es aquel á quien el dueño de la nave le encargó todo su cuidado (4); y si este nombrare á otro, lo será este; pues lo puede nombrar, aunque se le hubiese prohibido: lo que procede para que no sean engañados los navegantes (5).

9 Queremos tambien hablar brevemente de las excepciones, antes de emprender el título de los juicios. Excepcion es: *Exclusion de la accion*, esto es, una contradiccion por la qual el reo procura destruir la demanda del actor, diciendo ó que es falso lo que contiene, ó que no tiene fuerza. Nuestras leyes le dan tambien el nombre de *defension*, *l.* 8. *y sigg. tit.* 3. *P.* 3. *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Se dividen las excepciones

(1) *L.* 1. *C. de Inst. et exc. act.* (2) *L. últ. de exerc. act.*
(3) *L.* 1. §. 7. *eod.* (4) *D. l.* 1. §. 1. (5) *D. l.* 1. §. 5.

en dilatorias, llamadas asi, porque dilatan ó suspenden el pleyto, y perentorias, porque lo acaban, *d. l.* 8. *y sigg. d. l.* 1. (1). Las dilatorias se dirigen ó á la persona del Juez, diciendo el reo que el Juez es sospechoso ó incompetente, ó á la persona que demanda de que no puede ser ó no es procurador, como se titula, ó no es legítima persona para comparecer en juicio; ó al mismo negocio, como si pide el actor antes de haber llegado el plazo, *l.* 9. *d. tit.* 3 (2). Las perentorias impiden el ingreso del pleyto, y son varias como las del dolo, miedo, cosa juzgada, y otras muchas, *l.* 8. *d. tit.* 3. (3).

10 En quanto al término de proponerse las excepciones hay diferencia entre unas y otros. Las dilatorias se han de oponer y probar dentro de nueve dias contadores desde el último del término que se concedió al reo para contestar; y las perentorias dentro de veinte dias se han de oponer y alegar; pero se puede prorogar este término por justas causas, como jurando el reo no haber tenido hasta entonces noticia de tales excepciones, y que no las opone maliciosamente, *d. l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Azev. en *d. l.* 1. *tit.* 7. *n.* 42. Gutier. *lib.* 1. *prac. quæst.* 52. *y* 53. Covar. *pract. quæst. cap.* 26. *n.* 2.

11 Y el mismo Azev. en *d. l.* 1. *tit.* 7. *n.* 55. defiende fuertemente, que en vista de la *l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 11. *Nov. Rec.* que manda, que en la decision de las causas solo debe atenderse la verdad, se han de admitir las excepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para excusar su ignorancia: y que en este caso solo debe ser condenado á resarcir al actor las costas de la retardacion del juicio; y añade, que muchas veces lo vió él asi lo alegó é hizo, de cuyo uso es tambien testigo Covar. en *d. n.* 2. diciendo ser la sentencia mas comun y

(1) §§ 8. 9. 10. *Inst. de except.* (2) *L.* 7. *de jud. tit. C. de nom. iis qui pers. legit. l.* 2. §. *últ. l.* 3. *de excep.* (3) §. 9. *Inst. de excep.*

equitativa, que todas las excepciones dilatorias, y con especialidad las que son de mucho perjuicio, se admiten al reo despues de la contestacion del pleyto, aunque exîstieren antes de ella, con tal que no hubiesen llegado á su noticia antes de dicha contestacion: y en la de recusacion del Juez avanza á decir, que pueden oponerse aun despues de la conclusion de la causa. A las excepciones que pone el reo, puede poner el actor contradicciones, que se llaman *replicaciones*, y contra estas responder el reo con contradiccion, que las leyes Romanas llamaron *duplicacion* (1); pero no hay mas progreso, sino en el caso en que quisieren presentar escrituras con juramento; que nuevamente vienen á noticia del que las presenta, *l.* 3. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Nov. Recop.*

TITULO II.

DE LOS JUICIOS (2).

1. *Qué sea juicio y su utilidad.*
2. *Personas que intervienen en los juicios.*
3. 4. *Varias divisiones de juicios.*
5. *Tanto el actor como el reo han de ser persona legítima para presentarse en juicios, y quiénes no lo son.*
6. *Ninguno puede ser actor y reo en una misma causa, y casos en que el hijo que está en la patria potestad puede instar juicio contra su padre, pero pidiendo la vénia.*
7. 8. *Ninguno puede ser precisado á que sea actor; y algunos casos de excepcion de esta regla.*
9. 10. *Ninguno puede ser Juez en causa propia; y qué edad han de tener los Jueces, Pesquisidores y Relatores.*

(1) §. 1. *Inst. de replicat.* (2) *Tit.* 1. *lib.* 5. *Dig.*

11. *De los Asesores.*
12. *De la recusacion del Presidente ú Oidores de las Audiencias.*
13. 14. *De las recusaciones de los Jueces inferiores en las causas civiles y criminales.*
15. 16. *Qué sea jurisdiccion; que toda es ó dimana del Rey; y ventajas en este particular que hacen los Lugares de Realengo á los de Señorío.*
17. *Del imperio mero y del mixto.*
18. 19. 20. 21. *Division de la jurisdiccion en ordinaria y delegada; y cómo se acaba esta.*
22. *Qué causas no pueden delegarse, ó solo pueden con alguna limitacion.*
23. 24. *Explícase la jurisdiccion prorogada, que es expresa ó tácita; y se propone otra division en contenciosa y voluntaria.*
25. 26. 27. *Penas contra los que pretenden deprimir la jurisdiccion Real.*
28. *Qué sean Arbitros; nombres con que se llaman; y explicacion de sus dos especies en que se dividen.*
29. 30. *Es permitido á qualquiera no admitir el nombramiento de Arbitro; pero una vez admitido, ya no lo puede desechar: y casos en que se le permite.*
31. *En qué tiempo y lugar deben los Arbitros usar de su Oficio.*
32. *De la pena que suele ponerse en los compromisos.*
33. *Quiénes pueden nombrar Arbitros, y quiénes pueden ser nombrados: y qué debe hacerse quando siendo muchos discordaren.*
34. *No valdria la sentencia de los Arbitros, sino asistieren todos los nombrados: y modos de fenecer el compromiso.*
35. *Causas en que no tienen lugar los compromisos.*
36. 37. *Fuerza de la sentencia de los Arbitros.*
38. 39. *De los Arbitradores.*
40. *Que el Juez y fuero han de ser competentes, y el actor debe seguir el del reo.*

41. 42. 43. *Lugares que son fuero competente en las causas civiles.*
44. 45. *Jueces competentes en las causas criminales, y quál debe ser preferido si disputan entre sí.*
46. 47. 48. *Qué sea caso de Corte, y quiénes gozan de él.*
49. *La competencia del fuero se regula con respecto al tiempo en que fue emplazado el reo.*

1 Quando las partes que tienen pretensiones contrarias sobre alguna cosa, no se convienen por su voluntad, se acude á los juicios, que para estos casos son utilísimos y aun necesarios; porque de otra suerte se habrian de decidir con riñas y á viva fuerza las disensiones de los hombres, y venceria siempre el que la tuviese mayor, aunque le faltare la justicia. Solo pues nos podremos quejar de que alguna vez se administran mal, como todas las cosas de este mundo, por la corrupcion de nuestra naturaleza humana, dimanada del pecado de Adan; pero no de que en sí sean malos. Juicio en quanto á nuestro intento es: *Legítima contencion de causa que se disputa entre el actor y el reo ante el Juez, establecida para que los pleytos se terminen por autoridad pública.*

2 Tres pues son las personas necesarias para constituir juicio: actor, que es el que pide; reo de quien ó contra quien se pide; y Juez que por pública autoridad conoce del pleyto y lo decide, *l.* 10. *tit.* 4. *P.* 3. En quanto al actor, basta que intervenga fingidamente, esto es, que concurra alguna cosa ó circunstancia que lo represente, como sucede en las causas criminales, quando se procede de oficio en las que la fama pública ó notoriedad del hecho sirven de actor, como lo expresa el *cap.* 24. *de acus. de las Decretales de Gregor. IX.* allí: *Quasi denuntiante fama, vel deferente clamore.* Por lo tocante al reo se ha de advertir, bastar ser cierto en sí, aunque al Juez no le conste todavía quien lo es, segun acontece quando se procede sobre un delito notorio, cu-

yo autor no se sabe: bien que algunos escrupulosos dicen, que entonces todavia no hay juicio. Ademas de las tres referidas personas, suelen concurrir algunas otras, pero accesoriamente, y de suerte, que sin ellas puede haber juicio. Unas ayudan á los litigantes, como los Procuradores, Abogados, Testigos: otras al Juez, como los Asesores, Escribanos y Alguaciles. De todas hablaremos con separacion.

3 Las divisiones de los juicios son varias, de las que notaremos las principales: I. En criminal y civil. Criminal es aquel: *Que se dirige á la vindicta pública, para que se imponga al reo la pena que axíge la pública disciplina.* Civil el: *Que se instituye por la utilidad ó interes de los particulares.* Nace pues esta diferencia del fin porque se siguen estos juicios, y no por razon de la materia, porque puede suceder que esta sea criminal y el juicio civil, á causa de que solo solicita su interes el que le intenta, como si un robado solo pidiese el duplo ó quadruplo. II. Por razon de la materia ó cosa que se pide; en petitorio, en que se pide la propiedad; y posesorio en que se trata de adquirir, retener ó conservar la posesion. III. Por las personas que litigan en dobles y sencillos. Se llaman dobles aquellos en que los dos litigantes pueden ser actor y reo, como son los que tratan del estado del hombre por las acciones perjudiciales, segun hemos visto en el título antecedente *n.* 5. los de regir los lindes de los términos, y los de dividir los bienes comunes, tanto hereditarios, como no hereditarios: sencillos son todos los otros en que uno ha de ser el actor y otro el reo.

4 IV. Por razon del modo ó forma en ordinarios ó sumarios. Ordinarios son aquellos: *En que guardándose el órden y solemnidades del derecho, se conoce y pronuncia de la causa.* Extraordinarios ó sumarios aquellos: *En que el Juez conoce breve y sumariamente despreciando las largas solemnidades del derecho, y atendiendo solamente á la verdad.* V. En seculares y Eclesiásticos, esto es,

en unos en quienes conoce el Juez secular de asuntos pertenecientes á su fuero, y en otros en que conoce el Juez Eclesiástico, como á tal de negocios que pertenecen al fuero Eclesiástico. Solo de los primeros y no de estos tratamos en esta Ilustracion.

5 Vista la definicion del juicio, y sus divisiones, exâminemos lo perteneciente á las personas que son necesarias para que lo haya. Tanto en el actor como en el reo se requiere, que tengan ó sean legítima persona para presentarse en juicio, esto es, que se puedan obligar; y todos la tienen, á excepcion de aquellos que estan prohibidos, como son los furiosos, pródigos, impúberes, y menores de 25. años sin autoridad ó consentimiento de sus tutores ó curadores. La razon es clara, porque en el juicio, como que se contrae, y los litigantes se obligan recíprocamente entre sí, lo que no puede tener lugar en las personas expresadas. De los menores se exceptúan los que han obtenido vénia ó dispensa de edad (1). Los hijos de familias tienen tambien prohibicion de poder intervenir en los juicios, pero con mucha limitacion; porque pueden comparecer por lo perteneciente á su peculio castrense, ó quasi castrense si lo tuvieren, y tambien por los demas si su padre estuviese ausente, y el hijo fuere mayor de 25. años: de suerte que solo quando el padre está presente y el peculio no es castrense ni quasi castrense, estan prohibidos, *l.* 2. *tit.* 5. *P.* 3. *l.* 7. *tit.* 2. *d. P.* 3. Y exîge esta *l.* 2. que quando el asunto pertenece al padre, debe dar fiador que este dará por firme lo que el hijo hiciere. Y puede tambien el hijo estar en juicio en los casos en que puede pleytar con su padre, de que vamos á hablar.

6 Como el actor es quien pide, y el reo á quien se pide, claro está que no puede uno ser actor y reo en una misma causa. Y por quanto el derecho finge ser una misma persona el padre y el hijo que está en su poder,

(1) *L.* 10. *C. de appel.*

de ahí es, que no puede haber pleyto entre ellos; pero cesa esta prohibicion en lo perteneciente al peculio castrense ó quasi castrense del hijo, *d. l.* 2. *tit.* 2. *P.* 3. y en varios casos en que la necesidad ha precisado á despreciar dicha ficcion, quales son: I. En los juicios de linage ó última especie de las tres perjudiciales que hemos expuesto en el *tit. antecedente n.* 5. II. Si el padre negase al hijo los alimentos. III. Si el padre fuese tan bravo, que el hijo no lo pudiese sufrir, ó le aconsejase ó diese carrera para ser malo, podrá el hijo mover pleyto al padre para que le saque de su potestad (1). IV. Si el padre malgastase el peculio adventicio del hijo, podrá este si es mayor de 25. años instar pleyto contra su padre, para que se lo entregue, cómo de todos estos casos consta en *d. l.* 2. Y últimamente por la *pragmática del año* 1776. *que es la ley* 9. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* quando el hijo quiere casarse con cierta muger, y el padre le niega el consentimiento. Pero siempre que el hijo ha de pleytear contra su padre debe pedir primero la vénia, *l.* 4. *tit.* 7. *P.* 3.

7 Del actor tenemos una regla, que ninguno puede ser constreñido á serlo, *l.* 46. *tit.* 2. *P.* 3. (2); y con mucha razon, porque qualquiera puede renunciar lo que está constituido en favor suyo (3); y da ademas otra razon una ley Romana (4) de que no debe vituperar la modesta voluntad del que no quiere pleytos. Pero tenemos dos casos de excepcion de esta regla en nuestras *leyes* 46. *y* 47. *d. tit.* 2. *P.* 3. El de la 46. es el famoso llamado comunmente de *jactancia*, quando uno se va alabando y diciendo contra otro alguna cosa mala, que le hace perder el buen crédito ó fama. Entonces puede este contra quien mal se habla acudir al Juez, y pedir que precise al que va hablando, que ponga demanda en juicio, para que pruebe sus maledicencias, ó se des-

(1) *L. un. si à quis manum.* (2) *L. un. C. ut nemo invitus.*
(3) *L. pen. C. de pac.* (4) *L.* 4. §. 1. *de alien. jud. mut. caus.*

diga de ellas, ó dé otra satisfaccion competente segun el arbitrio del Juez. Y si fuere rebelde, que no quisiere hacer la demanda despues que se lo mandase el Juez, debe este dar por libre de la calumnia al otro para siempre; de manera que ni el calumniador, ni otro por él pueda hacer demanda en esta razon, ó como suele hacerse y decirse, imponerle perpetuo silencio.

8 El otro caso de *d. l.* 47. ocurre quando á los Mercaderes ú otros que han de hacer viage por mar ó tierra, algunos que lo saben les mueven, esto es, intentan mover demandas maliciosamente en sabiendo que tienen sus mercaderías ó cosas aparejadas para irse, para estorbarles que no se puedan ir de la tierra en la sazon que debian. Si esto sucede, podrá el Mercader ú otro qualquiera que se tema de esta mala obra pedir al Juez que apremie al que le está acechando, que ponga luego su demanda, y sino la pusiere, mandar el Juez, que no sea oido hasta que el demandado vuelva de su viage. Otro caso de excepcion queremos notar aqui, porque aunque no le hallamos en nuestras leyes, le tratan y admiten sus Intérpretes con relacion á una ley Romana (1), fundados en su equidad, y es: Que qualquiera que tenga alguna excepcion que dependa de accion de otro, y le conviene que desde luego se declare, puede precisar al otro á que mueva su accion, ó le abone la excepcion para quando intentare la accion, Covar. 1. *var. cap.* 18. *n.* 3. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 31. y otros. A este fin si alguno tuviese hombres especialmente ancianos, bien sabedores de algun derecho suyo que le conviniere tener bien apoyado, y que le sabian pocos, podia pedir al Juez antes de ser inquietado, que se reciban sus deposiciones, con citacion de los que teme que podrán inquietarle, y tal vez esperar á que mueran aquellos, para hacerlo.

9 Del reo nada tenemos que advertir por ahora. En quanto al Juez, la *l.* 4. *tit.* 4. *P.* 3. y la 4. *tit.* 1. *lib.* 11.

(1) *L. si contendat* 28. *de fidejussoribus.*

de la Nov. Rec., que la copia despues de poner la relacion ordinaria de los inválidos que no pueden serlo, dicen que tampoco lo pueden ser los Religiosos ni las mugeres; pero exceptuando de estas á las Reynas, Condesas, y otras que heredasen Señorío de algun Reyno ó de otra tierra, las quales lo podrán ser, pero con consejo de hombres sabios, para que no yerren. Ni tampoco puede ninguno serlo en causa propia (1), ó que le pertenezca. Ni en causa en que hubiese sido Abogado ó Consejero. *l.* 10 *tit.* 4. *P.* 3. Y por lo que toca á la edad exîgen indistintamente la *l.* 5. *tit.* 4. *d. P.* 3. y la 3. *d. tit.* 1. *de la Nov. Rec.* que la transcribe, que ha de tener la de 20. años cumplidos el Juez ordinario; y que el delegado ha de ser mayor de los 18. en cuyo caso, aunque podrá serlo, no se le podrá apremiar á que lo sea, si no fuere mayor de los 20. Y pone al fin *d. l.* 5. que el menor de 18 años, y mayor de 14. puede ser Juez delegado, si fuere puesto á voluntad de ambas partes, y con otorgamiento del Rey.

10 La *l.* 6. *d. tit.* 1. *de la Nov. Rec.* previene, que ningun Letrado pueda ser Juez que no haya la edad de 26. años por lo menos, y en su vista pretende Azev. comentándola, que despues de ella ninguno absolutamente puede ser Juez Ordinario sin ser mayor de 26. años, por ser esta ley correctoria de *d. l.* 3. Pero no nos podemos acomodar á este modo de pensar; porque si bien esta *l.* 3. es mas antigua que la 2. por haberse establecido en el año 1390. y la 6. en el de 1493. nos persuaden lo contrario las siguientes razones: I. Si *d. l.* 6. fuese correctoria de la 3. lo seria tambien de la citada 5. *tit.* 4. *P.* 3. que dice lo mismo, lo que no es de creer, no haciendo, como no hace la menor mencion de ninguna de ellas. II. Que tambien hubiese sido colocada en órden posterior á la 3. si ademas de ser mas reciente que ella, se considerara ser su correctoria. III. Que *d. l.* 9. no habla de todos los Jueces Ordinarios, sino solo de los Letrados, allí: *Ningun*

(1) *L. un. C. ne quis in sua caus.*

Letrado, y de consiguiente no debe ser correctoria de las dos citadas, sino solo declaratoría ó limitatoria, que debe tener lugar quando el Juez es Letrado. Ni debe causar mucha admiracion el que se requiera mas edad en el Juez Letrado que en el Lego, quando parece que debia ser lo contrario; porque el defecto de madurez de juicio por falta de edad, se suple en las causas graves en los Jueces Legos, por la ciencia de los Asesores de que tienen obligacien de valerse, lo que en los Letrados no tiene lugar. Manda asimismo *d. l.* 6. que la misma edad de 26. años han de tener los Letrados para ser Pesquisidor ó Relator en el Consejo, ó las Audiencias ó Chancillerías. Y que además ninguno pueda tener dichos oficios sin hacer constar haber estudiado en qualquiera Universidad de estos Reynos, y residido en ellos estudiando derechos Civil ó Canónico por espacio de 10. años, so pena, que los que aceptaren dichos oficios sin los requisitos expresados, sean de alli adelante inhábiles para dichos oficios y otros.

11 Asesores son: *Letrados que asisten á los Jueces Legos para darles consejo en lo perteneciente á la administracion de justicia.* De donde se ve, que ellos por sí no son Jueces, ni pueden por sí administrar justicia (1), sino solo asistir á los que la administran, supliendo su impericia, ó integrando su persona. La *l.* 2. *tit.* 21. *P.* 3. estableció, que el Juez habia de seguir el consejo del Asesor, si le pareciese bueno, allí: *Si entendieren que es bueno*; y de ahí dimanaba la costumbre de los Tribunales superiores, de condenar juntamente con el Asesor al Juez lego, quando encontraban causa que mereciese castigo. Pero despues para evitar las dudas que con este motivo se ofrecian, se expidió en el año 1793. una *cédula*, *que es la ley* 9. *tit.* 16. *lib.* 11. *Nov. Rec.* que distinguiendo entre Jueces á quienes el Rey señala Asesor, y aquellos que se los nombran por su voluntad, manda, que los del primer género no sean responsables á las resultas de las providencias y sen-

(1) *L. pen. C. de Adsesor.*

tencias que dieren con acuerdo y parecer del mismo Asesor, el qual únicamente lo deberá ser: y que no les sea permitido nombrar ni valerse de Asesor distinto del que les haya nombrado el Rey; pero que si en algun caso creyeren tener razones para no conformarse con su dictámen, pueden suspender el acuerdo ó sentencia, y consultar á la superioridad con expresion de los fundamentos y remision del expediente: Y finalmente, que los Alcaldes y Jueces Ordinarios que determinan asuntos con acuerdo de Asesor, que ellos mismos nombran, tampoco sean responsables, sí solo el Asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colusion ó fraude. Y por otra *cédula* del año 1766. *que es la ley* 27. *tit.* 2. *lib.* 11. *Nov. Rec.* se prohibieron las recusaciones vagas de Asesores, aunque sean con el pretexto de consentir en el que nombrase el Señor Presidente del Consejo, Presidentes, Regentes de la Chancillería y Audiencia; y solo se le permite á cada parte la recusacion de tres Abogados Asesores para la determinacion ó artículos de cada causa. La recusacion del Asesor produce que no tenga entrada en la causa, á diferencia de la del Juez inferior, como vamos á ver.

12 En quanto á la recusacion de los Jueces, previene la *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que quien quiera recusar al Presidente ó alguno de los Oidores, lo haga alegando justa causa y jurándola; y que si no la probare, pague el diezmo de lo que montare el pleyto en que tal recusacion fuere puesta hasta en quantía de trescientos mil maravedís; de manera, que la pena pueda ser de trescientos mil maravedís y no mas. Si el que recusa es pobre, cumplirá con obligarse á pagar, si incurriere en ella, quando tuviere bienes, *l.* 8. *d. tit.* 2. Y antes deberá exâminarse, si las causas son justas y probables, ó tales, que probadas quedaria justa la recusacion; y si tales no fueren, no debe admitirse la recusacion, ni ponerse el escrito en el proceso condenando á la parte en tres mil maravedís, *l.* 3. *d. tit.* 2. Los efectos y resultas

de estas recusaciones se expresan en las muchas leyes de *d. tit.* 2. en que se trata ex profeso de este asunto, en donde se podrán ver. No los ponemos porque seria extenderse sobrado para un Institutista, y por ser su uso rarísimo.

13 Vamos ahora á poner los de la recusacion del Juez inferior, por las razones contrarias de ser freqüentísimo su uso, y menos sus circunstancias y efectos, que nos expresan las dos leyes del *tit.* 2. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que hablan de estas recusaciones. La *l.* 1. *d. tit.* hablando con separacion de causas civiles y criminales, manda, que si alguna de las partes alegare, que ha por sospechoso al Alcalde, y lo jurare, tome en las causas civiles al Juez consigo por compañero á un hombre bueno, para que libren el pleyto ambos á dos de comun: y Juez y hombre bueno, que asi fuere tomado juren sobre los Santos Evangelios, que bien y derechamente librarán el pleyto, y guardarán el derecho á ambas partes. Esta es la sentencia de *d. ley*, sobre la qual queremos notar aqui varias advertencias oportunas y bien fundadas que trae Azev. en su comentario, y son: Que este adjunto ó compañero que tomó el Juez, se hace tambien Juez Ordinario en aquella causa, y que si fuere tambien recusado despues, debe juntamente con el Juez primitivo nombrar á un tercero, y proceder los tres á la determinacion de la causa: y añade al *n.* 31. que asi lo veia cada dia en la práctica; y que por ello no habia necesidad de probarlo ó ilustrarlo mas: Que hay quien es de parecer, que el Juez primitivo recusado debe seguir el dictámen del asociado; pero que el mismo Azevedo solo juzga deber esto ser quando viere ser conforme á derecho el dictámen de su compañero; porque de otra suerte debe discordar, y en discordia nombrar los dos otro tercero, y entonces prevalecer la sentencia de los que concordaren, á la del tercero que discordó, y que asi lo ha visto en causas semejantes en la Ciudad de Plasencia, y ha hecho muchas veces que se practicara.

14 Quando la causa es criminal, se observan en la recusacion algunas diferencias de lo que hemos dicho en la civil. Manda la segunda parte de la misma *l.* 1. que si en aquel Lugar hubiere otro Alcalde ó Alcaldes, oigan y libren todos de comun el pleyto principal; y si no hubiere otro Alcalde, los Regidores nombren entre sí dos sin sospecha que esten con el Alcalde á oir y librar el pleyto, y que hagan de juramento, y si no se avinieren en nombrar, echen suertes quáles dos deben estar con el Alcalde; y que si en el Lugar no hubiere tales Regidores, tome el Alcalde quatro hombres buenos de los mas ricos del Lugar, y estos echen entre sí suertes quáles dos de ellos han de estar con el Alcalde, los quales deberán tambien jurar y juntarse con el Alcalde para oir y librar el pleyto; y que lo dispuesto tenga lugar en los Jueces Ordinarios, y en los Delegados. La *l.* 2. *d. tit.* 2. solo previene, que el acompañado debe ir á las Audiencias que se hicieren sobre el pleyto, si no tuviere impedimento legítimo; y acuerda la obligacion que tiene de jurar y prometer que hará quanto pueda para que el pleyto se termine presto. Y para el caso en que hubiere discordia en las causas criminales. juzga tambien Azeved. en *d. l.* 1. que debe prevalecer la mayoría de votos, y si fueren iguales la sentencia mas benigna; y esto es conforme á la *l.* 18. *tit.* 22. *P.* 3. que establece esta regla. De las doctrinas de estas dos *leyes d.* 2. *tit.* 2. notadas aqui con exâctitud, se ve no ser necesario en las recusaciones de los Jueces inferiores expresion de causa, sí solo el juramento de calumnia. En los juicios Eclesiásticos es necesaria la expresion de causa segun el *cap.* 41. §. 1. *de appellat. de las Decretales de Gregor. IX.*

15 Como el Juez hace el principal papel en los juicios, y la jurisdiccion le constituye y arma, nos parece conforme tratar de ella aqui, antes de hablar de las partes de que consta el juicio. Jurisdiccion es: *Potestad de conocer y sentenciar en los pleytos civiles y criminales, que compete por pública autoridad.* El Rey funda su

intencion de derecho acerca de ella en todas las Ciudades, Villas y Lugares de estos Reynos, siendo la fuente y orígen de ella; y en su conseqüencia qualquiera que tenga entrada y ocupada la jurisdiccion, es tenido de mostrar título ó privelegio por donde le pertenezca, *l.* 1. *y* 2. *tit.* 1. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* En este Reyno de Valencia la han concedido á tantos Señores de Lugares, que los Lugares de Señorío en que estos la tienen, son diez veces mas que los de Realengo, en que conserva el Rey esta preciosa alhaja. Y tambien conserva en todos los Pueblos de su Reyno la suprema civil y criminal, como inseparable de la Monarquía, mandando que ninguno sea osado de estorbarla ni impedirla en los Lugares de Señorío, ofreciendo tomar baxo su seguro y amparo los que fueren maltratados en su razon. Oxalá perteneciese tambien al Rey la inferior en todos los Lugares, como perteneció en sus principios por su primitiva naturaleza.

16 Lo mucho que lo desean los Pueblos, lo manifiestan los continuos recursos con que los Lugares de Señorío solicitan el tanteo ó incorporacion de ellos á la Corona. Y no es de extrañar, si se atienden las grandes ventajas que llevan en este particular los vasallos de los Lugares de Realengo, cuya jurisdiccion es del Rey, á los de Señorío, en que es de los Señores. Causa lástima el leerlo en el célebre Bobadilla en el *lib.* 2. *cap.* 16. *de su Política n.* 12. *y siguientes*, y en otros Autores. Si los dependientes de los Señores que suelen gobernar estos asuntos, ayadaran á persuadir á sus amos, que les seria conveniente ceder la jurisdiccion al Rey, les harian un grande y muy útil servicio; porque ademas de ahorrarles los salarios que dan á los Alcaldes Mayores y á otros, que exceden á los provechos que sacan de tenerles, tendrian el afecto de los Pueblos, y se excusarian innumerables recursos y pleytos, á que dan motivo los dichos, como cada dia acredita la experiencia. Lo malo es, que sus dependientes no consideran ser esto útil

á ellos mismos, deseosos de que se les obsequie. Toda jurisdiccion compete por pública autoridad, como manifiesta la definicion que de ella hemos dado, porque ó es, ó dimana del Rey por título legítimo, sin que pueda tener orígen de particulares, *d. l.* 2. *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*

17 A toda jurisdiccion va anexâ ó coherente la potestad de hacer cumplir las sentencias, la que se llama imperio, que no es otra cosa que *Potestad armada.* La razon de esto es bien clara, porque de otra suerte la jurisdiccion seria ilusoria, sin fuerza para dar escarmiento al condenado, ni resarcimiento al que recibió el daño, *l.* 15. *tit.* 4. *P.* 3. Este imperio se divide en mero y mixto. Imperio mero al que nuestra ley que vamos á citar llama *puro, y esmerado* es: *Poderío de administrar justicia en los pleytos en que puede imponerse pena de muerte, perdimiento de miembro, echamiento de la tierra (esto es, destierro perpetuo), tornamiento de hombre en servidumbre, ó darle por libre, l.* 18. *d. tit.* 4. (1). Si se puede delegar, y quándo, lo veremos al tratar de la jurisdiccion delegada. Mixto es: *Potestad de conocer y terminar los pleytos con la execucion de la sentencia, quando esta fuese mas leve que las referidas.* En las concesiones de la jurisdiccion que otorga el Rey á los Señores territoriales, suele ponerse tambien la expresion de que se les concede el mero y mixto imperio: pero el uso del mero siempre lo hemos visto reservado á los Tribunales superiores del Rey, que exercen la jurisdiccion Real.

18 Se divide la jurisdiccion en ordinaria, delegada y prorogada; pero por ser muy rara esta última especie, se suelen dividir los Jueces en Ordinarios y Delegados, *lib.* 11. *de la Nov. Rec. l.* 1. *con otras muchas, d. tit.* 4. *P.* 3. Ordinarios son: *Los que son puestos ordinariamente para hacer sus oficios sobre aquellos que han de juz-*

(1) *L.* 3. *de jurisd. l.* 70. *de div. reg. jur. l.* 6. *de offic. Procons.*

gar cada uno en los Lugares que tiene, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 3. esto es, con mas brevedad: *Los que juzgan en su nombre por derecho propio de su oficio.* Al contrario son Delegados: *Los que tienen poder de juzgar, segun manda el Rey, ó los Jueces Ordinarios que los delegan*, *d. l.* 1. De consiguiente administran la justicia, por mandamiento, y á nombre de otro, y no por razon de su oficio, pues no le tienen. Los Jueces Ordinarios solo pueden ser nombrados por el Rey, ó por otros á quienes haya concedido privilegio para nombrarlos, pero los Delegados les puede nombrar qualquier Juez Ordinario *l.* 2. *l.* 19. *d. tit.* 4. *P.* 3. (1). Es axioma, que el Delegado no pueda subdelegar, sino es que sea Delegado por el Rey, cuya escepcion, si bien se considera, mas es ampliacion ó explicacion de la jurisdiccion ordinaria, que excepcion; porque siendo jurisdiccion ordinaria la que da la ley, y la voluntad del Monarca ley, es visto que todos los Jueces nombrados por el Rey, con inclusion de los que parecen delegados, son propia y verdaderamente ordinarios, con las limitaciones que les quiera poner en sus nombramientos. Sin embargo de esta regla general, concede la *d. l.* 19. algun poco de facultad de subdelegar á los Delegados que nombran los Ordinarios, esto es, que puedan subdelegar las causas, con tal que hayan sido contestadas ante los mismos Delegados, cuya limitacion no tiene lugar en los Delegados por el Rey.

19 Como el Juez delegado no tiene su jurisdiccion por concesion inmediata de la ley, sino mediata solamente, en quanto permite las delegaciones, naciendo como de causa próxima de la voluntad del delegante; de ahi es, que no puede extenderse á mas de lo que se expresa en la concesion, ó depende de ello *d. l.* 19. Esta jurisdiccion que tambien se llama mandada, se acaba casi de los mismos modos que el mandato de los demas asuntos. Por parte del delegante ó mandante por la revoca-

(1) *L.* 5. *de jurisd.*

cion, ó porque quiere oir por sí mismo la causa ó encomendarla á otro, *l.* 21. *d. tit.* 4. Y en el caso que el mandante muriese, ó perdiese el oficio antes de estar comenzado el pleyto ante el delegado, tenemos dos leyes, de las quales la una que es *d. l.* 21. establece, que debe cesar la delegacion, quando sucediere esta novedad antes de haber empezado el Delegado á oir el pleyto por pregunta y por respuesta, que es decir, antes de la contestacion del pleyto; cesará pues segun esta ley, si muriere el delegante en el tiempo medio entre la citacion hecha por el Delegado y la contestacion: y la otra que es la 35. *tit.* 18. *P.* 3. quiere, que baste para conservar la jurisdiccion el emplazamiento ó citacion; de modo que segun esta *ley*, puede el Delegado continuar en la causa, si la muerte ó pérdida del oficio sucedió despues de la citacion, aunque fuese antes de la contestacion, y segun la *d. l.* 21. no continuará sino siendo despues de la contestacion, cuya diferencia creemos debió tomarse de los Capítulos *relatum* 19. *y gratum* 20. *de offic. et potest. Jud. deleg. de las Decretales de Greg. IX.* que tambien lo establecieron con esta variedad.

20 Como nuestras dos citadas leyes, ademas de estar en un mismo cuerpo del derecho, como tambien lo estan los referidos capítulos de las Decretales, son de un mismo Autor y no de distintos, como los expresados capítulos, no nos queda el arbitrio de poder decir que la una es correctoria de la otra. Decimos pues con Greg. Lod. en la *glos.* 5. *de d. l.* 21. que esta se debe exponer por la 35. como que dixo menos de lo que quiso, es decir, que tambien se satisfizo de que hubiese sucedido la sola citacion antes de la muerte del delegante, para poder continuar la causa el delegado.

21 De parte del delegado fenece la delegacion si mejorase él su estado, igualando en el oficio á aquel que le delegó, ó mejorándose sobre él, *d. l.* 21. (1). Y tambien

(1) *L.* 58. *de judic.*

por muerte del delegado, ó haber pasado un año sin hacer uso de ella, *d. l.* 35. porque se entiende elegida la industria de la persona: y de ahí es, que si la delegacion fue concedida á alguno, no como á tal persona, sino como á constituido en alguna dignidad ú oficio, no se acaba por la muerte del tal sugeto: lo uno, porque en este caso no se entiende elegida la industria de la persona; y lo otro, porque no se considera muerte, por quanto el oficio á quien se entiende cometida la delegacion, jamas muere: continuará pues en ella el sucesor en el oficio. Si se concedió para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado el tiempo, como tambien concluido el negocio, si para él solo se concedió.

22 Hay algunas cosas que no se pueden delegar, ó si se pueden es baxo ciertas limitaciones. En primer lugar no se puede delegar el mero imperio, sino es en el caso de una justa y necesaria causa de ausencia del delegante, que entonces podrá conceder á otro la potestad de conocer de la causa que le delegare, solo hasta la sentencia que deberá dar el mismo delegante, segun entendiere proceder en derecho, despues de haber vuelto, atendidas las diligencias que se hubiesen acreditado ante el delegado, *l.* 18. *d. tit.* 4. *P.* 3. que prohibe ademas delegar el dar tutores ó curadores, y las causas en que se trata de cosa que vale mas de trescientos maravedís de oro, y en seguida pone dos excepciones: I. Quando el Juez Ordinario estuviese tan implicado ó cargado de negocios, que no pudiere atender á todos. II. Quando el Rey le mandase hacer alguna cosa que fuese en su servicio ó en *pro* de la tierra, y fuese tan embargado en razon de ella, que no pudiese oir los pleytos: á las que añade Greg. Lop. en la *glos.* 7. *de la misma ley*, la referida justa causa de ausencia que basta para delegar el mero imperio. La *l.* 6. *tit.* 10. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* permite á los Jueces Ordinarios que puedan poner substitutos en su lugar, si estuvieren dolientes ó flacos de manera que no puedan juzgar, ó ausentes por alguna causa

de derecho. Si en el Pueblo hay Regidores, vemos generalmente observado, que en este caso ocupan el lugar del Juez, y exercen la jurisdiccion, por su turno de 1. 2. ó 3.

23 La jurisdiccion prorogada es de menos uso, pero no dexa de tener que examinar. Es propiamente jurisdiccion, porque aunque no nace inmediatamente del Rey, y ni aun de los Jueces, sino de personas particulares ó privadas; pero con todo la aprueba el Rey en sus leyes, lo que es suficiente para que se llame jurisdiccion con toda propiedad. Al prorogar la jurisdiccion, llaman nuestras leyes someterse á jurisdiccion incompetente, *l.* 7. *tit.* 29. *lib.* 11. *Nov. Rec.* En cuyo caso se hace competente para los que se sometieron. Y de ahí es, que aquel á cuyo favor se hace la prorogacion debe tener su jurisdiccion, porque lo que todavía no exîste, no puede prorogarse ó extenderse (1). Puede ser la prorogacion expresa ó tacita. Expresa es, quando las partes se convienen expresamente, que un Juez que para las dos ó para alguna de ellas no era competente, como si dos vecinos de Guadalaxara se convinieren en que el Alcalde de Alcalá conociese de su pleyto y le decidiese, como fuese causa que pudiese actuarse en Alcalá; porque no siendo Juez fuera de allí, no le cabe la prorogacion como luego veremos. El derecho Romano quiso que los prorogantes pudiesen arrepentirse antes de acudir al Juez (2).

24 La prorogacion tácita es la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar, como si el reo contestare el pleyto ante un Juez incompetente, sin objetar la incompetencia, *l.* 32. *tit.* 2. *P.* 3. *vers. La novena* (3); ó acudiese el actor á un Juez incompetente para sí, y ante él fuese reconvenido por el reo á cuya reconvencion ó mutua peticion estaria obligado

(1) *L. de jud. l.* 5. *de præcar.* (2) *L. Si convenerit.* 18. *de jurisdic.* (3) *L.* 15. *eod.*

á responder, *d. l.* 32. *vers. La trecena*, *l.* 20. *tit.* 4. *P.* 3. (1); en cuyas leyes consta tambien, que la jurisdiccion puede prorogarse de persona á persona, ó de causa á causa. Si puede tener lugar la prorogacion de lugar á lugar, ó de tiempo á tiempo, es qüestion en la que siempre nos ha parecido mejor la opinion que lo niega; porque el Juez fuera de su lugar ó tiempo no lo es, sino un particular sin jurisdiccion alguna, y por lo mismo no se le podrá prorogar la jurisdiccion quando ya no la tiene. La prorogada sigue las mismas reglas que la otra. Otra division se suele hacer de la jurisdiccion en contenciosa y voluntaria. La primera es la propiamente tal, de que hemos hablado hasta ahora. Voluntaria que no lo es con propiedad, llámase aquella de que usan los Jueces; pero sin administrar formalmente justicia; como quando se hace ante ellos alguna adopcion, manumision ú otros actos semejantes, que solo se hacen entre los que los quieren y se llaman de jurisdiccion voluntaria.

25 Veamos ahora la doctrina de varias leyes que se han establecido para hacer respetar la jurisdiccion Real de que se la ataque indebidamente. La *ley* 7. *tit.* 1. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* prohibe, que ningun lego pueda mandar, citar ni emplazar á otro lego delante del Juez Eclesiástico, ni hacer ni otorgar obligacion sobre sí en que se someta á la jurisdiccion Eclesiástica, sobre deudas ó cosas profanas y no pertenecientes á la Iglesia; y si lo hiciere, manda, que por el mismo hecho pierda la accion, la qual cederá en favor del reo: y que si tuviere oficio en alguna Ciudad ú otro lugar de estos Reynos, le pierda; y sino lo tuviere, que de allí adelante no pueda obtener otro alguno; y á mas de esto, que incurra en la pena de diez mil maravedís, de los quales la mitad serán para el acusador; y la otra mitad para reparo de los muros del Lugar dondo acaeciere. Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 9. se esfuerza en probar, que para

(1) *L.* 14. *C. de sent. et interl.*

incurrir en estas penas no basta la citacion, sino que es precisa la contestacion, y de consiguiente, que la evita el actor que antes de la contestacion se arrepiente. La *l.* 6. *tit.* 1. *lib.* 10., quiere se cumplan las penas referidas, y manda ademas, que el Escribano que signare escritura de obligacion ó juramento en los términos prohibidos en la *ley antecedente*, pierda el oficio, y la escritura no haga fe ni prueba, y á mas de esto pierda la mitad de sus bienes, siendo la tercera parte para el acusador, y las otras dos para la Cámara del Rey. La *l.* 7. permite, que los Escribanos sin embargo de lo prevenido en la 11. puedan autorizar escrituras en que intervenga juramento en los compromisos y contratos de dotes, arras, ventas, enagenaciones ó donaciones perpetuas, y tambien lo permite la misma *l.* 6. en los arrendamientos de rentas de Iglesias y Monasterios, Prelados y Clérigos de ellas.

26 La *l.* 8. *tit.* 1. *l.* 4. manda, que el lego que maliciosamente por vexar á su contrario con quien litiga, pusiere excepciones ante el Juez seglar, diciendo que no puede conocer de la causa que ante él pende, y que pertenece á la jurisdiccion Eclesiástica, y pide que dexe el conocimiento de ella, y la remita á los Jueces Eclesiásticos, por el mismo hecho haya perdido y pierda los oficios, raciones, mercedes y quitaciones ó exenciones que hubiere recibido del Rey; y todos sus bienes para la Cámara Real.

27 Los Jueces Eclesiásticos no pueden entremeterse en perturbar la jurisdiccion Real, haciendo execucion en los bienes de los legos, ó prender ó encarcelar sus personas; pues quando fueren rebeldes en no cumplir lo que por la Iglesia justamente se les mandare, deberá la Iglesia implorar la ayuda del brazo seglar *l.* 4. *d. tit.* 1. Y los Jueces Eclesiásticos que no cumplieren lo que va dicho, incurren en la pena de perder la naturaleza y temporalidades que tengan en estos Reynos, y ser habidos por agenos y extraños de ellos; y los Escribanos que firmaren mandamiento ó testimonio contra los dichos, juntamente

con los Fiscales, Alguaciles ú otros Executores que concurrieren á la execucion de bienes, ó á la aprehension de los legos, caen por el mismo caso en la pena de confiscacion de todos sus bienes, y destierro perpetuo de estos Reynos, *l.* 12. *d. tit.* 1. la qual manda igualmente á las Justicias y á qualquier otro, que no consientan la contravencion, antes si fuese menester que la resistan, no embargante qualquiera costumbre que haya habido en contrario. Queremos advertir igualmente, que la jurisdiccion ordinaria generalmente tomada, se contrapone á otras muchas que en comparacion suya se suelen llamar *privativas*, y solo tienen extension á ciertas especies de causas y personas en que no puede meterse la ordinaria ó comun, como la Eclesiástica, Militar, de la Real Hacienda, de la Inquisicion y otras varias, de lo que se originan innumerables competencias, que impiden y perturban la quietud y tranquilidad del estado.

28 Explicada la jurisdiccion de los Jueces Ordinarios, Delegados, y la prorogada que es propia y rigurosamente tal, pasamos á la de los Arbitros, que no lo es con rigor; porque proviene toda del arbitrio y voluntad de los particulares, que la dan á quien les parece, si bien las leyes la toleran y establecen algunas cosas sobre ella, por considerarla útil para que se eviten ó cesen los pleytos, en que tanto interesa la pública felicidad. Los que la exercen se llaman *Arbitros* ó *Compromisarios*, y nuestras leyes les llaman *Avenidores* ó *Jueces de avenencia*. Se llaman *Arbitros*, porque su nombramiento depende del arbitrio de las partes: *Compromisarios*, porque se nombran por compromiso ó convencion: *Jueces de avenencia* ó *avenidores*, porque las partes se avienen en que lo sean. Arbitros en latin dice la *l.* 23. *tit.* 4. *P.* 3. tanto quiere decir en romance, como: *Jueces avenidores que son escogidos e puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos.* Y añade ser dos sus especies. La una de aquellos que deben oir y sentenciar el pleyto, segun derecho, y suelen llamarse *Arbitros de derecho* ó *Arbitros* solamente, á di-

ferencia de los de la otra que es de los que se llaman *Arbitros de hecho*, ó *Arbitradores* ó *amigables componedores*; porque pueden decidir la causa amistosamente y de buena fe, segun les pareciese justo, sin atenderse á las formalidades, ni rigores del derecho. Hablaremos con separacion de las dos especies, empezando por la de los Arbitros, que asi les llamaremos sin adicion alguna para la mayor expedicion.

29 A qualquiera que sea nombrado Arbitro, le es permitido admitir ó no el encargo; pero toda vez que lo haya recibido lo debe llevar hasta su fin, *l.* 29. *d. tit.* 4. (1). Deben caminar en los pleytos de la misma manera que los Jueces Ordinarios, haciéndolos comenzar por demanda y por respuesta, oyendo y recibiendo las pruebas, razones y defensas que pone cada una de las partes; y sobre todo, dar su juicio afinado, segun entendieren que lo deben hacer en derecho. Pero hay casos en que pueden los Arbitros dexar el encargo despues de haberlo admitido, y son: I. Si los litigantes despues que le pusieron en manos de los Arbitros, comenzasen el mismo pleyto por pregunta y respuesta ante el Juez Ordinario; pues si quisiesen entonces volver á los Arbitros, no estarian estos obligados á continuar en el encargo. II. Lo mismo seria si despues de haber puesto el pleyto en manos de unos Arbitros, lo entregasen en manos de otro. Y si una sola de las partes, que dexáron la causa en manos de los Arbitros, moviese el mismo pleyto en juicio delante el Juez Ordinario contra la voluntad de la otra, caeria en la pena puesta en el compromiso, de que luego hablaremos, y tampoco pueden ser los Arbitros apremiados á librarlos.

30 III. Si los contendedores ó alguno de ellos denostase ó maltraxese á los Arbitrios, aunque despues se arrepintiese, ó quisiere dar satisfaccion. IV. Quando alguno de los Arbitros hubiese de ir en romería ó mandadería del Rey ó de su Consejo, ó hubiese de ver alguna cosa

(1) *L.* 3. §. 1. *de accep. arbit.*

de su hacienda que fuese indispensable, ó le acaeciere alguna enfermedad ú otro gran embargo que le impidiese entender en aquel pleyto. En todos estos casos no deben ser apremiados los Arbitros á continuar en su encargo contra su voluntad, *l.* 30. *d. tit.* 4. (1). Qualquiera de las partes tiene derecho de acusar y recusar por sospechoso á alguno de los Arbitros, á título de que despues de haberse puesto el pleyto de sus manos, se descubriese ser su enemigo, ó por precio ó remuneracion que dixere le habia dado ó prometido la otra parte: y averiguado esto por el Juez Ordinario debe prohibir al tal arbitro, que de allí adelante se entremeta en el pleyto.

31 Siguiendo los arbitros en el órden de derecho segun llevamos dicho, deben dar á su tiempo la sentencia. Y para que esta sea legítima debe ser conforme al compromiso en que fueron nombrados, sin que puedan extenderse á mas; porque de él recibieron el poder conocer y juzgar de la causa, *l.* 26. *d. tit.* 4. *P.* 3. (2). Si en el compromiso se hubiese señalado dia en que los Arbitros debian dar la sentencia, lo podrán hacer hasta aquel dia, y si este pasare, ya no pueden juzgar; salvo si les hubiesen otorgado poder de que si no pudieren dar la sentencia el dia señalado, por acaecerles algun impedimiento, pudieren alargar el tiempo, en cuyo caso lo podrán hacer si ambas partes lo consintieren, mas no si lo contradixeren, *l.* 27. *d. tit.* 4. en cuya vista dice Greg. Lop. en el *principio de su glos.* que puedan las partes revocar la facultad de prorogar que concedieron. Y si por ventura la una parte tan solamente contradixere á los Arbitros que no alargasen el tiempo, y la otra no, aquella que lo contradice cae en la pena que fue puesta en el compromiso, y se acaba el poder juzgar los Arbitros. Igualmente se acabaria si queriendo las dos partes que se alargase el tiempo, no quisiesen los Arbitros consentir, *d. l.* 27. Si no se hubiese señalado plazo ó dia cierto deberán los Arbitros

(1) *L.* 15. *de recep. arbit.* (2) *L.* 32. §. 15. *eod.*

librar el pleyto, lo mas pronto que pudiesen, de manera que no se alargue mas de tres años, pues si pasaren estos, se acabó su oficio Si se ha señalado lugar, en él se ha de librar el pleyto, y si no lo hay señalado, se librará en el que han sido nombrados. Para darse la sentencia deben ser emplazadas las partes, si no es que se hubiese dado facultad á los Arbitros para que la pudieren dar sin este emplazamiento, *d. l.* 27. Si alguna de las partes se quejase ante el Juez Ordinario, que los Arbitros alargan el pleyto, y no lo libran, pudiéndolo hacer, debe el Juez señalarles plazo en que lo hagan, y si fueren tan porfiados que no lo quisieren llevar á efecto, los debe apremiar, teniéndolos encerrados en una casa hasta que lo hagan, *l.* 29. *d. tit.* 4.

32 Como la sentencia de los Arbitros no lo es con propiedad, por no estar autorizada por pública potestad, no contiene en sí bastante fuerza, para que se precise á su obediencia; y por ello en el compromiso deben los compromitentes prometer guardar y obedecer el mandamiento y sentencias que dieren los Arbitros, so cierta pena que deberá pagar el que no quiere obedecer al que obedece: y si la pena no fuese puesta, no estarian las partes obligadas á obedecer, si no es que callasen, y no contradixesen la sentencia desde el dia en que fuese dada, hasta diez dias, de lo qual hablaremos despues, *l.* 23. *l. últ. d. tit.* 4. *P.* 3. Si una de las partes se obligare á la pena, y la otra pusiere una cosa señalada en poder de los Arbitros, con el pacto de que si no obedecia la sentencia perdiese la cosa, seria válido, y debia guardarse este pacto, y qualquier otro de igual naturaleza. Pero queremos advertir aqui, que despues de la famosa *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos acordado, hablando de las obligaciones, deberán los compromitentes cumplir quanto prometieron en el compromiso, aunque no se hubiese puesto pena, de manera que el añadir los compromitentes, que la prestarán, es por demas para dar fuerza á la obligacion. Y tambien impone esta obligacion

la *l.* 4. *tit.* 17. *lib.* 11. *Nov. Rec.* como manifestamos abaxo *nn.* 36 *y* 37.

33 Pueden nombrar Arbitros para que decidan sus pleytos todos los que tengan legítima persona para comparecer en juicio, *l.* 25. *d. tit.* 4. Elegidos arbitros podrán ser todos los que no estan prohibidos. Lo está el Juez Ordinario, que lo fuese de aquella causa, *l.* 24. *d. tit.* 4. *l.* 5. *y* 17. *tit.* 10. *y* 11. *lib.* 5. *Nov. Rec. l.* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *eod.* y todos los que estan imposibilitados de poder atender al manejo de sus cosas (1). Pueden ser nombrados uno ó muchos, y si fueren muchos es mejor que sean en numero desigual para evitar la indecision por la igualdad. Si desacordasen entre sí, debe valer lo que acordasen los mas. Y si el desacuerdo fuese por razon de la quantía, de manera que en igualdad de votos los unos condenasen al demandado en mas, y los otros en menos, ha de valer la condenacion en menor quantía, lo uno porque en ella todos convienen, y lo otro, porque los Jueces deben ser siempre piadosos, y deben procurar mas aliviar al demandado que agravarle, *l.* 17. *tit.* 22. *d. P.* 3. (2). En el caso que los Arbitros estuvieren en igual número discordes en todo, de modo que la mitad absolviese al demandado, y la otra le condenase, dice la *l.* 29. *d. tit.* 4. que el Juez debe apremiar tambien á las partes como á los Arbitros, que tomen por tercero á un hombre bueno. Pero con mas claridad y extension habla la *l.* 26. *d. tit.* 4. *P.* 3. diciendo, que si las partes se acordaren en señalarle, este debia ser; y en su defecto lo han de nombrar los mismos Arbitros; y si no lo hicieren, podrá apremiarlos el Juez Ordinario á que lo hagan, si las dos partes, ó alguna de ellas lo pidieren.

34 Todos los nombrados deben estar presentes al tiempo de darse la sentencia, de suerte que faltando uno solo no valdria (3), aunque este tal hubiese manifestado por

(1) *L.* 9. §. 3. *eod.* (2) *L.* 47. *de obl. et act.* (3) *L.* 17. §. 7 *de recep. arb.*

escrito que venia á bien que los demas dieren la sentencia sin él, *d. l.* 17. que da la razon; á saber, porque si el tal ausente hubiese asistido al tiempo en que se procedió á la pronunciacion de la sentencia, hubiera tal vez alegado tales razones que moviesen á los demas á pronunciar otra sentencia. Pero añade, que si los Compromitentes hubiesen dado el poder de que faltando unos dieren la sentencia los demas, valdria lo que estos hicieren (1). De la misma manera se finalizaria el oficio de los Arbitros por la muerte de alguno de ellos, é igualmente por la de alguna de las partes, sino es que en el compromiso se hubiese expresado, que aun en el caso de faltar una de ellas se debia continuar, en cuyo caso duraria, y se deberia citar á los herederos bel difunto, *l.* 28. *d. tit.* 4. *P.* 3. Tambien se acabaria si alguno de los Arbitros entrase en Religion, se hiciese esclavo, ó fuese desterrado perpetuamente; y si la cosa en disputa se perdiese ó muriese, ó la parte demandante la cediese á la otra, *d. l.* 28.

35 Se pueden poner en manos de los Arbitros ó una sola causa, ó muchas, ó todas las que tuvieren los compromitentes; y de la forma que ellos quisieren, expresándolo en la escritura del compromiso, á cuyo tenor deben atemperarse en un todo los Jueces, *l.* 23 *d. tit.* 4. Pero hay varias causas que no se permite comprometerse, y son: I. Aquellas en que pudiese caer sentencia de muerte, perdimiento de miembro, echamiento de la tierra, ó que fuese en razon de servidumbre ó libertad. II. La de casamiento. III. Las pertenecientes á la utilidad comun de alguna Ciudad ó Reyno: las quales aunque qualquiera las pueda demandar ó amparar para su uso, ninguno las puede poner en manos de Arbitro. Pero si todos, ó la mayor parte del Pueblo hiciesen un Personero para ello, bien podria este poner la causa en poder de los Arbitros, *l.* 24. *d. tit.* 4. en cuya *glos.* 5. exâmina con extension Greg.

(1) L. 32. §. 13. *eod.*

Lop. la qüestion de si en este caso seria necesaria la licencia del Rey, y dice lo seria si el Rey tuviere en ello algun interes, mas no si no la tenia. Pero atendida la *l.* 2. *tit.* 21 *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* que es mas reciente, y prohibe la venta y enagenacion de estas cosas, deberá decirse, que está absolutamente prohibido el compromiso de estas cosas de qualquiera manera que se intente. Y en la *glos.* 1. de *d. l.* 54. dice tambien Greg. Lop. que tampoco puede haber compromisos, sobre otros delitos en que la pena no sea tan grave como en los de excepcion: 1. en quanto á pena que haya de imponerse á favor del fisco, sino solo en las que es para el interes particular; y en quanto á este de todas se puede comprometer; y del mismo dictámen es Parlador, y otros.

36 Lo que diximos en el *n.* 32. que la sentencia de los Arbitros debe ser obedecida, si pasaren diez dias, sin haberla contradicho ninguna de las partes, necesita de mayor explicacion, la qual vamos á dar, como tambien de la fuerza de la misma sentencia luego que se da. No habrá pues lugar á la apelacion de la sentencia de los Arbitros, si las partes la consintieren, ó firmándola, ó tácitamente por el silencio de diez dias, en cuyo caso se dice sentencia *omologada*, esta es, consentida; y tambien suelen los Intérpretes llamar, tanto á las sentencias de los Arbitros como á las de los Arbitradores, asi consentidas tácitamente, *laudo omologado*; bien que Azevedo solo aplica el nombre de *laudo* á la sentencia del Arbitrador en la *l.* 4. *tit.* 17. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Antes de estar omologada la sentencia de los Arbitros, establece *d. l.* 4. que traiga ya aparejada execucion luego que se presente el compromiso, y sentencia signada de Escribano público, y pareciere estar dada dentro del termino, y con arreglo al compromiso, satisfaciéndose desde luego á la parte de aquello que fue sentenciado á su favor; dando fianzas llanas y abonadas ante el Juez ante quien si pidiere ó hubiere de executar la sentencia, de tornar ó restituir lo que huviere recibido por virtud de la tal sentencia, con los

frutos y rentas, si la sentencia fuere revocada á reclamacion de la otra parte.

37 Podrá pues esto reclamar la sentencia que le fue contraria, pidiendo la reduccion al arbitrio de un varon bueno, ó la nulidad, ú otro recurso que creyere conveniente; y si por el Juez inferior fuere confirmada la sentencia arbitraria, puede apelar para ante el Presidente y Oidores; y si por estos fuere tambien confirmada, no haya mas grado. Pero si fuere revocada por el Presidente y Oidores, se puede suplicar de esta sentencia revocatoria ante los mismos, quedando en su fuerza la execucion hasta que se dé la sentencia de revista. Y que de la declaracion que hicieren los Jueces que han de executar la sentencia, sobre si son ó no bastantes los fiadores, no puede haber suplicacion ó apelacion. Y que esto mismo se observe en las transacciones que fuesen hechas ante Escribano público. No es pues contraria esta *l.* 4. á las *leyes* 23. *y últ. tit.* 4. *P.* 3. que citamos en el *n.* 32. y no permiten la apelacion de la sentencia omologada: las quales dexa en vigor *d. l.* 4. diferenciándose de ellas, en que permite la execucion desde luego, pero con el riesgo de que se revoque por la apelacion; quando por aquellas no puede intentarse hasta despues de haber pasado los diez dias, pero sin peligro de revocacion, por no tener ya cabida remedio alguno.

38 Creemos bastar sobre Arbitrios lo que llevamos expuesto; y vamos á decir algo de los Arbitradores, que tambien se llaman Jueces Avenidores ó de avenencia como aquellos; porque este nombre es genérico que comprehende las dos especies. Y hablando de esta última *d. l.* 23. dice, Arbitradores, *tanto quiere decir como alveriadores y comunales amigos, que son escogidos por avinencia de ambas partes para avenir y librar las contiendas que ovieren entre sí en qualquier manera que ellos tuvieren por bien.* Estos tales, despues que tuvieren en su mano la contienda ó pleyto, tienen facultad de oir las razones de ambas partes, y de avenirlas en qualquier manera que qui-

sieren, aunque no hicieren comenzar los pleytos por demanda y respuesta que llamamos contestacion, ni observaren las solemnidades que deben guardar los otros Jueces; pues sin embargo valdria su sentencia y quanto hicieren, como esté hecho con buena fe y sin engaño.

39. En los laudos ó sentencias de estos, tiene tambien lugar lo que hemos dicho de la omologacion de la sentencia, segun dichas *leyes* 23. *y última*, que hablan generalmente de las dos especies de Arbitros, como tambien lo de la execucion de la sentencia que establece dicha *l.* 4. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* hablando expresamente de unos y otros. Pero el contar esta misma *ley* entre los remedios del que tuvo la sentencia contraria, el poder recurrir al arbitrio de un varon bueno, solo deberá entenderse de los Arbitradores, como se ve por dicha *l.* 23. lo que tampoco se observa en práctica, como ya notó Greg. Lop. en su *glos.* 14. diciendo, que acudia al Juez Ordinario el que intentaba quejarse de la sentencia arbitral. Ademas de la diferencia capital entre Arbitros y Arbitradores, de que estos no estan obligados á seguir el órden judicial de los verdaderos Jueces, y aquellos sí, encontramos otra en la *l.* 24. *tit.* 4. *P.* 3. á saber, que en Arbitrador puede ser elegido el Juez Ordinario y no en Arbitro. En la 32. del mismo *tit.* 4. se encuentra otra, y es, que los Arbitradores pueden dar la sentencia en los dias feriados; pero no los Arbitros, sino en aquellos en que lo pueden hacer los Ordinarios como lo veremos en su lugar; pero esta diferencia nace de la capital.

40 Como para juzgar en alguna causa no basta que uno sea Juez, sino que ademas debe serlo competente, hemos de ver qué se requiere para que lo sea. En primer lugar se debe advertir, que todo Juez tiene territorio señalado en que pueda exercer su jurisdiccion y en él y no fuera es competente; y de ahí viene el axioma: *Al que administra jurisdiccion fuera de su territorio, impunemente no se le obedece.* En segundo lugar, que en los juicios sigue el actor el fuero del reo *l.* 32.

tit. 2. *P.* 3. *l.* 13. *tit.* 1. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* (1), por lo que aquel será Juez competente en algun pleyto que lo sea del reo. Este nombre *competente* tambien se predica del fuero ó el lugar en el propio sentido. Asimismo debe tenerse presente, que la jurisdiccion del Juez no se extiende á todas las personas, ni á todas las causas de su territorio; porque hay á las veces muchas á que no alcanza por pertenecer á otros Jueces privativos, en cuyo caso decimos, que la tal persona ó causa pertenece á otro fuero, ó que no es del fuero y jurisdiccion del Alcalde, que por lo tocante á ella es Juez incompetente.

41 Sentados estos principios, veamos de donde se toma la competencia de algun Juez ó fuero: ó de otra manera, qual es el Lugar que sujeta al reo á la jurisdiccion de los Jueces, y son los siguientes: I. El del domicilio del mismo reo, es decir, el Juez de aquel Lugar es competente para aquel reo, *l.* 32. *tit.* 2. *P.* 3. *vers. La setena.* Y es de notar en quanto á este Lugar, que no solo se debe mirar aquel en que habita el reo quando se intenta la accion, sino tambien el que habitaba quando se obligó (2), cuya razon es bastante sólida y clara; reducida á que naciendo accion del contrato desde luego á favor del acreedor para reconvenir al deudor en aquel Lugar, sin cuyo respecto tal vez no habria contraido; no es justo quitarle este derecho. Este Lugar da fuero para toda accion real ó personal; pero el que sigue solo para la personal. II. El del contrato, esto es, el que se expresó en el mismo contrato, ó no habiéndose expresado aquel en que se celebró, *d. l.* 32. *vers. La sexta.* (3). Pero se ha de advertir, que para que esto tenga lugar es menester que el reo sea hallado allí, quando se mueve la accion, como lo dice Covarr. *cap.* 1. *pract. quæst.* 10. *n.* 3. añadiendo ser todos de este dictámen. III. Para las acciones reales da fuero el

(1) *L. últ. C. ubi in rem. act.* (2) *L.* 2. *C. de jurisdic.*
(3) *L.* 20. *l.* 45. *de jud.*

Lugar en que las cosas se hallan situadas, *d. l.* 32. *vers. La quinta* (1).

42 IV. Quando alguno demanda á otro alguna cosa mueble por suya, la puede pedir en qualquiera parte que hallare al reo con ella, aunque sea morador de otra tierra. Pero si este á quien se pide fuere hombre sin sospecha, y diere fiadores de estar á derecho sobre aquella cosa, se le debe dexar ir con ella; y si no pudiere darles, debe ser puesta la cosa en depósito. Y si el demandado fuere sospechoso, que la cosa la tendria por hurto, debe ser preso hasta que parezca, si ha derecho en ella, ó si tiene culpa ó no, *d. l.* 32. *vers. E la docena*: en cuya *glos.* 19. añade Greg. Lop. que si la cosa hubiere de permanecer donde fue hallada, allí debe seguirse el juicio, y si no hubiere de permanecer, en el Lugar del domicilio del reo. V. En los negocios de cuantas que deben dar los tutores ó curadores, da fuero el Lugar en donde se administró la tutela ó cura, *d. l.* 32. *vers. La catorcena.* (2). Que en la causa posesoria de la herencia no se atiende al lugar del domcilio, sino á aquel en que se hallan las cosas hereditarias, lo establece una ley Romana (3), y lo observa la práctica; pero no hemos encontrado ninguna nuestra que lo diga.

43 VI. Si el testador legare una cosa cierta y señalada, se la podrá pedir el legatario al heredero donde morare este, ó donde está la mayor parte de los bienes del testador, ó por último donde fuere hallada dicha cosa, sino es que el mismo testador hubiese señalado el Lugar donde debia darse. Pero si la cosa legada no fuese cierta, como si el testador dixere, que legaba uno de sus caballos sin expresar qual, ó hubiere legado cantidad cierta de cosa que se pudiere contar ó medir ó pesar, la podrá el legatario pedir, ó donde morare el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes del

(1) *L.* 3 *C. ubi in rem. act.* (2) *L.* 1. *l.* 2. *C. de ratiocin.*
(3) *L. unic. C. ubi de hæred.*

difunto, ó finalmente donde el heredero comenzase á pagar las mandas. *Ult. tit.* 9. *P.* 6.

44 En las causas criminales son fuero legítimo el Lugar donde el reo cometió el delito, el de su domicilio, ó aquel en que tuviere el delinqüente la manor parte de sus bienes; pero si hubiere contienda entre los Jueces de estos tres Lugares, sobre quien habia de conocer de la causa, y el delito mereciese pena de muerte ú otra corporal, ha de ser preferido el del territorio donde se cometió, al qual deberá remitir el reo el otro Juez que lo tuviere preso; salvo si el que recibió el daño escoge el Lugar del domicilio, *l.* 15. *tit.* 1. *l.* 1. *tit.* 29. *P.* 7. *l.* 1. *tit.* 36. *lib.* 12. *Nov. Rec.* y en ella Azev. y muy por extenso en la *l.* 2. *d. tit.* 36. donde pone varias ampliaciones y algunas limitaciones. En la 3. prueba contra Avend. que no tiene lugar la remision del reo, quando el delito es leve, de suerte que no merece pena corporal. Tambien trata latísimamente este asunto Greg. Lop. en la *glos.* 2. *de. d. l.* 1. *tit.* 29. Si el reo fuere hallado en otro Lugar distinto de los expresados, no está precisado á responder, y que alli se le siga la causa, sino es que lo quisiere ó fuese vagamundo, *d. l.* 15. Greg. Lop. en la *glos.* 6. *de esta ley* dice, que para dar fuero competente el Lugar donde tiene el reo la mayor parte de los bienes, debe ser hallado en él.

45 Por último debemos advertir, que para delitos muy graves, solo el Tribunal superior de la Provincia es Juez competente, como son, muerte segura, muger forzada, tregua quebrantada, casa quemada, camino quebrantado, traicion, aleve, riepto, referidos todos en la *l.* 9. *tit.* 4. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* La 5. *tit.* 3. P. 3. pone los mismos y algunos otros; y vemos en la práctica, que los Tribunales superiores quieren conocer por sí ó por sus Comisionados de todos aquellos delitos, que merezcan pena corporal ó destino á presidios ó á las armas, castigando á los inferiores que no les dan cuenta de ellos: utilisíma providencia para evitar muchos tapadillos.

46 Hay algunas personas, que solo por su calidad de miserables no están sujetas en sus pleytos al fuero ó jurisdiccion del Alcalde de su territorio, y pueden acudir desde luego á los Tribunales superiores de la Provincia, cuyo privilegio se suele llamar *Caso de Corte*, *l.* 13. *tit.* 1. *lib.* 5. *de la Nov. Rec. d. l.* 9. Compete este privilegio á las viudas, huérfanos, y otras personas pobres ó miserables, hácia á las cuales estan llenas da piedad nuestras leyes, *l.* 5. *tit.* 3. *l.* 41. *tit.* 18. *l.* 20. *tit.* 23. *P.* 3. *l.* 1. *tit* 1. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* y otras. Gregor. Lop. en la *glos.* 2. de *d. l.* 5. dice deber entenderse viuda, no solo aquella á que habiendo sido casada se le murió su marido, sino tambien la que nunca lo tuvo, fundado en la ley Romana (1), que asi lo dice. Carlev. *de jud. lib.* 1. *tit.* 2. *disp.* 2. *quæst.* 6. *sect.* 7. *n.* 54. añade que tambien ha de entenderse serlo aquella que tiene el marido inútil, por cautivo, condenado á los presidios, preso mucho tiempo, ausente lejos, ó con enfermedad añeja. Y á todo lo mismo se inclina Covarr. aunque con alguna displicencia, despues de haber examinado latamente el asunto, *pract. quæst. cap.* 7. con la circunstancia de que la tal muger célibe, sea de edad madura, honesta, y que desde jóven haya vivido muy castamente, especialmente quando no se habia de seguir de ello un gravísimo perjuicio á su contrario; y que á este tenor lo vió declarar en la Chancillería de Granada. Por huérfanos debemos entender los menores de 25. años que no tienen padre, como lo interpreta Gregor. Lop. en la *glos.* 4. *d. l.* 5. y lo defienden Covarr. *pract. quæst*, *cap.* 6. *n.* 2. y Carleval *dic. sect.* 7. *n.* 566. diciendo todos estar recibido asi en la práctica; y que en quanto hasta qué grado han de ser pobres los que por este título han de gozar de este privilegío queda al arbitrio del Juez.

47 Para que pueda hacer uso de él qualquiera que

(1) *L. malum* 142. §. 3. *de verb. sign.*

lo pretenda en los Tribunales superiores, le basta una prueba sumaria de la calidad por la qual lo solicita, aunque la haya dado sin citacion de la parte contraria, con tal que la haya hecho de mandato de los Jueces de los mismos Tribunales. Y lo mismo tendrá si se presenta con prueba sumaria hecha ante el Juez inferior de su territorio, con tal que ante los Jueces de la Superioridad sea exâminado otro testigo diferente de los que depusieron en la sumaria, el qual se llama *testigo de ordenanza* Covar. *d. cap.* 6. *n.* 2. que dice obtuvo asi por el uso, y que lo mandó el Señor Cárlos I. en Monzon de Aragon en el año 1542. Si el contrario negare la calidad, y probare su intencion, se remite la causa al Juez inferior. Y de ahí es, que para la firmeza de esta declaracion, se ha recibido en la práctica, que quando la calidad no es notoria, se cite antes al contrario para oir lo que objetare.

43 Gozan de este mismo caso de Corte los que han de litigar con el Juez inferior, Corregidor, Alcalde Ordinario ú otro Oficial del Lugar, *l.* 13. *tit.* 1. *lib.* 5. *de la Nov. Rec. l.* 9. *tit.* 4. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y por quanto las Iglesias, Monasterios, Hospitales, Consejos, Ciudades y otros Cuerpos semejantes, gozan el derecho de menores, como lo vimos en el *lib.* 1. *tit.* 8. *n.* 9. podrán tambien valerse del caso de Corte, Carleval, *d. sect.* 7. *nn.* 586. *y* 587. Covarr. *d. cap.* 7. *n.* 3. Castill. *lib.* 3. *quotidian. cap.* 23. *n.* 39. y otros. Y asi se observa en la práctica. Este privilegio de Corte cesa en los casos siguientes: I. Quando el valor de la cosa de que se disputa no pasa de diez mil maravedís, *l.* 11. *d. tit* 3. II. Si uno que le goza quisiere hacer uso de él, contra otro que tambien lo tiene, segun aquel famoso axîoma: *El privilegiado no goza de su privilegio contra otro privilegiado quando es uno mismo el privilegio*; y asi lo resuelve Covarr. en *d. cap.* 7. *n.* 2. exâminándolo con mucha extension. III. Quando aquel á quien compete hubiese prorogado la jurisdiccion del Inferior, por lo que di-

ximos en el *n.* 23. que la prorogacion extiende contra el prorogante la jurisdiccion que no le alcanzaba.

49 La competencia del fuero, se debe considerar al tiempo en que es emplazado el reo; de suerte que aunque despues ya no fuese competente para él, deberia responder ante el Juez que tenia jurisdiccion sobre él, quando se le emplazó, *l.* 12. *tit.* 7. *P.* 3. (1). La razon es, porque el juicio debe seguirse y terminarse donde empezó (2). Y de haí es, que si Pedro privilegiado vendiere alguna cosa á Juan, persona que no goza de privilegio, y este emplazado por su Juez Ordinario sobre ella citare de eviccion á Pedro, no le valdria á este su fuero para poder dexar de responder ante el Juez de Juan, *l.* 57. *tit.* 6. *P.* 1. (3).

TITULO III.

DE LOS ABOGADOS Y PROCURADORES.

Titt. 5. y 6. P. 3. Titt. 12. y 31. lib. 5. de la Nov. Rec. (4).

1. 2. 3. *Qué sea Abogado, y quiénes están prohibidos de serlo.*
4. 5. *Varias advertencias sobre el exámen y exercicios de los Abogados.*
6. *Pactos que se prohiben á los Abogados.*
7. *Qué es procurador y sus especies.*
8. *Quiénes pueden nombrarlo.*
9. 10. *Prohibidos de ser Procuradores.*
11. *Ninguno puede ser Procurador del actor sin presentar poder, á excepcion de algunos que pueden serlo, y cómo; y que del reo lo puede ser qualquiera sin poder afianzado.*

(1) *L.* 7. *de judic.* (2) *L.* 20. *eod.* (3) *L.* 49. *eod.*
(4) *Titt.* 1. *et* 3. *lib.* 2. *Dig.*

12. 13. 14. *Modos de acabarse el oficio de Procurador.*
15. *De los Procuradores numerarios.*

1 Nos parece decir aqui algo de los Abogados, Procuradores, ó Personeros y Escribanos, porque intervienen tambien en los juicios ayudando á los litigantes. Abogado ó Bocero, segun con frecuencia lo nombran las leyes de la *Partida* es: *Hombre que razona el pleyto de otro en juicio, ó el suyo mismo, demandando, ó respondiendo, l.* 1. *tit.* 6. *P.* 3. Lo muy útiles que son los Abogados buenos, se puede ver en el principio del *tit.* 6. y en la *l.* 1. *tit.* 22. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* (1). Estan del todo prohibidos de serlo, el menor de 17. años, el que fuese sordo del todo, de manera que no oyere nada, el loco, y qualquier otro que por pródigo tuviese curador. El Religioso ó Regular tampoco lo puede ser, sino es por sus Iglesias ó lo perteneciente á ellas *l.* 2. *d. tit.* 6. Igualmente está absolutamente prohibido el Abogado que hubiese hecho con el dueño del pleyto el famoso pacto llamado *de quota litis*, *l.* 14. *d. tit.* 6. del que hemos hablado arriba *lib.* 2. *tit.* 9. *n.* 4. Y asimismo el que recibiese precio por lidiar con bestias bravas, sino es que lo recibiese por lidiar con alguna que fuese dañosa á los de alguna tierra, *l.* 4. *d. tit.* 6.

2 Algunos hay que pueden abogar por sí y no por otros, á saber: I. Las mugeres, por dos razones: la una, porque no conviene, ni es cosa honesta que tomen oficio de varon, estando públicamente envueltas estas con los hombres para razonar; y la segunda, porque ya lo prohibieron los Sabios antiguos, por una muger llamada Calfurnia. Ulpiano la llama Carfania, y otros Gaya Afrania (2), sábia, pero tan desvergonzada, que enojaba con sus voces á los Jueces que no podian con ella (3); y asi

(1) *L.* 4. *C. de Adv. dev. Judicum*, *l* 14. *C. de Advoc. div. judicior.* (2) *L.* 1. §. 5. *de postul. et ibi Gothofr.* (3) *L.* 1. §§. 6. *et* 7. *de postul.*

lo ha mandado tambien la *l.* 3. *d. tit.* 6. II. El que fuese ciego. III. Los que hayan sido condenados por causa de adulterio, traicion ó alevosía, falsedad, homicidio ú otro delito tan grande como estos, *d. l.* 3. Otros hay que no tienen tanta prohibicion, porque no solo pueden abogar por sí mismos, sino tambien por otras señaladas personas, aunque no por las demas, como son los infamados por algun delito menor de los que acabamos de referir, quales son hurto ó deshonra ú otro semejante. Estos pueden abogar por qualquiera de sus parientes de la línea derecha, sus hermanos, mugeres, suegros, yerno, nuera, entenado ó hijastro, padrastro, aforrado ó sus hijos, ó por huérfano que tuviese en su guarda. Pero si quisieren abogar por otra persona, no deben ser admitidos, aunque la parte contraria lo consintiese (1). Si alguno no encontrase Abogado por ser parte flaca, y el contrario poderoso, se lo debe dar el Juez, *l.* 6. *d. tit.* 6. (2).

3 Lo que hasta aqui hemos dicho está prevenido en las leyes de las *Partidas*: veamos ahora otras disposiciones de las de la *Recopilacion*. La *l.* 6. *tit.* 3. *lib.* 11. *Nov. Rec.* manda, que ninguno que sea padre, hijo, yerno, hermano, ó cuñado del Escribano ante quien pendiere alguna causa, pueda ser Abogado ni Personero en ella. Y la 7. *y* 27. *tit.* 22. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* previene lo mismo, quando los tales parientes lo son del Juez, si fuere Tribunal de uno solo. Y en quanto al Consejo y demas Tribunales de la Corte, Chancillerías y Audiencias de estos Reynos, establece, que no pueda ser Abogado directa ni indirectamente en alguna causa, en que su padre, hijo, yerno ó suegro fuesen Jueces: imponiendo á los que lo fueren contra estas prohibiciones la pena de diez mil maravedís para la Cámara, Juez y Denunciador, por iguales partes. La *l.* 17. *d. tit.* 22. prohibe al que haya sido Abogado de una de las partes en la primera instancia, lo sea de la otra en la segunda ó en la tercera. Y tam-

(1) *L.* 7. *eod.* (2) *L.* 1. §. 4. *eod.*

bien al Juez que hubiere pronunciado sentencia en qualquiera pleyto, el que pueda ayudar, ni hacer escrito ni peticion, yendo contra su sentencia, ó impugnándola; permitiéndole que pueda asistir y trabajar á beneficio de aquel en cuyo favor pronunció la sentencia: pero con sujecion á varias penas que expresa, si llevare derechos por ello, de alguna de las partes. La 5. del mismo *tit.* 22. prohibe que los Religiosos, Clérigos ordenados de Epístola, ó Beneficiados de Iglesias puedan abogar ante Jueces Seglares, y que sean recibidos sus escritos ó peticiones, salvo en sus pleytos mesmos, ó de la Iglesia donde fueren Beneficiados, y por su vasallo, ó por su paniaguado, ó por su padre y madre, ú hombre á quien él haya de heredar, ó personas pobres y miserables. Y la siguiente 13. manda, que los Abogados legos sean tenidos de abogar de valde á los pobres, en los Lugares donde no hubiere Abogados asalariados.

4 La *l.* 1. *tit.* 22. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* manda, que ninguno pueda ser Abogado en el Consejo ni en la Corte, Chancilleria, ni ante las Justicias del Reyno, sin que primeramente sea examinado y aprobado por dichos Tribunales, y escrito en la matrícula de los Abogados, con varias penas graves que expresa, por la primera, segunda y tercera vez: Y que no se pueda presentar en juicio ningun pedimento que no esté hecho por Abogado aprobado; y caso que se presentare, no sea recibido, castigando á los que le presentaren segun el arbitrio del Juez ante quien fuere presentado: cuya pena arbitraria la hizo cierta la *nota* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Nov. Rec.* señalando por la primera vez la de cincuenta ducados, por la segunda seis meses de suspension, y por la tercera privacion del oficio, siendo Escribanos ó Procuradores los que lo formaron. Solo exceptúa *d. l.* 1. los dueños de los negocios, á quienes permite hacer peticiones en causa propia, y los Procuradores que podrán hacer las que les permiten las leyes de dicho libro, expresadas en la *l.* 9. *tit.* 31. *lib.* 5. á saber, las pequeñas para acusar rebeldías, pedir

prorogaciones, dar relaciones por concertadas, y otras semejantes que acostumbramos á decir *pedimentos de caxon.*

5 Pero en atencion á que las mas *recientes cédulas* que mandaron las erecciones de Colegios de Abogados, prohiben que se admita pedimento alguno sin firma de Abogado del Colegio en donde lo hubiere, sin hacer excepcion alguna, parece deberá decirse, que ahora no bastará la firma del dueño en las causas propias, sino es en las peticiones de levísimo momento, como antes lo podian hacer los Procuradores; segun *d. l.* 9. que en el dia está en observancia. Es tambien necesario, que los poderes que se presentaren esten firmados de Abogado que diga ser bastante, *l.* 3. *d. tit.* 31. En lo que no puede poner su firma el Abogado, es en pedimentos que se hicieren sobre cosa, cuyo valor no pase de quinientos reales de vellon, porque estan prohibidos por la *cédula* de 1769. que es la *ley* 1. *tit.* 13. *lib.* 5. *Nov. Rec.* para crear Alcaldes de Quartel y Barrio en que se manda se decidan estas causas en asignaciones verbales. Y debemos advertir últimamente, que en quanto á años de estudio de Jurisprudencia necesarios para poder ser alguno aprobado de Abogado, manda el *nuevo Decreto de S. M. de* 29. *de Agosto del año último* 1802. que es la *ley.* 2. *tit.* 22. *lib* 5. *de la Nov. Rec.* que sean diez, de los quales han de ser quatro de Jurisprudencia Española, con la permision, que de estos puedan ser dos de la canónica, y ademas de estos quatro, otros dos de pasantía, con otras prevenciones sobre esta, que pueden verse en *dicho Decreto.*

6 Ademas del pacto llamado de *quota litis* de que hemos hablado en el *n.* 1. se les prohiben á los Abogados en la *l.* 22. *tit.* 22. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* otros tres semejantes: I. Que no puedan hacer partido, ni igualar con la parte á quien ayudaren, que les dé cierta cantidad de maravedís, ni otra cosa alguna, por razon de la victoria y vencimiento del pleyto (1), so pena de suspension de

(1) *L.* 1. §. 2. *de extr. cogn.*

oficio por seis meses. II. Que no aseguren á sus partes la victoria de las causas por quantía alguna, baxo la pena de pagar dicha quantía con el doblo. III. Que no hagan partido de seguir y fenecer los pleytos á sus propias costas por cierta suma, so pena de cincuenta mil maravedís para la camára del Rey, que la incurran por el mismo hecho de la contravencion. Esta última prohibicion alcanza tambien á los Procuradores. Los derechos pecuniarios de los Abogados estan tasados en los Aranceles.

7 Visto lo perteneciente á Abogados, hablemos brevemente de los Procuradores, á quienes llamaron Personeros las leyes de las *Partidas*. Personero, dice la *l.* 1. *tit.* 5. *P.* 3. es: *Aquel que recaba, o face algunos pleytos o cosas agenas por mandado del dueño de ellas.* Y añade venirle este nombre, porque parece en juicio ó fuera de él, en lugar de la persona de otro. Nosotros los llamaremos Procuradores, porque asi está en uso y les llamaron con este nombre las leyes de la *Recopilacion* y los *Autos acordados*: de modo que el de *Personero* solo se aplica al que lo es del comun, segun la *cédula* de 5. de Mayo de 1766 que es la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 7. *Nov. Rec.* de que hablamos al *n.* 14. Segun la referida definicion, son dos sus especies, judiciales ó para pleytos, y extra-judiciales ó para negocios: de estos ya hemos hablado al tratar del contrato del mandato; por lo que solo hablaremos aqui de los primeros.

8 Todos los mayores de 25. años, que no estan en la patria potestad de otros, y los que lo estan, en aquellos casos en que pueden parecer en juicio, segun diximos *arriba n.* 4. pueden nombrar Procurador *l.* 2. *d. tit.* 5. (1). Los menores de 25. años lo pueden dar con otorgamiento de su guardador. Y si por ventura lo diese un menor por sí solo, valdria lo que hiciere el tal Procurador en beneficio del menor: y no lo que fuere en perjuicio suyo, *l.* 3. *d. tit.* 5. (2). De los guardadores dice esta misma *l.* 3. que no lo pueden dar por sí, no habiendo antes comenzado

(1) *L.* 8. *de Procur.* (2) *L.* 11. *l.* 14. C. *de Procur.*

por su persona el pleyto por demanda y por respuesta, esto es, antes de la contestacion del pleyto; pero sí despues de haberlo hecho. Esta doctrina es vestigio del derecho Romano, que asi lo estableció, dando la razon de que el Procurador se hace dueño de la causa, por la contestacion (1). En la práctica, no atendiendo á estas formalidades, dan los guardadores Procurador desde el principio ó para empezar la causa. Que no pueden nombrarlos los inválidos faltos del juicio, es cosa bien clara.

9 Nombrados pueden ser todos aquellos que no estan prohibidos, con lo qual refiriendo estos, se sabrá que lo pueden ser los demas. Dos prohibidos en la *l.* 5. *d. tit.* 5. *P.* 3. son: I. Los referidos inválidos. II. El que fuese acusado de un gran delito, en quanto dudarse la acusacion. III. Los menores de 25. años, aunque para los negocios lo pueden ser los mayores de 17. *l.* 19. *d. tit.* 5. IV. Las mugeres, á excepcion que lo pueden ser por sus parientes de la línea derecha, que fuesen viejos ó enfermos, ó muy impedidos, por otra razon, y no hubiese otro de quien poderse fiar (2), y tambien para librar á sus parientes de servidumbre, ó tomar y seguir causa de apelacion de sentencia de muerte, que fuese dada contra alguno de ellos. V. Los Religiosos de alguna Orden, que solo lo pueden ser en causa que pertenezca á su Religion; y aun entonces con mandado de su Prelado á quien deben obedecer, y lo mismo manda de estos la *ley* 5. *tit.* 22. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* VI. Los Clérigos ordenados de Epístola y de ahí, arriba, solo pueden serlo en pleyto de su Iglesia, de su Prelado ó de su Rey, *d. l.* 5. Ademas de los que acabamos de referir expresados en *d. l.* 5. hay otros varios prohibidos en otras leyes, que continuando la numeracion, son:

10 VII. Los soldados mientras estuvieren en servicio del Rey, ó de otros sus Señores en frontera, solo si fuese por cosa perteneciente á toda aquella milicia,

(1) *L.* 11. *l.* 22. *l.* 23. *eod.* (2) *L.* 41. *de Procur.*

y los Caballeros que anduviesen en servicio del Rey en la Corte, en quanto estuviesen allí, *l.* 6. *d. tit.* 5. De lo prohibicion de los soldados y caballeros, que acabamos de notar, pone tres excepciones la *l.* 7. *siguiente*: 1. Para librar á algun pariente suyo de servidumbre á quien alguno demandase en juicio por esclavo. 2. Para defender á todo hombre á quien hubiesen condenado injustamente á muerte, y teniéndolo preso no lo quisieron oir. 3. Si estando puesto por Procurador el tal Caballero, la parte contraria comenzase por su placer el pleyto con él, por demanda y respuesta no desechándolo. VIII. Los Jueces y los Escribanos mayores de la Corte del Rey, y los otros oficiales, que son poderosos por razon de su oficio; pero tienen lugar en ellos las mismas tres excepciones de los soldados y Caballeros, *l.* 8. *d. tit.* 5. que pone dos razones. La una, porque no tengan embarazos en el cumplimiento de su oficio; y la otra, porque pueden meter en grandes costas y trabajos á los otros contra quien fuesen Procuradores, alargando los pleytos por razon de su poder. IX. Los que fueren á alguna parte de comision del Rey, ó por utilidad comun de su Consejo ó de su tierra, desde que hubieren otorgado de ir, no pueden ser Procuradores en ningun pleyto en aquel lugar donde les envian, ni en otro, hasta que tornen de la comision, por la propia razon de que no se embaracen en el cumplimiento de los asuntos de su comision, *l.* 9. *d. tit.* 5. (1).

11 Ninguno puede tomarse por sí el oficio de Procurador de otro, sin que le otorgue poder el dueño del pleyto. Se exceptuan ciertas personas, que sin presentar este poder son admitidas á nombre de otros en los juicios, como son, el marido por su muger, el pariente por su pariente hasta el quarto grado; y en los afines, por el suegro, yerno ó cuñado; salvo si fuese cosa cierta, que el tal queria demandar contra la volun-

(1) *L.* 54. *de procur.*

tad de aquel por quien demandaba. Y lo mismo debe decirse de los que fueron aparceros ó condueños de una misma heredad ú otra cosa que les perteneciese comunalmente. Y para que todas estas personas sean admitidas sin poder, deben antes obligarse dando fiadores, que aquel por quien hacen la demanda, dará por bien hecho lo que ellos hicieren (1); á cuya caucion llaman las leyes Romanas *de rato*, ó *rem ratam dominum habiturum*: y á la que debe dar el defensor del reo, *judicatum solvi*. Si despues de comenzado el pleyto se les exîgiera esta caucion, no tendrian ya obligacion de darla, *l.* 10. *d. tit.* 5. que expresa todo lo referido, y añade al fin en seguida requerirse lo que va dicho para demandar á nombre de otro, ó ser actor; pero que tomar la defensa del reo, lo puede hacer qualquiera aunque no presente poder, ni sea pariente, dando caucion que el reo lo dará por bien hecho, y pagará lo que fuere juzgado. Y adviértase, que esta caucion, ó bien de fiadores ó de prendas, de que se cumplirá la sentencia, ó estará á lo juzgado, la debe dar el Procurador ó defensor del reo, aun en el caso que presentare poderes, *l.* 21. *vers. Mas el Personero*, *d. tit.* 5. Esta misma *ley* 21. previene, que si el poder que se presenta es dudoso, y la parte contraria lo resiste, no debe ser admitido el Procurador, sin dar fiadores ó caucion de que el principal dará por bien hecho lo que él hiciere; y que si es cumplido, no ha de exigir seguridad.

12 Se acaba la procura ó mandato por la muerte del Procurador, ó del que le dió el poder, acontecida antes de la contestacion del pleyto; pero no si sucediere despues. Si muriese pues el que dió el poder despues de haberse contestado el pleyto, puede continuarle el Procurador, aunque no recibiese poder de los herederos del finado. Y si murió el Procurador, podrán sus herederos continuar el pleyto, si son hombres para ello: asi lo es-

(1) *L.* 8. *de negot. gest.*

tablece la *l.* 23. *d. tit.* 5. Pero dice Gregor. Lop. en *su glos.* 6. no haber visto jamas que continuen en la procura los herederos del Procurador, y lo mismo digo yo. Puede el Procurador apelar de la sentencia que le fuere contraria, aunque esta facultad no esté expresa en la escritura de la personería; mas no puede continuar la apelacion sin otorgamiento del dueño, *d. l.* 23. la qual añade al fin, que tambien se acaba el oficio de Procurador, si dicho dueño del pleyto lo revoca, ó el mismo Procurador dexa por su grado la personería, por algun embargo derecho que le impidiese seguirla.

13 Y explicando con mas extension este asunto de la revocacion la siguiente *l.* 24. dice, que si teniendo un hombre algun Procurador sobre cierto pleyto, hiciere despues otro, quita el poder al primero, y queda el segundo con él; y que quando asi lo hiciere, lo debe hacer saber al Juez y á su contendor, de suerte que no haciéndolo, valdrá lo que hubiese hecho el primero como sino lo hubiesen quitado. Y que puede quitar el Procurador nombrando otro, aunque este hubiese comenzado ya el pleyto por pregunta y respuesta, salvo si la otra parte lo contradixere; ó el Procurador mismo se tuviese por deshonrado, creyendo, que lo quitaban por sospechoso; porque entonces se deberia averiguar la sospecha, ó decir manifiestamente el dueño, que no tiene queja de él, ni le quita porque le haya por sospechoso, y haciéndolo asi lo podrá quitar. Y asimismo dice, que si despues de contestado el pleyto, el dueño tiene justa causa para quitarlo, lo puede hacer aunque su contrario y el mismo Procurador lo contradixesen, contando por causas justas la de estar el Procurador en poder del enemigo ó en prision, haber ido á romería, ó estar embarazado por alguna enfermedad, tuviese sus pleytos de manera, que no pudiese cuidar de aquel en que era Procurador, ó se hubiese hecho su enemigo ó amigo del contendor, por casamiento que hubiese hecho de nuevo, ú otras razones semejantes. Pero que án-

tes de contestarse el pleyto lo puede quitar quando quisiere, aunque no tuviere causa alguna.

14 En quanto á la renuncia del Procurador, tanto la *l.* 23. como la 24. parece exîgen, que para tener lugar es menester que el Procurador tenga algun impedimento, pues la 23. dice: *O si el mismo por su grado daxa la personería por algun embargo derecho*: y la 24. *Si quisiere dexar la personería por razon de enfermedad ó de otro embargo*: sobre cuyo particular solo tenemos que decir, que nos parece conforme lo que dice Gregor. Lop. en la *glos.* 10. de *d. l.* 24. que esto debe entenderse de las renuncias que se quieren hacer despues de contestado el pleyto, ó que el dueño hubiese prestado la caucion de estar á derecho, presente el reo (1).

15 Las *ll.* 1. *y* 3. *tit.* 31. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* mandan que los Procuradores que se hayan de recibir en las Audiencias, sean antes exâminados y aprobados por sus Presidentes ú Oidores, y hagan antes de usar de su oficio juramento que lo usarán bien y fielmente: y que en dichas Audiencias ninguna persona haga auto, ni dé peticion, ni se reciba sino fuere de los Procuradores del número; y que estos no lo hagan sin traer poder de sus partes, bastanteado por algun Abogado. La *l.* 10. concede facultad al Presidente y Oidores de quitar los oficios á los Procuradores que hallaren inhábiles, ó hacen en sus oficios cosas no debidas. Por *la ley* 11. *tit.* 31. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* se previene, que los Procuradores no hagan ni den peticiones, ni usen del oficio ante Escribano que sea padre, hermano, hijo ó yerno suyo; y que los Escribanos que tuvieren tales causas de los dichos parientes, las pasen á otro Escribano que no tenga parentesco. El 4. manda, que no pueden los Procuradores arrendar sus oficios, y que los propietarios los sirvan ó renuncien dentro de 30. dias, so pena que los hayan perdido. Que no pueden hacer por sí otros pedi-

(1) *L.* 8. §. *últ. de Procur.*

mentos, que los llamados de caxon, con arreglo á la *l.* 9. *d. tit.* 31. como ya lo hemos dicho hablando de los Abogados.

TITULO IV.

DE LOS ESCRIBANOS, AYUNTAMIENTOS, DIPUTADOS Y PERSONEROS.

1. *Qué sea Escribano y sus dos especies.*
2. *Circunstancias que deben concurrir en los Escribanos.*
3. *Quién quede nombrar y aprobar Escribanos.*
4. *Obligaciones de los Escribanos.*
5. *Los Escribanos deben ser honrados por la utilidad de su oficio: penas de las falsedades que cometieren.*
6. 7. *Derechos, obligaciones y penas de los Escribanos numerarios ó de tribunal.*
8. *De la necesidad de usar de papel Sellado.*
9. *Qué sea Ayuntamiento, quiénes le componen, y quiénes pueden asistir en él.*
10. *Obligaciones y derechos de los que componen el Ayuntamiento.*
11. *El oficio de regidor es honorífico. Ningun extrangero lo puede tener, ni el de Alcaldías; pero sí los expósitos, y otro beneficio de que estos gozan.*
12. *Ningun oficial pueda tener mas de un oficio en el Consejo: y si algun Regidor tuviere la Escribanía del Juzgado de los Alcaldes Ordinarios, debe de renunciar dentro de dos meses uno de los oficios.*
13. *Si un padre puede elegir á su hijo donde los oficios son añales, y de otros parientes.*
14. 15. *De los Diputados y Personeros.*

1 Hablar largamente de Escribanos con extension

á todos sus ramos, excede la esfera de un Institutista. En este lugar solo habiamos de tratar de los que intervienen en los juicios de la jurisdiccion ordinaria. Trataremos brevemente de ellos, diciendo tambien algo de su facultad de autorizar escrituras fuera de juicio, y las obligaciones que les impone su oficio. En la *l.* 1. *tit.* 19. *P.* 3. se pone una nocion muy leve de lo que es Escribano, diciendo ser: *Ome que es sabidor de escríbir*: y por ello dice Gregor. Lop. en su *glos.* 1. que debe añadirse: *Y tiene autoridad pública, porque está constituido por el que tiene pública potestad.* Dice la misma *ley* ser ellos de dos maneras. Los unos, que escriben los privilegios y las cartas, y los actos de la casa del Rey; y los otros, que son los escribanos públicos, que escriben las cartas de las vendidas y de las compras, los pleytos y las posturas, que los hombres ponen entre sí en las Ciudades y en las Villas: Y que es muy grande la utilidad quando hacen su oficio bien y lealmente, porque se conservan las cosas pasadas en sus registros.

2 Nosotros solo hablaremos de los de la segunda especie. De ellos dice la *l.* 2. *d. tit.* 19. que deben ser hombres libres y Christianos de buena fama; sabedores en escribir bien; y entendidos en la arte de la escribanía, de manera que sepan tomar las razones ó posturas que los hombres pusieren entre sí ante ellos: y hombres de secreto, de modo que los testamentos, y otras cosas que les fueren demandadas escribir en secreto, no las descubran en ninguna manera, salvo si fueren en daño del Rey ó del Reyno: y que tambien deben ser vecinos de aquellos Lugares de que fueron escribanos, y legos: de lo qual da la razon. Ninguno puede ser escribano, que no tenga la edad de 25 años cumplidos, *l.* 2. *tit.* 15. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Ni puede usar de su oficio, sin haber presentado ante la Justicia y Regimiento del Lugar, y ante el escribano del Consejo su título; y asimismo debe en las subscripciones decir, de donde es vecino, so pena, que por el mismo hecho pierda el oficio; y por

la presentacion del título no se les han de llevar derechos algunos, *l.* 13. *d. tit.* 15. Si el escribano fuere Clérigo, no debe usar entre legos de dicho oficio, ni tales instrumentos ni escrituras hacen fe en los negocios y causas temporales, *l.* 3. *tit.* 14. *lib.* 2. *Nov. Rec.* La permision de esta *ley* de poder ser Escribanos los Clérigos, aunque con las limitaciones que expresa la entiende Azev. en su *Comentario*, de los que no tienen Orden sagrado, ni Beneficio Eclesiástico. Y tambien podrá entenderse de los que siendo ya Escribanos se hacen Clérigos. La 11. *tit.* 23. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* establece en diferentes capítulos, donde deben parar los registros de los Escribanos que murieren ó se ausentaren.

3 Crear escribanos es uno de los ramos del Señorío del Reyno, y por ello solo lo puede hacer el Rey, ú otro á quien él otorgase señaladamente poder de hacerlo; porque son como testigos públicos en los pleytos y posturas de los hombres; y lugar de tan gran guarda y lealtad, no es justo lo pueda poner ningun otro. El Consejo los crea á nombre del Rey, y los examina y aprueba al tenor de lo que hemos dicho en el *n. antecedente l.* 3. *l.* 4. *d. tit.* 19. *P.* 3. Y manda la *l.* 4. *tit.* 15. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* que no sean admitidos al exámen, sin que traigan primero aprobacion de la Justicia del Lugar.

4 Ademas de la obligacion de guardar secreto en las cosas que se les encargan, tienen otras los Escribanos, quales son: I. La de escribir las escrituras cumplidamente, y no por abreviaturas, ni poner una letra por un nombre como A, por Alfonso, ni en los apellidos, ni en los nombres de los lugares. Ni tampoco pueden usar de guarismos por nombres, como 8 por ocho; y esto mismo se ha de observar en la fecha que pusieren en la escritura, *l.* 7. *d. tit.* 19. II. La de tener un libro por registro en que pongan las notas de todas las escrituras que las partes les mandaren hacer, y se acordare entre ellos; y despues deben entenderlas, guardando la forma de cada una de ellas, no mudando ni cambiando ninguna cosa

de la substancia del hecho, y deben signar sus registros, *l.* 6. *tit.* 23. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* III. y la mas principal: La de escribir las cartas en los registros lealmente, como se las dieren, no menguando ni añadiendo ninguna cosa en ellas, *l.* 8. *vers. E. lo que d. tit.* 19. Si el Escribano no conociere á alguna de las partes que quisieren otorgar la escritura, no la puede hacer ni recibir; salvo si las dichas partes que asi no conociere presentaren dos testigos que digan que los conocen, y que haga mencion de ello al fin de la tal escritura, nombrando los testigos por sus nombres, y de donde son vecinos; y si el Escribano conociese al otorgante, dé fe en la subscripcion que le conoce, *l.* 2. *tit.* 23. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

5 Los Escribanos deben ser honrados en las Ciudades ó Villas, porque tienen oficio que es en utilidad de todos comunalmente. Y por ello el que deshonrare ó hiriere á alguno de ellos, debe pechar dos tantos de lo que habia de pechas, si no tuviese aquel lugar, *l.* 14. *d. tit.* 19. Y como las falsedades que hicieren los Escribanos son tan opuestas á su instituto, y por otra parte tan perniciosas y de mal exemplo, manda la *ley* 16. *y últim. d. título* 19. que si algun Escribano de Ciudad ó Villa hiciere alguna carta falsa, ó alguna falsedad en juicio en los pleytos que le mandaren escribir, le corten la mano con que la hizo, y darle por malo, de manera que no pueda ser testigo, ni haber ninguna honra mientras viviere. De lo demas perteneciente á escrituras trataremos quando hablemos de la prueba.

6 Habiendo hablado de lo perteneciente á los Escribanos en general, cuyos requisitos son necesarios en todos ellos de qualquier clase que sean, diremos algo de los que lo son de los Tribunales ordinarios. La *l.* 3. *y* 7. *tit.* 15. *y* 23. *lib.* 7. *y* 10. *Nov. Rec.* manda, que en los actos judiciales se guarde lo dispuesto en la 2. *tit.* 32. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* la qual dispone que se hagan todos ante los Escribanos del número de la Ciudad ó Villa, si los hubiere, salvo si hay Escribano del crimen, para

las causas criminales. Y solo permite á las Justicias que puedan valerse de otro para recibir quejas, y tomar las primeras informaciones para prender á los que por primera informacion hallaren culpados, para que se guarde mas el secreto: y hecho esto se ha de remitir al Escribano del número, ó al de la cárcel si lo hubiere. Por la *l.* 6. *tit.* 3. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* en los Lugares donde hay copia de Escribanos, ninguno puede poner pedimento ante Escribano, que sea hermano ó primo hermano suyo. Los depósitos que mandaren hacer las Justicias, no se pueden hacer en el Escribano de la causa sobre que se hiciere, so pena que el Juez que lo mandare, y el Escribano que lo aceptare incurra cada uno en la pena de diez mil maravedís para los Propios del Lugar do sucediere, *l.* 1. *tit.* 26. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

7 Deben los Escribanos por sí mismos escribir los dichos y deposiciones de los testigos, sin que á ellos esté presente alguno; salvo si estuviere impedido por vejez ó enfermedad, en cuyo caso podrá nombrar otro Escribano, si fuere sobre pleyto comenzado ante él; pero si el pleyto no estuviere empezado, lo deberá nombrar la Justicia, *l.* 7. *tit.* 11. *lib.* 11. *Nov. Rec.* Todos los Escribanos públicos de todas Ciudades, Villas y Lugares, y los Escribanos de las cárceles, deben asentar en las espaldas de los procesos y cartas de ventas, poderes, y otra qualquier escritura, los derechos que ellos y los Alcaldes y otras personas llevaren á las partes, y firmarlo de su nombre, y escribirlo de su mano, para que si alguno se quejare, sepa lo que le llevaron, y sin mas averiguacion se pueda hacer sobre ello lo que sea justicia, *l.* 8. *tit.* 35. *lib.* 11. *Nov. Rec.* que manda asimismo á las Justicias, que no firmen mandamientos á los Escribanos, ni otras escrituras ni cartas algunas, sin que en cada una de ellas vayan puestos los derechos, que por los firmar, y los Escribanos por los hacer, han de haber. Y á los Escribanos que no hagan el asiento de derechos en la manera referida, impone la pena, que pierdan lo que han lle-

vado con el quatrotanto para la Cámara del Rey, previniendo á las Justicias, que en lo que fueren remisos é inobedientes lo executen. En virtud de esta doctrina dice Azev. en el comentario de *d. l.* 8. que sin citar al Escribano, y no obstando apelacion, debe hacerse la condenacion y execucion de la pena.

8 Queremos advertir aquí, que todas las diligencias judiciales y escrituras públicas se deben escribir en papel sellado, siendo enteramente nulas las que se hicieren en papel comun, *l.* 1. *tit.* 24. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que impone ademas varias penas á los infractores. La *siguiente* 20. mandó, que se formasen quatro sellos; mayor ó primero, segundo, tercero y quarto, á los que deben añadirse el de oficio, y el de pobres, y explica en varios párrafos de qué sello debe usarse en cada documento. Todo lo concerdiente á este asunto le comprehende la Real *Instruccion del año* 1794. *que es la ley* 11. *tit.* 24. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que se mandó observar por *cédula* del mismo año. No nos ha parecido copiarla aqui por ser tan larga, como que consta de 151 capítulos. Posteriormente por *cédula de* 20. *de Enero de* 1795. se mandó extender el uso del papel sellado á los Tribunales y Juzgados Eclesiásticos de estos Reynos, inclusos los de Inquisicion. Es la *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 2. *de la Nov. Rec.*

9 Como al Ayuntamiento y los que le componen pertenece el gobierno político y económico de los pueblos, y en su caso y lugar tienen verdadera jurisdiccion, como veremos al tratar de las apelaciones, queremos hablar aquí de ellos. Ayuntamiento es: *Congreso ó junta de las personas destinadas para el gobierno político de los Pueblos.* Se suele tambien llamar, *Concejo*, *Cabildo ó Regimiento.* Le componen la Justicia y los Regidores. Tiene derecho de asistir el Corregidor, donde le hay, para autorizar y executar los acuerdos; pero no tiene voto sino en caso de igualdad, dándole á favor de una ú otra parte; y así se practica, *Curia Filípica*, *part.* 1. *juicio civil* §. 1. *n.* 8. Tambien asiste El Escribano del Ayuntamiento

y las otras personas contenidas en sus Ordenanzas, *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* de las quales es una el Síndico Procurador General; y á ciertos Ayuntamientos asisten tambien los Diputados y Personero, como luego veremos: y está prohibido que entren ni esten en él otros, aunque sean Caballeros, *ll.* 4. *y* 5. *tit.* 2. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y si se practicase alguna cosa en el Ayuntamiento ó Concejo, que particularmente toque á alguno de los Regidores ú otras personas que estuviesen allí, debe salirse la tal persona, sin tornar entretanto aquel negocio se praticase: y esto mismo debe hacerse si el negocio tocara á otra persona que con él tenga tal deudo, ó tal amistad, ó tal razon, por cuya causa debe ser recusado; y los autos que contra esto se hicieren no valen, *l.* 6. *tit.* 2. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Azevedo explicando esta ley entiende con razon la palabra *amistad* de aquella que constituye á uno grande é íntimo amigo en los términos que se describe en la *l.* 5. *tit.* 3. *p.* 7.

10 Del oficio de la Justicia como Juez que es, hemos hablado lo bastante. La obligacion de los que componen el ayuntamiento, es cuidar de la economía y gobierno del Pueblo, estableciendo los pesos y medidas y demas cosas semejantes pertenecientes á que el Pueblo esté bien gobernado, sin que puedan meterse en ello las Audiencias, sino por via de apelacion y agravio, *l.* 4. *tit.* 3. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y de esta obligacion es parte haber de exercer uno de los Regidores por meses ó semanas, segun fuere costumbre el empleo de Almotacen, destinado á cuidar de la buena calidad de los comestibles, y que haya abundancia, y á la legitimidad y exactitud de los pesos y las medidas, con facultad de enmendarlos y castigar á los contraventores. Pertenece tambien al Ayuntamiento el cuidado de los abastos y del pósito, y la administracion de los Propios al tenor de la *Instruccion del año* 1760. *ley* 13. *tit.* 16. *lib.* 7. *Nov. Rec.*. y posteriores adiciones que pueden verse en Martinez *Librería de Jueces tomo* 8., hablando del *título* 16. *lib.* 7. *de*

la Nov. Rec. y asimismo la distribucion y exâccion de las rentas ó tributos Reales.

11 Que el oficio de Regidor sea honorífico, no cabe duda (1), como que es uno de los que representan al Pueblo, cuidando de que esté bien asistido. La Curia Filípica en *d.* §. 1. *n.* 10. refiere algunas de sus prerogativas, que dexamos de notar aquí, porque no las hallamos establecidas en nuestras leyes; y deberán ser admitidas las que estan recibidas por la costumbre. Faltando la Justicia, el Regidor mas antiguo le sucede en la jurisdiccion. Lo que establece la *l.* 2. *tit.* 5. *d. lib.* 7. es, que ningunas personas que sean extrangeras de estos Reynos puedan tener en ellos oficios de Alcaldías, ni Regimientos en las Ciudades, Villas y Lugares de los mismos Reynos y Señoríos; y que asimismo no tengan oficios ni cargos que toquen á gobernacion de ellas, ni Carnicerías, ni Panaderías, ni Pescaderías ni otras cosas semejantes, ni que se entrometan en ello. Las leyes Romanas, al paso que excluyeron de este oficio honorífico á los infames (2), admitian á los espúreos, porque nada habian cometido (3): bien que prefiriendo á su competidor legítimo si le tenian (4). En nuestra España nada se puede objetar á los espósitos para que no lo sean, despues de la *cédula de* 20 *de Enero de* 1794, *que es la ley* 4. *tit.* 37. *l.* 7. *Nov. Rec.* que manda se les considere por hijos legítimos para todos los efectos civiles generalmente, y queden hábiles para llevar todos los honores y cargos, quedando en la clase de hombres buenos, y del estado llano, mientras no consten sus verdaderos padres. Y manda ademas dicha *cédula* á las Juticias, que castiguen como á injuria y ofensa á qualquiera persona que intitulare ó llamare á expósito alguno con los nombres de *borde*, *ilegítimo*, *espúreo*, *incestuoso*, ó *adulterino*: Y que á los expósitos no se les impongan las penas de vergüenza, de

(1) *L. 6. de Decur. l. 5. de vacat. et excus. mun.*
(2) *D. l. 6. §. 3. l. 8. C. eod.* (3) *D. l. 6.* (4) *L. 3. §. 2. eod.*

azotes ni de horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrian á personas privilegiadas, por poder suceder que el expósito castigado sea de familia ilustre.

12 Prohibe la *l.* 5. *tit.* 9. *lib.* 7. *Nov. Rec.* que ningun Regidor, ni otro Oficial que ha de hacer la hacienda del Concejo, pueda háber mas de un oficio en tal Concejo; y previene, que si algun Regidor tuviere la Escribanía del Juzgado de los Alcaldes Ordinarios do fuere Regidor, sea obligado á renunciar el uno de ellos, qual quisiese, dentro de dos meses siguientes despues que fuere requerido, so pena, que dende adelante vaquen los dos, y quede en el Rey la provision de ellos. La 6. del mismo *tit.* 9. que no pueden tener un padre y su hijo ú otras personas un mismo oficio de un Regimiento juntamente, que ya entre uno á servirlo, ya entre otro. Y comentando esta *ley* Azeved. es de dictámen, no haber impedimento que el padre tenga un oficio ó plaza, y el hijo otro en un mismo Ayuntamiento.

13 No hallamos en nuestras leyes ninguna, que donde los empleos son añales, prohiba al padre elegir ó dar su voto á favor del hijo, ó al contrario. Pero como estas elecciones ó votos producen envidia ó discordias, turbando la pública tranquilidad, se suele dar provision ordinaria para que no se nombren padres á hijos, ni hermanos á hermanos, como advierte la Curia Filípica *part.* 1. §. 2. *n.* 28. Y queremos advertir para los vecinos de este Reyno de Valencia, que su Real Acuerdo por *decreto del año* 1748. extendió esta prohibicion hasta los primos hermanos, y entre los afines á los suegros, cuñados y concuñados, para que ninguno de estos pudiese dar el voto á su pariente en estos términos; ni pudiesen serlo á un mismo tiempo los que tengan entre sí tal parentesco. Cuyo decreto, aunque solo habló de los Lugares de Realengo, se observa tambien en los de Señorío: y manda tambien, que aquel que haya sido Alcalde ó Regidor, no pueda ser propuesto para el mismo empleo que tuvo, que no pasen tres años, y para el otro diferente dos; y que en quanto al

oficio de Síndico basta un año de vacacion. Lo mismo en quanto á la vacante que deban tener los Alcaldes Ordinarios, manda la *ley* 9. *tit.* 4. *lib.* 7. *Nov. Rec.* exceptuando los Lugares donde hay distincion de estados, en los quales siendo pocos los Hijos-Dalgo, bastará un año para hacer reelegido al que lo haya sido de su estado. Y tambien basta para ser uno reelegido en Alcalde de Hermandad un solo año de vacancia, *l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.*

14 Digamos algo al fin de este *título* de los Diputados y Personero del comun, cuyos oficios se rozan con el de Regidor. Fueron creados por Real *cédula de* 5. *de Mayo de* 1766. que es la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 7. *Nov. Rec.* para evitar á los Pueblos todas las vexaciones que por mala administracion y régimen de los Concejales padezcan en los abastos, y que todo el vecindario sepa como se manejan: sobre lo qual se formó una *Instruccion con fecha de* 26. *de Junio del mismo año*, *ley* 2. *d. tit.* de la que notaremos brevemente aquello que sea mas conducente á lo que tratamos. Los elige todo el Pueblo por medio de 24. Comisarios electores que nombra á este fin; y al otro dia de la eleccion han de acudir á tomar posesion y asiento en el Ayuntamiento, y prestar juramento de exercer bien y legalmente su oficio. No podrá recaer la eleccion en ningun Regidor ni Individuo del Ayuntamiento, ni en persona que esté en quarto grado de parentesco con ellos, ni en quien sea deudor del comun, no pagando de contado, ni en el que haya exercido los dos años anteriores oficio de República. El asiento de los Diputados ha de ser á ambas bandas del Ayuntamiento, despues de los Regidores inmediatamente, con preferencia al Síndico Procurador y al Personero; y lo mismo en las funciones publicas en que concurre en cuerpo el Ayuntamiento.

15 Tambien deben ser admitidos ellos y el Personero en las juntas del Pósito, y otras pertenecientes al abasto del pan. Y no estarán obligados á salir del Ayuntamiento en que asistian con motivo de abastos, aunque se traten

despues otras materias. Por otra *cédula de* 15. *de Noviembre de* 1767. que es la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* se declaró, que con solo un año de hueco puedan ser elegidos para qualquier oficio de Justicia, guardándose los dos prevenidos para exercer la Diputacion ó Personería. Y que el enlace de parentesco que se prohibe entre Diputados y Personero y Oficiales de Justicia, debe entenderse con los Capitulares que entran, y que para evitarlo deben preceder las elecciones de Capitulares á las de Diputados. Segun la citada original *cédula de* 5. *de Mayo*, deben ser quatro los Diputados en los Lugares que lleguen á dos mil vecinos, y dos en los que no llegaren. Y por *Real provision de* 31. *de Enero de* 1769. *ley* 4. *d. tit.* se ha de hacer la eleccion de la mitad cada año, quedando la otra mitad de los que ya lo eran. Y por *circular de* 30. *de Abril del mismo año* 1769. *nota* 6. *d. tit.* se mandó generalmente, que los Diputados podian y debian alternar por meses en quanto al oficio de Almotacen, exerciendo las mismas facultades que el Regidor que tuviese este destino, zelando y procurando que se observen las leyes de Almotacenía, y que nada se perjudique al público en el peso y calidad del género; y que á este fin les señalen la Justicia y Ayuntamiento un Alguacil que les auxîlie estando á sus órdenes.

TITULO V.

DE LOS EMPLAZAMIENTOS, Y MODO DE COMENZARSE LOS PLEYTOS POR DEMANDA Y POR RESPUESTA.

Títulos 7. y 10. P. 3.

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. *Quáles sean las partes del juicio, y de todo lo perteneciente á la demanda.*

8. 9. 10. 11. 12. *Del emplazamiento ó citacion.*
13. *De la contestacion.*
14. 15. 16. *Del seqüestro.*

1 Despues de haber hablado de los juicios en general, explicando las circunstancias que deben concurrir en las personas que intervienen en ellos, pasamos á recorrer las partes de que se componen. Si el juicio se toma estrechamente, son tres sus partes, contestacion del pleyto, conocimiento de la causa, y sentencia. La *l.* 3. *tit.* 10. *P.* 3. reconoce por primera á la contestacion, diciendo: *Comenzamiento e raiz de todo pleyto, sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él por demanda e por respuesta, delante del Judgador.* Y por quanto las partes integrantes de este comenzamiento son dos, demanda y respuesta, entre las quales media la citacion ó emplazamiento, hablarémos con separacion de cada una de ellas, y del emplazamiento. Demanda es: *Peticion que se hace al Juez para que mande dar ó pagar alguna cosa.* Se puede hacer de palabra ó por escrito. Explicarémos esta, y por su explicacion se entenderá tambien la de palabra. Qualquiera demanda para que esté bien hecha, debe contener cinco cosas expresadas en la *l.* 40. *tit.* 2. *P.* 3. I. El nombre del Juez ante quien se hace. II. El del que la hace. III. El del reo contra quien se hace. IV. La cosa, quantía, ó hecho que se pide. V. Por qué razon se pide. Los Autores que han escrito en latin, lo notan todo en un dístico, que queremos poner aqui, para los que lo entienden:

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur; et à quo,
Ordine confectus, quisque libellus habet.

El nombre del Juez se necesita, para que el reo pueda conocer si es competente para él; y como lo puede saber por el emplazamiento ó citacion que se le hace de su órden, se considera, que este suple el nombrar al Juez en la demanda, y que basta; y así se observa en la prác-

tica. Quando el valor de lo que se pide no pasa de 500. reales de vellon, no puede ponerse demanda por escrito: debe ser de palabra, como hemos notado en el *tit.* 3. *n.* 5.

2 La expresion de las otras quatro cosas ó requisitos es tambien necesaria, para que el reo en su visita pueda deliberar, si le conviene ó no el pleytear, y para la instruccion del Juez. Para llenar el requisito II. es menester que el Autor de la demanda tenga ó sea persona legítima para comparecer en juicio. En quanto al III. debemos acordar lo que diximos al *número* 6. *del tit.* 2. que los hijos de familia solo pueden poner demanda contra su padre en los casos que alli referimos, y añadir ahora, que tampoco la pueden poner los ya salidos de la patria potestad, si fuese tal, que de ella pudiese nacer muerte, perdimiento de miembro ó infamia (1). Y quando en otras circunstancias la pueden poner, siempre ha de ser implorando antes la venia, como hemos dicho; *l.* 3. *d. tit.* 2. El hermano tampoco puede hacer demanda contra su hermano sobre cosa por la que recibiese muerte, perdimiento de miembro, ó ser echado de la tierra; salvo si fuere por cosa grave que le tocase á él mismo, como si su dicho hermano le quisiere matar, ú otra cosa semejante, *l.* 4. *d. tit.* 2. Y la misma prohibicion con corta diferencia tienen los cónyuges para demandar el uno contra el otro; y los sirvientes ó criados contra sus amos, con quienes viven ó han vivido, *l.* 5. *l.* 6. *d. tit.* 2. *P.* 3. que ponen algunas excepciones.

3 Sobre el IV. requisito ó cosa que debe contener la demanda hay mas que advertir. Se ha de señalar bien la cosa que se pide. Primeramente, si es mueble ó raiz; y despues si se pide el señorío ó dominio de ella, ó solamente su posesion ó tenencia; y de ahí viene la division de juicios en petitorios y posesorios. Y tambien se ha de expresar, si se pide la emienda ó paga de daño, ó deshonra que haya recibido el demandador en lo suyo, ó algu-

(1) *L.* 5. §. 1. *l.* 9. *de obs. par. et. patr. deb.*

na cosa señalada que le deben dar ó hacer. Si la cosa que se pide es viva, como mula ó caballo, debe el demandador expresar su naturaleza y color. Y su peso, si fuere pieza de oro ó plata, ú otra cosa que se suele pesar. Y si fuese labor hecha de mano de hombre, como vaso ó escudilla de plata, se debe tambien explicar esta circunstancia. Si fuere dinero, debe decir de qué metal (quando esto fuese del caso, que lo es raras veces), y la quantía. Si es trigo, cebada, vino, aceyte, ú otras cosas que se miden, su medida, *l.* 15. *d. tit.* 2. que pone estos y otros exemplos dirigidos todos á que la cosa que se pide se señale bien y claramente (1).

4 Pero si uno demandare arca, maleta ó saco cerrado con llave que hubiese dado á alguno en guarda, ó por otra razon lo pidiere por suyo, no está obligado á decir señaladamente las cosas que hay dentro. Y si el que pide cosa que se suele medir ó pesar, dixere con juramento que no puede señalar la cantidad, por no acordarse de ella, debe ser admitida la demanda; y en lo que pudiere probar serle favorable la sentencia *d. l.* 15. (2). Si alguno quiere demandar cosa raiz, como viña, campo ó casa, debe decir señaladamente en qué lugar está, y nombrar los mojones ó linderos de ella; de suerte que tanto en los bienes raices como en las cosas muebles tiene lugar la regla que las debe señalar el que las demande. Pero cesa en las demandas generales; porque si alguno quisiere demandar los bienes de un difunto á titulo de que era su heredero, le bastará decir, que pide los bienes pertenecientes á la herencia, sin señalarles cada uno de por sí. Y lo mismo será si se pide la cuenta de los bienes de algun huérfano, ó de alguna compañía, *l.* 26. *d. tit.* 2. *P.* 3.

5 Las leyes Romanas establecieron una accion, llamada *ad exhibendum*, adoptada aunque sin expresion de nombre en la *l.* 16. *d. tit.* 2. Esta accion consiste, en que puede el demandador pedir al Juez, que mande al de-

(1) *L. 6. de rei vind.* (2) *L. 1. §. Si quis 40. depos. v. cont.*

mandado que exhiba ó presente ante sí aquella cosa que demanda, para formalizar con mas claridad la demanda, y dar las pruebas correspondientes. No solo puede intentar esta accion el que pide la cosa por suya, sino tambien el que pretende que le está empeñada, ó que tiene otro derecho señalado en ella. Tiene tambien lugar esta accion á favor del legatario, quando mandase el testador que escogiese de sus caballos, ó de cualesquiera otras cosas que tuviese la que le pareciere, en cuyo caso las deberá mostrar todas el heredero. Y quando alguno hubiese unido alguna cosa agena á la suya, deberá asimismo mostrarla, separándola si fuere demandada en juicio (1), á excepcion de si fueren bigas ú otro material ageno, que alguno hubiese metido en su casa, que no deberá sacarlo, por no causar ruina, ó afear la vista de la Ciudad: pero habrá de pagar entonces el dueño de las bigas el doble de su valor, *d. l.* 16. (2).

6 Asimismo está obligado el que tuviere en su poder el testamento de algun difunto, mostrarle ante el Juez al demandador que le pidiere, por pretender que está instituido heredero, ó se le dexa en él alguna manda; y el vendedor á mostrar al comprador los títulos de pertenecerle la cosa vendida. Y los Escribanos públicos de los Consejos estan tambien obligados á enseñar sus registros á todos aquellos á quienes pertenecen las notas de ellos, *l.* 17. *d. tit.* 2. *P.* 3. que pone todavía otros exemplos: de suerte, que segun hemos dicho al principio de este *num.* tiene derecho á valerse de esta accion qualquiera que tenga interes ó derecho alguno en la cosa que desea demandar. Si alguno para burlar esta accion hiciese perecer engañosamente la cosa, estaria obligado á pagar al que la intentó el menoscabo, que jurase haberle causado esta pérdida; y si mostrare la cosa empeorada por su culpa, y el demandador la hiciese suya, ó mostrase otro dere-

(1) *L.* 23. §. 5. *de rei vind.* (2) §. 29. *Instit. de rer. div. et adq. ear. dom.*

cho, porque lo debia hacer, estará el demandado tenido á entregársela, y pagarle el perjuicio que avino en ella por su culpa ó por su engaño, *l.* 19. *de tit.* 2.

7 Del requisito V. ó último de la demanda, ó haberse de expresar en ella la razon porque se pide la cosa, basta decir que si el actor la pide por la accion real, deberá y bastará decir, que la pide por ser suya; y si por accion personal, porque se la debe dar ó entregar el demandado, en virtud de estar obligado á ello, por razon del tal contrato que ha de expresar; porque de este modo queda instruido el demandado para responder lo que le convenga. Atendidas las *leyes* 12. *tit.* 10. *P.* 3. podia tambien el demandador para formalizar su demanda, hacer ciertas preguntas á aquel contra quien habia de litigar, de si era heredero ó no, cómo lo era, y de qué parte, y otras expresadas en dichas leyes, en que se vació un titulo de las Romanas (1); pero ya dixo uno de sus Jurisconsultos, que en su tiempo no estaban en uso (2); y lo mismo dice de nosotros Greg. Lop. en la *glosa* 3. *del princ. de d. tit.* y por eso las omitimos, aunque no las consideramos del todo inútiles. Solo tenemos en este particular un caso expresamente aprobado en la *l.* 4. *tit.* 28. *lib.* 11. *Nov. Rec.* en que se permite al que va á ser actor poner antes de la demanda, para fundarla, una pregunta llamada comunmente *Posicion*, reducida á que declare el reo con juramento, si le debe tal cantidad al tenor de un vale que le presenta, ó si el vale firmado por él lo reconoce por suyo. Y quiere la misma ley, que este vale reconocido traiga aparejada execucion.

8 Puesta la demanda ante el Juez, manda este el emplazamiento ó citacion de aquel contra quien se pide, para que acuda al Tribunal á manifestar sus defensas. De los emplazamientos dice el *princ. del tit.* 7. *P.* 3. que es raiz y comienzo de todo pleyto, que se ha de librar por los Jueces; y esto mismo dice de la contestacion la *l.* 3. *tit.* 10.

(1) *Tit. de interrog. in jur. fac.* (2) *L.* 1. §. *eod.*

d. P. 3. como hemos notado arriba al *n.* 1. Los Intérpretes Romanos se dividieron tambien en este particular, Queriendo unos, que la citacion ó emplazamiento del reo al que llamaron *in jus vocatio*, esto es, llamamiento al tribunal, fuese el principio ó parte primera del juicio; y otros, que lo era la contestacion del mismo pleyto. Cuya desavenencia se concilia con facilidad, diciendo, que lo será el emplazamiento, si se toma el juicio latamente, porque produce ya algunos efectos que luego veremos; y que no lo será, si se toma estrechamente, por que de esta suerte lo debe ser la contestacion; pues sin ella no puede decirse, que hay propiamente pleyto, por faltar todavia un litigante, á causa de no serlo el reo hasta que conste. Tomado en este último sentido son tres sus partes: contestacion, prueba y sentencia. Desvanecida esta dificultad, veamos la explcacion de los emplazamientos. La *l.* 1. *d. tit.* 7. *P.* 3. dice: *Emplazamiento tanto quiere decir como llamamiento que facer á alguno que venga ante el Juzgador á facer derecho ó cumplir su mandamiento.*

9 Se puede hacer de palabra ó por escrito, segun fuere la demanda, y por el mismo Juez, ó de su órden por hombres conocidos, *d. l.* 1. que en las de palabra son los Alguaciles ó Porteros, y en las otras Escribanos, de suerte que siempre es acto público, á diferencia del de los antiguos Romanos: que se hacia por los mismos demandadores, que encontrando al reo le decian; *Sígueme, ó ven al Tribunal.* Si el que ha de ser emplazado se esconde ó huye, ó de otra manera no puede ser habido, para emplazarle en su persona, se ha de hacer el emplazamiento en su casa á los que en ella se hallaren de su compañía: y si casa no tuviere por tres pregones, para que sus parientes y amigos lo sepan, y hagan saber. La costumbre del dia es en estos casos de no poder ser hallado el reo, entregarse á sus parientes, ó en su defecto á sus vecinos mas cercanos, un papel llamado *cedulon*, que contiene el emplazamiento, y se tiene por tal

el que tambien suele fixarse á las puertas de la casa del que no parece.

10 La *l.* 14. *tit.* 4. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* prohibe con varias penas el emplazamiento de palabra, ó no escrito quando el que ha de ser citado está fuera del Lugar y sus arrabales; y que ninguno pueda emplazar sin mandamiento del Juez. Está introducido por derecho divino, natural y positivo, y es tan necesario, que sin ella es nulo el proceso como que priva al reo de la defensa, que se le debe por derecho natural, Curia Filípica §. *citacion nn.* 1. *y* 2. citando á otros. Y aunque en nuestras leyes no hemos encontrado ninguna que lo diga expresamente, hablando de este primer emplazamiento, se conoce ser esta su voluntad, quando en la 12. *tit.* 22. *P.* 3. se establece, que la sentencia seria nula, si alguno de los litigantes no hubiese sido emplazado para oirla; porque es bien claro ser mas necesario é interesante el primer emplazamiento que este. El mismo Dios nos quiso dar un exemplo de esta necesidad, quando en el Paraiso despues de haber pecado Adan, le citó para que diese razon de su conducta, sin embargo de saber que no la podia dar

11 Los efectos de la citacion son varios: I. Previene el juicio, es decir, que el emplazado por un Juez, no puede serlo despues por otro de igual jurisdiccion (1), aunque sí por otro de mayor, *l.* 2. *tit.* 7. *P.* 3. II. Interrumpe la prescripcion, *l.* 29. *tit.* 49. *P.* 3. (2). III. Perpetúa la jurisdiccion del Juez delegado, como diximos en el *tit.* 2. *n.* 20. IV. Hace nula la enagenacion de la cosa pedida, hecha por el emplazado, despues que lo fué, *l.* 13. *d. tit.* 7. que añade varias penas contra los que asi enagenan. La *sig. l.* 14. Pone tres casos de excepcion en que se sostiene interinamente la enagenacion, hasta que definido el pleyto se vea si el deman-

(1) *L. últ. C. de in jus voc.* (2) *L.* 7. *C. de præsc.* 30. *v.* 40. *an.*

dador tiene derecho en la cosa que pide. V. Sujeta al emplazado á comparecer y seguir el pleyto ante el Juez que era legítimo para él quando le emplazó, aunque despues por mutacion de domicilio, ó por otra causa dexase de ser competente, *l.* 12. *d. tit.* 7. (1). VI. Precisa al emplazado á que se presente al Juez, aunque tuviese el privilegio para no ser reconvenido ante él, por que asi corresponde á la honra del lugar y poder que tiene el Juez por el Rey; y mostrando el privilegio, queda libre de pleytear alli. Si sú exêncion fuese notoria, no es tenido á comparecer, *l.* 2. *d. tit.* 7. (2).

12 La *l.* 8. *d. tit.* 7. pone varias penas á los que emplazados no acuden al juicio; pero la práctica es que se les señalen los estrados del tribunal por Procurador, y en ellos se leen las providencias del Juez causándoles el mismo perjuicio que si les hicieren en sus personas las notificaciones. Pero debemos advertir, que la *l.* 2. *tit.* 5. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* concede al demandador, que en lugar de este medio pueda escoger la via dicha de *asentamiento*, esto es, que se le ponga en posesion de la cosa, ó bienes del emplazado en los términos y con los efectos que expresa la *l.* 1. *d. tit.* 5. Y que la *l.* 2. *del mismo tit.* 5. permite al actor que litigare contra reo que fuese menor, que pueda tornar á elegir la via de asentamiento, dexando la otra que habia escogido para evadir que sea burlado con largas. Si sospechando alguno que le querian emplazar sobre cierta cosa, la enagenase á favor de otro mas poderoso, para dar mas trabajo y embarazo al que iba á mover el pleyto, tendria este derecho para dirigir la accion contra el tal poderoso pidiéndole la cosa, ó contra el que la enagenó el daño que le vino por esta razon, *l.* 30. *tit.* 2. *P.* 3. *l.* 15. *d. tit.* 7. (3). Y si hiciere esta maliciosa enagenacion el demandador de algun derecho que tuviere en cierta cosa,

(1) *L.* 7. *de judic.* (2) *L.* 2. *Si quis in jus vocatus non ierit. l.* 5. *de jud. l. últ. de jurisdic.* (3) *L.* 1. *de alien. judic. mutand. cau.*

ántes ó despues de haber emplazado á su contendedor, no vale la enagenacion, *l.* 16. *d. tit.* 7. Y por quanto esta sospecha de malicia no se presume en los testadores, podrá dexarse en el testamento, sin ningun vicio ni pena, qualquier cosa á uno mas poderoso, *l.* 17. *d. tit.* 7. *P.* 3. (1).

13 Acudiendo por sí ó por su Procurador el emplazado al Juez, da á la demanda su respuesta, que se llama *contestacion* del pleyto, y la debe dar llanamente diciendo sí ó no, como lo expresa la *l.* 3. *tit.* 10. *d. P.* 3. en cuya conformidad dice Greg. Lop. en su *glos.* 2. que se aprueba en esta *ley* la opinion de los que dixeron, que tambien por confesion del demandado se hace la contestacion. La 7. *d. tit.* permite al demandador pedir muchas cosas en una demanda, como no sean contrarias entre sí. Hecha la contestacion estan ambos litigantes sujetos al Juez, y se puede producir á las probanzas y á la sentencia por su orden, *l. últ. d. tit.* 10.

14 Antes de tratar de las pruebas, debemos decir algo de las peticiones que á las veces hacen los demandadores, despues del emplazamiento, y antes de formalizar sus demandas, como que deben atenderse previamente; y es que se ponga entre tanto en seqüestro y poder de un hombre fiel las cosas sobre que van á pleytear; porque sospechan que aquellos que las tienen las malmeterán, encubrirán ó transportarán para que no parezcan; y los otros lo contradicen, y contienden las partes á menudo sobre esto, *princ. titul.* 9. *d. P.* 3. Para mandarse la seqüestracion ha de haber razon ó causa justa, porque sin ella no se puede hacer (2). La *l.* 1. *d. tit.* 9. señala seis razones justas: I. Por avenencia de las partes que se convienen en ello, y en esta seqüestracion, que es voluntaria, debe el fiel ó seqüestrado, guardar la cosa en la manera que le fuere encomendada. II. Quando la cosa sobre que se litiga es mueble, y el

(1) *L.* 8. §. 3. *cod.* (2) *L. unic. C. de prob. sequest. pecun.*

demandado persona sospechosa, y se temiese que la transportará ó empeorará. III. Quando habida contienda sobre alguna cosa se dió sentencia definitiva contra aquel que la tiene, y él se alza de ella, si fuere hombre de quien haya sospecha que la malmeterá ó desgastará sus frutos, porque entonces debe ser desde luego desapoderado de ella. Y ha de meterla el Juez en mano de fiel que la guarde y recoja los frutos y rentas de ella, hasta que el Juez de alzada haya librado el pleyto, y mandado á quien deba ser entregada la cosa con sus frutos.

15 IV. Quando el marido de alguna muger fuese malgastador de sus bienes, de manera que comenzase ya á venir á pobreza; en cuyo caso podrá pedir la muger al Juez, que su dote y los bienes que le pertenecen los entregue á ella; ó los ponga en mano de fiel que los guarde por ella: y los frutos que salieren de dichos bienes los dé á él ó á ella para su gobierno. La doctrina de esta IV. razon la trae tambien la *l.* 29. *tit.* 11. *P.* 4. pero expresando que debe tener lugar quando el marido por su culpa va á pobreza, y no quando esto sucediere sin culpa suya; como lo hemos notado en el *lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 14. V. Quando teniendo un padre ó madre dos hijos prefiere al uno, ó lo deshereda injustamente, é instituye al otro heredero de todos sus bienes. Entonces puede el hijo desheredado pedir á su hermano la parte de los bienes que le tocan de su padre, ó de su madre, queriendo él meter á particion con su hermano los que habia recibido de su padre ó su madre con las ganancias, dando fiadores á su hermano que asi lo cumplirá. Haciendo esto debe venir á la particion de bienes con su hermano. Pero si no lo quisiere hacer, debe ponerse en seqüestro toda la parte de bienes que habia de heredar de su padre, para que el fiel recoja sus frutos, y darle el Juez plazo para que lo cumpla. Si hasta el plazo lo cumpliere, se le debe entregar su parte con los frutos que de ella salieron; y si no ha de mandar el Juez tornarlo todo al hermano que fue instituido heredero. La VI.

razon se omite como inútil en el dia por hablar de esclavo.

16 Aunque *d. l.* 1. refiere taxâtivamente dichas seis razones allí: *Seis razones señaladas son e non mas*: no podemos negar haber otros aprobados en otras leyes nuestras, como sucede quando dos litigan sobre la tenuta de un mayorazgo, en cuyo entretanto se suelen poner en seqüestro les bienes del mayorazgo, y siempre se há acostumbrado cometer al Señor Presidente ó Gobernador del Consejo el nombramiento de seqüestrador que los administre, beneficie y cobre con total independencia de los interesados, *nota* 4. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* El mismo Señor Gobernador lo fue algunos años de los Estados de Gandía á la mitad del siglo próxîmo pasado. Y la *l.* 1. *tit.* 25. *l.* 11. *de la Nov. Rec.* aprueba los seqüestros ó embargo que hacen los Jueces por deudas ó maleficios; y previene, que quando esto suceda, no incurra en pena el dueño de las heredades y casa por hacerlas labrar y reparar; y que si durante el seqüestro fuese tiempo de coger los frutos de las heredades, los Oficiales del Lugar donde esto acaeciere, hagan coger los frutos hasta que se determine quién los debe haber. Y la práctica es, que el mismo seqüestrador lo haga todo y esté obligado á ello. Y últimamente tendrá lugar el seqüestro siempre que se tema prudentemente, que no haciéndolo pueden las partes llegar á las armas.

TITULO VI.

DE LAS PRUEBAS.

Tit. 14. y 18. P. 3. (1).

1. 2. *Qué sea prueba, y qué debe probar el demandador, y no el que niega, con algunas limitaciones.*
3. 4. *La prueba debe darse ante el Juez: y la division de pruebas en plenas y semiplenas.*
5. *Tres clases de los que no pueden ser testigos.*
6. 7. 8. 9. *Se refieren varios que no pueden ser testigos, con relacion á las clases.*
10. *Cómo deben recibirse las deposiciones de los testigos.*
11. *Cómo deben responder, dando razon de lo que deponen.*
12. *Qué se ha de hacer quando los testigos estan ausentes.*
13. *Cómo puede el Juez compeler á los testigos.*
14. *Dos testigos mayores de toda la excepcion hacen plena prueba.*
15. *Qué deba hacerse quando hay testigos por ambas partes.*
16. *Tasa del número de testigos; y qué deba creerse quando chocan entre sí el instrumento y las deposiciones de los testigos.*
17. *Division de los instrumentos ó escrituras en públicas y privadas, y que las públicas hacen plena prueba.*
18. 19. 20. 21. 22. *De los minutarios, y del protocolo.*
23. *Cómo han de sacarse las copias de las escrituras.*
24. 25. *De las escrituras privadas.*
26. *Es dificil de guardar las pruebas semiplenas.*
27. 28. 29. *De la presuncion y sus especies.*

1 Explicada la primera parte del juicio, que es la

(1) Titt. 3. 4. y 5. *lib.* 22. *Dig.*

contestacion, con todo lo que antecede, entramos en la segunda que es la prueba; porque toda vez que se ha contestado el pleyto, suele pedir alguna de las partes que se abra la causa á prueba, y mandarlo el Juez, que á veces lo manda tambien sin pedirlo las partes. No es otra cosa prueba que: *Averiguamiento que se hace en juicio en razon de alguna cosa que es dudosa* (1). Naturalmente pertenece al demandador, quando la otra parte niega la demanda ó la cosa ó el hecho sobre la pregunta que le hace. Y si no la probare, deben dar por quinto ó libre al demandado de aquella cosa que no fue probada, y no es tenido este tal de probar lo que niega. Ni las negativas pueden probarse por su naturaleza, á excepcion de algunas que contienen afirmacion, de las que luego hablaremos, *l.* 1. *tit.* 14. *P.* 3. Es pues regla cierta de derecho, dice la siguiente *l.* 2. que la parte que niega alguna cosa en juicio, no está tenida á probarla (2). De las negaciones que contienen afirmacion, y por ello las ha de probar el que las vierte, trae varios exemplos la *l.* 2. *d. tit.* 14. que notaremos aqui brevemente, porque son harto dignos de tenerse presentes: I. Si alguno objeta á otro en juicio, que no puede ser Juez, Abogado ó testigo, porque la ley se lo prohibe, ó se lo impide algun hecho, deberá probar la exîstencia de la ley prohibitiva, ó del hecho que impide, sin necesidad en los otros que pueden ser, y son legítimos Juez, Abogado ó testigo.

2 II. Si alguno presentare un testamento en que estaba instituido heredero, pidiendo en su conformidad la herencia, y otro lo contradixere diciendo, que el testamento no vale, porque el testador quando lo otorgó no estaba en su memoria ó juicio, deberá este contradictor probar la falta que alega, aunque lo haga por modo de negacion. III. Si quando el marido muere se halla dinero ó ropa en poder de la muger, y pidiéndolo

(1) *L.* 12. *de probat.* (2) *L.* 2. *et passim. eod.*

los herederos del finado, negare la muger que sean de su herencia, los habrá de entregar, si no probare que no eran de su marido, sino suyos. De estos exemplos II. y III. señala tambien otra razon la misma ley, y es, que en el I. se sospecha ó presume, que el testador estaba cabal quando testó; y en el II. que los dineros y ropa eran del marido, cuya razon de sospecha puede tambien acomodarse al caso I. de la qual nace otra regla en asunto de pruebas, de que hecha á su contrario la obligacion de probar el que tiene á su favor la presuncion (1). Del exemplo III. pone *d. l.* 2. al fin una excepcion en aquellas mugeres que usan arte, ó menester de que pudieron ganar el dinero, á las quales no les debe despojar desde luego, sino oirse las razones que haya por una y otra parte. Por la dicha regla de la presuncion establece la *l.* 3. *d. tit.* 14. que si algun padre dexando á un hijo suyo quanto le permiten las leyes, declarase en su testamento, que le pagaren al tal hijo cierta deuda, no deberán pagar los coherederos la deuda si la negaren, á menos que dicho hijo probare ser cierta y legítima.

3 La prueba debe darse ante el Juez, y no ante la parte contraria, que podrá estar delante solo á ver jurar los testigos, y á la qual se le ha de dar despues traslado si lo pidiere; pero como siempre lo desea esta, se le da sin esperarse á lo que pida. Y ha de ser sobre la cosa que se pleytea ó perteneciente á ella: sobre otros asuntos no debe admitirla el Juez, *l.* 7. *d. tit.* 14. Como el Juez es el que recibe las pruebas, y debe meditar su fuerza para acertar en la sentencia que debe dar, y todas no la tienen igual, nace de alli la famosa division de pruebas en plenas y semiplenas. Se dice plena prueba aquella que hace tanta fuerza, que el Juez por ella sola queda bastante instruido para la sentencia, Ant. Gom. 3. *var. cap.* 12. *n.* 3. y por lo contrario semiplena la que por sí sola no instruye bastantemente al Juez para dar la sentencia. Las

(1) *L.* 25. *de probat.*

graduaremos despues de haber corrido sus especies. La *l.* 8. *d. tit.* 14. pone varias: I. La confesion de la parte contra sí en juicio y fuera de juicio en algunas circunstancias que explicaremos. II. La de testigos. III. La de cartas ó instrumentos. IV. La de presunciones. V. La de vista de ojos en las causas de division ó amojonamiento de términos de Lugares ó campos. VI. La de vista de mugeres de buena fama, para averiguar si alguna muger está corrompida ó preñada. VII. La de la fama. VIII. La de leyes ó derechos, que muestran las partes en juicio. Hay ademas algunas otras, como la comparacion ó cotejo de la letra, *l.* 118. *tit.* 18. *P.* 3. y la fuga en los delitos. Finalmente la del juramento, *l.* 11. *d. P.* 3.

4 Referidas las especies de pruebas, veamos ahora quáles son plenas, y mas abaxo al *n.* 26. veremos quáles son semiplenas. Es plena la de la confesion (las leyes de las *Partidas* las llaman *conocencia*), quando se hace en juicio confesando alguno contra sí; y tambien la que se hace en las causas civiles fuera de juicio delante de la otra parte ó su Procurador, y con expresion de cosa cierta; su cantidad, y razon por qué lo debe. Sin estas circunstancias solo es sospecha, *l.* 2. *l. ult. tit.* 13. *P.* 3. que en quanto á delitos, dice generalmente, no hacer prueba la confesion hecha fuera de juicio, entendiéndolo de la plena; porque añade, que hace gran sospecha. La *l.* 4. *d. tit.* 13. explicando mas este asunto, añade los requisitos que deben concurrir para que haga daño al que la hace la confesion hecha en juicio, á saber, que sea de edad cumplida: que la hubiese hecho á sabiendas y no por yerro: y de su grado y no por premia: y sobre cosa ó quantia cierta. Si es falsa la exîstencia del cuerpo del delito, claro es que no vale la confesion de haberle cometido, *l.* 5. *d. tit.* 13. Ni tiene tampoco valor alguno la confesion que qualquiera hiciere por yerro contra las leyes y contra la naturaleza, *l.* 4. *l.* 6. *d. tit.* 13. que pone exemplos. Tambien son plenas la de testigos é instrumentos, en los términos que explicaremos mas abaxo. Asi-

mismo son plenas las dos de vistas de ojos V. y VI. y la VIII. si se acomoda bien á la proposicion del que la produce. Contamos tambien los juramentos por pruebas, ó bien sea de premia, que el Juez lo exîge en su caso y lugar, ó judiciales, que con aprobacion del mismo Juez los exîge una parte á otra, ó voluntario, que sin intervencion del Juez los pide y da una parte á la otra, cuyas tres especies se explican en la *l.* 2. *tit.* 11. *d. P.* 3. diciéndose, que al tenor de dichos juramentos debe el Juez librar el pleyto, que es lo mismo que decir, que se halla bien instruido de cómo debe dar la sentencia. En las demas leyes de *d. tit.* 11. se notan varias circunstancias de estos juramentos que las omitimos, porque estan muy poco en uso.

5 Exâminemos ahora la famosa prueba de testigos, que es muy freqüente, y en casi todos los asuntos necesaria. La necesidad está á la vista, porque la mayor parte de las causas ó negocios no se pueden probar de otra manera; y de ahí viene su freqüencia. Testigos, dice la *l.* 1. *tit.* 16. *P.* 3. son: *Omes o mugeres que son a tales, que no pueden desechar de prueba, que aducen las partes en juicio, para probar las cosas negadas o dudosas.* Y que nace grande utilidad de ellos, porque se sabe la verdad por su testimonio, que en otra manera seria escondida muchas veces. Pueden ser testigos todos los que no estan prohibidos de serlo, *l.* 8. *d. tit.* 16. Contando pues los prohibidos sabremos, que lo pueden ser todos los demas. De los prohibidos hay tres clases. La primera es de aquellos que lo estan absolutamente para todas las causas, como son los que carecen de juicio, de manera que no entienden lo que se hace, quales son los furiosos, mentecatos, infantes, próximos á la infancia, y los muy borrachos mientras lo estan. La segunda clase es de los que solo pueden serlo en las causas privilegiadas. Y la tercera de aquellos que solo tienen prohibicion de serlo en ciertas causas, ó por algunas, ó contra algunas personas.

6 La *citada l.* 8. sin hacer distincion de la primera y

segunda clase, la que tampoco hallamos expresa en ninguna otra de nuestras leyes, aunque algunas las suponen, y no pueden negarse, pone una larga relacion de prohibidos mezclando el que ha perdido el seso mientras le dura la locura, que es el de la primera, con los otros que son de la segunda. Los que nombra son: I. El infame, añadiendo, que puede serlo en los pleytos de traicion contra el Rey ó contra el reyno atormentándolo ántes. II. Aquel contra quien fuese probado, que dixo falso testimonio, ó que falsó carta, sello ó moneda de Rey, ó que dexó de decir verdad por precio que hubiese recibido. III. Aquel á quien le ha sido probado, que dió yerbas ó ponzoña á alguno para matarle ó hacerle otro mal en el cuerpo, ó para hacer perder los hijos á las mugeres preñadas. IV. El homicida. V. El que siendo casado tiene barragana ó amancebada en su casa. VI. El que forzare muger alguna, aunque no se la llevare, ó sacase los que estan en Religion. VII. El Apóstata. VIII. El que se casa con muger parienta en grado prohibido sin dispensacion. IX. El que es traidor ó alevoso, ó dado conocidamente por malo. X. El que hubiese perdido el seso. XI. El que fuere de mala vida como ladron, ó alcahuete conocido ó tafur (ahora decimos tahur) que fuere á las tabernas ó tafurerías manifiestamente, ó muger que anduviese en semejanza de varon. XII. El hombre muy pobre y vil que usase de malas compañías. XIII. El que hubiese hecho pleyto de homenage, esto es, dado palabra solemne á otro de hacer algo por él y no lo cumple.

7 A la tercera clase de testigos prohibidos pertenecen los que tienen la prohibicion limitada á ciertas causas ó personas. En primer lugar, ninguno puede ser testigo en causa propia (1), ni se admite el testimonio de aquel, que fuese del litigante hijo, esclavo, aforrado, mayordomo, quintero, hortelano, molinero, ni apaniaguado; porque de todos estos se reputa propia la causa. Ni tam-

(1) *L.* 10. *de test.*

poco se admite aquel á quien se puede mandar que atestigüe. Pero en pleyto de Concejo, Monasterio, ó Iglesia bien pueden ser testigos los que son de aquel Concejo, Monasterio ó Iglesia, *l.* 18. *d. tit.* 16. *P.* 3. Por razon de interesado se considera tambien causa propia, y no puede ser testigo el vendedor en el pleyto, que movieren al comprador sobre la cosa que compró, respecto á que está tenido á la eviccion, *l.* 1. *d. tit.* 16. Ni el compañero en alguna mercadería ú otra cosa, en la causa que siguiere su compañero sobre aquella cosa, pues que el interes es comun. Pero no le impide el ser compañero el que pueda ser testigo en otro asunto no perteneciente á la compañía, *l.* 21. *d. tit.* 16. *P.* 3.

8 Estan tambien prohibidos de serlo los Procuradores y guardadores de huérfanos en las causas que de ellos demandasen ó amparasen por aquellos cuyos Procuradores ó guardadores fuesen. Y los Abogados en los pleytos en que empezaron á razonar; pero si la otra parte los pidiese por testigo, bien lo podian ser *l.* 20. *de tit.* 16. lo que deberá entenderse, sin poder manifestar los secretos ó confianzas que le hubiese hecho el sujeto por quien razonó. Ningun ascendiente puede ser testigo por su descendiente, ni al contrario (1), á excepcion de las causas de edad ó parentesco en que pueden serlo los ascendientes *l.* 14. *d. tit.* 16. lo que entendemos con la limitacion que expresó el derecho Canónico en el *cap. super eo* 82. *de testib. de las Decretales de Gregor. IX.* de que sea en causa de que no esperen provecho. Tiene tambien prohibicion de ser testigo la muger por su marido, y el marido por su muger, y un hermano por otro, estando los dos baxo la patria potestad, *l.* 15. *d. it.* 16. Y no puede serlo contra otro el que tuviere con él grande enemistad, como seria por haber muerto algun pariente suyo ó querido matarle á él mismo, ó haberle acusado ó infamado sobre tal cosa, que si le fuere aprobada hubiera de recibir muerte, perdi-

(1) L 9. *de test.*

miento de miembro, echamiento de la tierra, ó perdimiento de la mayor parte de sus bienes; pero esta prohibicion solo tiene lugar mientras durare la enemistad, *l.* 22. *d. tit.* 16.

9 Ninguno puede ser apremiado á ser testigo contra sus ascendientes ó descendientes ó parientes colaterales, hasta el quarto grado, ni el suegro contra el yerno, ó al contrario, ni el padrastro contra el anado, entenado ó hijastro, ó al contrario en cosa que tocare á su persona ó su fama, ó á daño de la mayor parte de sus bienes; pero si alguno de ellos lo quisiere ser de su grado sin apremio, quando se lo mandaren, bien podra serlo, *l.* 11. *d. tit.* 16. *P.* 3. *l. últ. tit.* 30. *P.* 7. Hay una ley Romana (1), que prohibia ser uno testigo contra otro en la línea de padres é hijos ó derecha, tanto por voluntad como por fuerza: la cita Gregor. Lop. en la *glosa* 3. de *d. l.* 11. é insinúa, que tal vez se podria tentar, que la permision de *d. l.* 11. de poder atestiguar las personas que refiere unas contra otras quando lo quieran, no deberá entenderse en las de la línea derecha, sino en las demas; pero no se atreve á afirmarse en este piadoso modo de pensar, por estar muy claras en contrario las palabras de dichas *leyes* 11. *y últ. tit.* 30. pensamos como él. En las causas civiles no puede ser testigo legítimo el menor de 14. años, ni en las criminales el menor de 20. pero despues de esta edad lo pueden ser de las cosas que antes de cumplirla habian visto y sabido bien, y se acordasen. Y aunque antes de dicha edad su testimonio no seria completo, serviria de gran presuncion si tuvieren buen entendimiento, *l.* 9. *d. tit.* 16. *P.* 3.

10 Antes de recibir el Juez las deposiciones de los testigos, les debe tomar el juramento de que dirán la verdad delante la otra parte, haciéndolo saber á esta con señalamiento de dia; y si esta no quisiere acudir, no por eso debe el Juez dexar de tomar el juramento á los testigos,

(1) *L.* 3. *de testib.*

y recibir sus dichos. La deposicion sin juramento no vale, salvo si placiere á ambas partes relevar de que jurase algun testigo, fiándose de su lealtad, *l.* 23. *d. tit.* 16. Y debe el testigo decir en su deposicion, que no mezclará falsedad alguna, y que no dexará de decir la verdad de lo que supiere, por amor ni desamor, ni por miedo, ni por cosa que le sea dada ó prometida, ni por daño, ni por utilidad que entienda haber; y que no encubrirá la verdad en quanto supiere, aunque no le preguntare el Juez; y que no descubrirá lo que dixo hasta que el Juez lo haya publicado, *l.* 24. *d. tit.* 16. *l.* 3. *tit.* 11. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* La práctica es ponerse estas circunstancias en la primera pregunta del interrogatorio, y se llaman comunmente las *generales de la ley*, entre las quales se añade si es pariente de alguna de las partes. Para recibir el Juez la deposicion de un testigo, lo debe apartar de manera, que ningun otro le oiga, y tener consigo Escribano que escriba lo que dixere, *l.* 26. *d. tit.* 16. *P.* 3. la qual refiere otras cuidadosas diligencias, que en seguida se deben practicar para asegurar que no haya alteracion ó equivocacion alguna en la deposicion. Ni debe el Juez recibir probanza de extremo, que nada aprovecharia en su pleyto al que la pide, ni dañaria á la otra parte; y si la recibiese no vale, *l.* 5. *tit.* 10. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*

11 Si preguntando el testigo por qué razon sabe lo que depone, dixere que lo sabe porque estaba delante, y vió el hecho ó la cosa en disputa, es valedero su testimonio; y debe ser preguntado del año, mes, dia y lugar en que sucedió el hecho; y si fueren dos testigos que discordaren en el lugar, ninguno de los testimonios valdria, como lo entendió y juzgó bien el Profeta Daniel en la causa de acusacion contra la justa y honesta Susana. Tambien ha de ser preguntado quiénes eran los otros testigos que estaban delante quando acaeció el hecho, y no se pueden hacer otras preguntas al testigo que fuere hombre de buena fama. Pero si fuere vil ó sospechoso, le podrá el Juez hacer otras, segun le dictare su prudencia. Si el testigo

diese por razon de ciencia que asi lo habia oido, no aprovecha su testimonio, sino es que no pudiere darse otra prueba por motivo de ser cosa tan antigua, que escedia la vida de los hombres ú otro semejante. El testimonio del testigo que no diere razon alguna de ciencia, sino que solo dixere que asi lo cree, no vale, *l.* 28. *l.* 29. *d. tit.* 16.

12 Si los testigos que quieren presentar las partes morasen en otro Lugar, debe el Juez enviar carta ó requisitoria al Juez de aquel Lugar para que reciba sus deposiciones, y las haga escribir y sellar, de manera que ninguno las pueda ver, y despues de hecho todo se lo envie. Si la causa fuese tan grande que pudiese nacer de ella muerte, perdimiento de miembro ó echamiento de la tierra, no tiene lugar la requisitoria, porque el Juez que ha de juzgar el pleyto, debe recibir los testigos por sí mismo y no por otro, *l.* 27. *d. tit.* 16. *P.* 3. para lo qual habrán de ir los testigos al Lugar del Juez que conoce de la causa, como lo advierte Greg. Lop. en la *glos. de la misma ley.*

13 El Juez debe compeler á los testigos de las partes á que vayan ante él á decir sus dichos sobre qualquier pleyto civil ó criminal al plazo que les señalare, asi por los bienes como por los cuerpos, *l.* 1. *tit.* 11. *lib.* 11. *de la Nov. Rec. l.* 35. *de tit.* 16. la qual pone limitacion en los viejos de mas de setenta años, mugeres honradas, personas ilustres, enfermos de grande enfermedad, y otros embarazados por varias ocupaciones que refiere, los quales no serán obligados á ir ante el Juez á hacer sus deposiciones. Si el pleyto fuere muy granado deberá el Juez ir al Lugar donde estan á recibir su testimonio y hacerlo escribir, y si el pleyto no fuere tal, puede el Juez enviar allá su Escribano que reciba sus dichos y los escriba; y hecho así, vale lo mismo que si ellos hubiesen ido á dar su testimonio ante el Juez. Otra limitacion hemos notado al *n.* 9.

14 Para probar qualquier pleyto bastan dos testigos que sean de buena fama, y que no se les pueda desechar

por parte alguna, y como suele decirse mayores de toda excepcion: hacen pues plena prueba dos testigos de esta clase, *l.* 32. *d. tit.* 16. (1). Solo se exceptúa el caso en que uno quisiere probar haber pagado ó satisfecho deuda, á que se habia obligado por escritura pública. Entonces para probar su liberacion ha menester otra escritura pública, ó que cinco testigos digan, que ellos eran presentes quando aquella paga ó quitamiento fue hecho, y que fueron llamados y rogados para que fuesen testigos. Greg. Lop. en la *glos.* 2. *de d. l.* 32. abraza la opinion comun de que esta prueba especial solo es necesaria quando las partes no quisieran contraer sino por escrito, y que esto en duda no se presume: y que en otros términos basta la ordinaria. Pero no basta para probar ningun pleyto el testimonio de uno solo aunque fuere muy eminente (2): bien que haria gran presuncion, sino es que fuese el del Rey, que basta por sí solo, *l.* 32. *d. tit.* 16. *P.* 3. la qual añade, no tener lugar esta regla en los testamentos que tienen sus peculiares solemnidades, como hemos visto tratando de ellos.

15 Quando sola la una de las partes da testigos que hacen plena prueba, claro es que debe el Juez dar la sentencia á favor del que los presentó; pero sucede á las veces, que hay testigos por una y otra parte, que unos y otros por sí parecen suficientes. Entonces el Juez debe atender y creer los dichos de aquellos, que entendiere que dicen la verdad; ó se acercan mas á ella, ó fueren de mayor fama, aunque los que dixesen lo contrario fuesen mas en número. Y si fueren iguales en razon de las circunstancias de sus personas y dichos, debe juzgar por los que fuesen mas en número. Y si tambien en el número hubiese igualdad, deberá absolver y dar por quito al demandado, *l.* 40. *d. tit.* 16. (3), que da la razon de que los Jueces deben ser aparejados mas para quitar ó obsolver al demandado, que para condenarlo (4).

(1) *L.* 12. *de testib.* (2) *L.* 9. §. 1. *C. de testib.* (3) *L.* 3. *in princ. et plures* §§. *de testib.* (4) *L. Arrianus* 47. *de obl. et act.*

16 Tasó la *l.* 32. *d. tit.* 16. al número 12. los testigos que cada parte puede presentar en juicio; pero la 2. *tit.* 11. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* aumentó la tasa hasta 30. Y la *l.* 117. *tit.* 13. *P.* 3. señaló el número de testigos extraños con que debemos probar ser falso un instrumento, que diga que en cierto dia estabamos en tal Lugar, quando nos conviene ó deseamos probarlo, previniendo que deben ser quatro si el instrumento es público, y dos si fuere privado. Y si hubiere contradiccion entre el instrumento público, y los testigos instrumentales, manda la *l.* 115. *d. tit.* 18. que si el Escribano fuese hombre de buena fama, y el instrumento concuerda con el protocolo, deba ser creido el instrumento; pero que si el Escribano no tuviere buena fama, y los testigos la tuvieren, y ademas el instrumento fuese reciente, debe ceder este al testimonio de los testigos. Si el instrumento fuese antiguo prueba Greg. Lop. en la *glos.* 8. *de d. l.* 115. que tambien en este segundo caso debe prevalecer el instrumento á los testigos.

17 Los instrumentos ó escrituras son la otra famosa prueba que vamos á explicar, y son muy útiles, y para conservar la memoria de lo antiguo necesarias, *princ. tit.* 18. *P.* 3. Las escrituras son públicas ó privadas, aquellas hacen plena prueba si estan bien hechas, y no contienen vicio, *l.* 114. *tit.* 18. *P.* 3. y las privadas solo en algun caso como vamos á ver. Públicas son las selladas con sello del Rey ó de otra persona que haya dignidad con sello; y las hechas por Escribano público, de las quales solas trataremos en *este título.* Para explicar este asunto con mas claridad y provecho, queremos manifestar ante todo la práctica con que se gobierna. Comparecidas las partes que han de otorgar la escritura ante el Escribano, le exponen su intencion en los términos en que se han convenido, y escribiéndola el Escribano, ó dictándola á su Escribiente, la firman las partes, ó á sus ruegos uno de los tesigos, y el mismo Escribano en un quadernillo de papel comun, al que llaman *Minutario*, porque se ponen

las cosas en menor, sin la extension con que se alargan despues las escrituras, y van colocando en el Protocolo.

18 A este Minutario no se le puede negar la calidad de original, como que lo es con toda propiedad, como que es la primera escritura, que es lo que se requiere para serlo, Covarr. *prac. quæst.* 19. *n.* 1. Y por lo mismo, y que se formó á presencia de los otorgantes en los términos que expresaron querer, cuyas circunstancias faltan á las escrituras extendidas en el Protocolo, no parece poder dudarse, que se debe mas fe á ellos que á estas, quando se observase alguna discordancia. Pero como en dichos Minutarios hay á las veces borrados y enmendados, y no se cuida salvarlos, y por no estar custodiados y recabados como corresponde, es fácil á cualquiera mal intencionado el corromperlos, y al mismo tiempo hay Escribanos que no los conservan como deben; nace de ahí, que no son respetados y atendidos como se merecian si estuviesen buenos. Si se presentaren algunos enteros y perfectos, siempre seria de dictámen, que deben ser preferidos á los Protocolos, por mas campanillos que se pongan á estos. como no fuera el de que antes de firmarse las escrituras extendidas en él se hubiesen de leer á las partes, y de ello y de su aprobacion constase alli mismo.

19 Recorrido lo perteneciente á Minutarios, pasamos á hablar de los Protocolos. Esta palabra *Protocolo* se acomoda muy bien á los Minutarios como prueba Covarr. *prac. quæst. cap.* 19. *n.* 2. Pero á causa del poco respeto con que se miran, como hemos dicho, y desaparecerse con frequencia, se ha aplicado á un libro enquadernado de pliego de papel entero que deben tener los Escribanos, de cuyas circunstancias y fe habla la *l.* 1. *tit.* 23. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* en estos términos: »Mandamos, que cada »uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de »pliego de papel entero, en el qual haya de escribir y es»criba por extenso las notas de las escrituras que ante él »pasaren, y se hubieren de hacer, en la cual dicha nota »se contenga toda la escritura que se hubiere de otorgar

»por extenso, declarando las personas que la otorgan, y »el dia, el mes y año, y el Lugar ó casa donde se otor»gan, y lo que se otorga, especificando todas las condi»ciones y partes y cláusulas y renunciaciones y sumisio»nes que las dichas partes asientan: y que asi como fue»ren escritas las tales notas, los dichos Escribanos las »lean presentes las partes y los testigos; y si las partes las »otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren »firmar, firmen por ellos qualquiera de los testigos, ú »otro que sepa escribir, el cual dicho Escribano haga »mencion como el testigo firmó por la parte que no sabia »escribir.

20 »Y si en leyendo dicha nota y registro de la dicha »escritura fuere algo añadido ó menguado, que el dicho »Escribano lo haya de salvar y salve en fin de la tal es»critura antes de las firmas, porque despues no pueda ha»ber duda si la dicha emienda es verdadera ó no: y que »los dichos Escribanos sean avisados de no dar escritura »alguna signada con su signo, sin que primeramente al »tiempo del otorgar de la nota, hayan sido presentes las »dichas partes y testigos, y firmada como dicho es: y »que en las escrituras que asi dieren signadas, ni quiten »ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el re»gistro, salvo la suscripcion: y que aunque tomen las »tales escrituras por registro ó memorial, ó en otra ma»nera, que no las den signadas, sin que primeramente se »asienten en dicho libro y protocolo, y que se haga to»do lo susodicho, so pena que la escritura que de otra »manera se diere signada, sea en sí ninguna, y el Escri»bano que la hiciere pierda el oficio, y dende en adelan»te sea inhábil para haber otro, y sea obligado á pagar á »la parte el interes." No expresa esta *ley* el número de testigos que se requiere para las escrituras públicas, pero se halla en la *ley* 114. *tit.* 18. *P.* 3. que dicen deben ser dos á lo menos.

21 Hemos querido poner á la letra esta *ley*, porque aunque no está ligera, concisa y sin repeticiones, como

pudiera estar, conservando toda su claridad, nos hace ver el mucho y debido cuidado y fervor que se ha puesto en dar y conservar la fidelidad y exáctitud que tanto se merecen las escrituras públicas, como que de ellas depende nuestra hacienda, nuestro honor y aun nuesta vida. Pero debemos advertir, que algunas de las solemnidades que en ellas se expresan, no hay uso de practicarse en las mismas escrituras que se extienden en el libro Protocolo, sino en el Minutario que se hace ántes, como es, que los Escribanos las lean presentes las partes y los testigos, porque unos y otros asisten como deben al tiempo de escribirlas en dicho Minutario; pero no al tiempo de extenderlas en el Protocolo ó registro: bien que todo es una escritura puesta en menos ó mas extension, y su otorgamiento se hace quando se pone en el Minutario; pero como son piezas separadas, nos ha parecido preciso hablar con esta separacion. La misma necesidad la ha introducido, porque como muchas escrituras se otorgan fuera de la casa del Escribano, y con urgencia y priesa, especialmente las de testamento, sin tener el Escribano el Protocolo á mano, y muchas veces le llevan con algun atraso, sin estar corriente; ha sido precisa la introduccion de los Minutarios, que por lo mismo merecen que se ponga un muy riguroso y escrupuloso cuidado en su legalidad y exáctitud, y que sean enteramente conformes á ellos las escrituras de los Protocolos, como que son su matriz.

22 De las solemnidades que deben tener las del Protocolo en sí, y para darse copia de ellas, nada tenemos que añadir á lo que dispone la citada *l.* 13. En quanto á las que han de tener los Minutarios, nada hallamos establecido, por lo qual somos de dictámen, que para probar su legalidad, y que tengan fuerza, se necesita la prueba regular, segun la naturaleza del acto que contiene, que basta para acreditar su contexto, y que concurriendo esta, y faltando la extension de la escritura en el Protocolo, podrá el interesado pedir que lo

dé por legítimo el Juez, y lo mande protocolizar, como se hace cada dia en los testamentos que se otorgan sin Escribano, y en los mismos Minutarios quando mueren los Escribanos sin haber alargado en el Protocolo las escrituras que contienen, como lo lloramos algunas veces. Tampoco está en eso que se exprese la casa del otorgamiento.

23 Viviendo el Escribano que autorizó la escritura, y no estando inhábil por enfermedad ú otro legítimo impedimiento, él solo deberá sacar la copia que se le pida de la escritura que recibió; y lo que dice la *l.* 5. *tit.* 23. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que no puede entregar dos sin mandamiento del Juez, debe entenderse quando de la duplicidad de copias pudiese seguirse perjuicio á tercero, como lo advierte Azev. en *d. l.* 17. diciendo, que asi se prueba, como es verdad, de la *l.* 10. *tit.* 19. *P.* 3. que hace esta distincion expresamente. Y dice Covarr. *pract. quæst.* 21. *n.* 1. que la copia de la escritura firmada y sellada por el mismo Escribano es tambien original, aunque de comision de dicho Escribano esté escrita por otro. Y añade al *n.* 3. que tambien hace plena fe la escritura, que muerto ó inhabilitado el Escribano Receptor fuese sacada de su Protocolo con autoridad del Juez por otro Escribano, concurriendo algunos requisitos que refiere y omitimos aqui, porque vemos no observarse, y bastar el que solo se saque con autoridad del Juez. Si hubiere contradiccion, podrán recogerse dichos requisitos, que pueden verse alli. Y advertimos con el Señor Covarr. *pract. quæst.* 19. *n.* 1. llamarse auténtico todo instrumento que hace plena fé.

24 Hemos visto, qué escrituras son públicas, y cómo se ha de gobernar para qûe se hagan bien y sean legítimas, en cuyo caso hacen plena prueba, como hemos notado al *n.* 17. Privadas escrituras son aquellas, que hacen las personas privadas ó particulares, sin que intervenga en ellas pública autoridad. Hacen tambien plena prueba contra el que escribió ó firmó en ellas, que

debia alguna porcion de dinero, ú otras cosas de las que se suelen contar, pesar ó medir en los términos de la obligacion literal que hemos explicado arriba *tit.* 19. *n.* 1. pero si la escritura fuese de venta, ó cambio de casa; viña ú otra cosa tal, no haria plena prueba, aunque sí alguna presuncion, *l.* 114. *d. tit.* 18. *P.* 3. que da la razon de esta diferencia, diciendo ser, porque las escrituras de tales pleytos deben ser hechas por manos de Escribanos públicos ó de otros, siendo firmadas por buenos testigos, porque falsedad ni engaño no pueda ser hecho en ellas.

25 A favor del mismo que escribió, que se le debia algo, no hace prueba alguna, *l. ult. d. tit.* 18. (1). Ni tampoco habria prueba si presentase uno dos cartas contrarias entre sí, *l.* 41. *tit.* 16. *P.* 3. La citada *l.* 114. dice ademas, que haria plena prueba aquella escritura, que no estando hecha por mano de Escribano, y de consiguiente siendo privada estuviese escrita por otro, y firmada por dos testigos escritos por sus manos, otorgando ellos, que asi fué hecha la obligacion, como dice la escritura. Pero esta prueba, como pendiente en un todo de la deposicion de los testigos, no merece el nombre de prueba de escritura, como ya lo observó Greg. Lop. en la *glos.* 7. *de d. l.* 114.

26 Las otras pruebas semiplenas no se pueden graduar con exáctitud, porque sobre fundarse en circunstancias que arman algo la prudencia, y son innumerables, reciben en sí aumento y diminucion. Hablaremos con especialidad de algunas de las mas freqüentes y conocidas. Lo es en primer lugar la deposicion de un solo testigo de buena fama, que será mayor ó menor á proporcion de su calidad, probidad y crédito. La comparacion de letras *l.* 118. *d. tit.* 18. La fuga en los delitos, como lo sientan los Autores criminalistas. Y la confesion hecha fuera de juicio en los términos que he-

(1) *L.* 7. *de probat.*

mos notado arriba *n.* 4. La *ley* 8. *tit.* 14. *d. P.* 3. cuenta entre las pruebas á las presunciones, segun hemos dicho al *n.* 3. De ellas debemos hablar con alguna mas extension. Diximos que los que las tienen á su favor, echan la obligacion de probar al contrario: lo que es de suma utilidad, segun la regla que sentamos al *n.* 1. tomada de la *ley* 1. *d. tit*, 14. que no probando el que debe, queda el otro libre.

27 Presuncion es: *Impulso nacido de alguna ó algunas circunstancias que mueven al Juez para que forme este ó el otro concepto.* La dividen los Intérpretes en vehemente ó violenta, probable ó mediana y leve. A la vehemente le falta poco para ser prueba plena, qual es la que le produjo á Salomon su ingenio, para sentenciar quál de dos mugeres era la verdadera madre de un niño, que ambas pretendian ser hijo suyo (1). Se refiere en *d. l.* 8. diciéndose, que en todo pleyto no debe ser cabida solamente prueba de señales y sospechas, sino en aquellas cosas que mandan nuestras leyes; porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad, cuya limitacion dice sin duda respecto á las causas criminales, en que se requiere para reputarse probado el delito, que las pruebas sean claras como la luz, en que no venga ninguna duda, *l.* 12. *d. tit.* 14. *P.* 3. Gom. con su Adicionador Ayllon 3. *var. cap.* 12. citando á muchos. Se exceptúa el delito de adulterio, que se prueba per varias presunciones referidas en *d. l.* 12. Tambien es de las mas vehementes la que hace creer, que el hijo de alguna muger casada, lo es tambien de su marido, sujeta solamente á pruebas contrarias que no puedan resistirse, *l.* 9. *d. tit.* 14.

28 De la misma clase son las presunciones ó sospechas que precisarian al Juez á resolver al tenor de lo que se sigue, no habiendo prueba capital en contrario, que es poco menos que imposible en los casos siguientes:

(1) *Cap. afferte 2. extra de præsump.*

I. Si nacieren á un tiempo dos hermanos varon y hembra en un mismo instante, se presume haber nacido primero el varon; pero si ambos fueren varones ó hembras debe partirse la cosa ó derecho, sin haber pie alguno para formar presuncion. II. Si el marido y la muger muriesen ambos de un lance, como por quebrantarse una nave, incendiarse ó desplomarse alguna casa, se presume que la muger murió antes. III. Si la misma desgracia sucediese á un padre y á un hijo mayor de 14. años, se cree que murió antes el padre, y por lo contrario si el hijo fuese menor de dicha edad; y lo mismo si los muertos fuesen madre é hijo, *l. últ. tit.* 33. *P.* 7. (1), que pone todos estos casos, y da la razon de las resoluciones, manifestando como pueden ser muy interesantes.

29 Tambien es vehemente, pero ya algo mas débil, la de que es muerto aquel, que habiendo ido á tierras lejanas han pasado ya de 10. años arriba, y es fama en su Lugar, y públicamente dicen todos que es muerto, *l.* 14. *d. tit.* 14. Semejante á esta es la presuncion que tiene á su favor de que es suya la cosa, aquel que probó que era de su padre ó abuelo, *l.* 10. *d. tit.* 14. Y téngase presente generalmente en materia de presunciones el famoso axîoma, que las mas vehementes vencen y disipan las que no lo son tanto. Las presunciones probables ó menores tienen menos fuerzas, y las leves poco mas que nada. Advertimos últimamente en conclusion de este asunto, que dos pruebas semiplenas se unen y forman una plena en las causas civiles, aunque no en las criminales. Molin. *de primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 35. Ant. Gom. 3. *var. cap.* 12. *n.* 26. citando á muchos. Lo que creemos deber entenderse de aquellas semiplenas, que son de las mas robustas; y que por ello se debe proceder en esto con el mayor tiento.

(1) *L.* 9. §. 1. *et ult. de reb. dub.*

TITULO VII.

DE LAS FERIAS, Y LAS DILACIONES.

1. 2. *Qué sean dias feriados y sus especies, y que en ellos no se pueden hacer actos judiciales.*
3. 4. 5. *Diligencias permitidas en los dias feriados, y el modo de concederse la licencia.*
6. *Modo en que han de proceder sobre escándalos públicos los Prelados y Jueces Eclesiásticos, y que no pueden exígir multas.*
7. *Dias feriados de las especies* 2. *y* 3.
8. 9. 10. 11. *De las dilaciones ó plazos.*

1 No queremos omitir lo poco que hay que decir sobre ferias y dilaciones, porque obran en la actuacion de todos los pleytos. Hablando de las ferias la *l.* 33. *tit.* 2. *P.* 3. dice, que el demandador debe cuidar que no haga su demanda en los dias prohibidos, que llaman feriados; y que estos son en tres maneras. La primera y la mayor es de aquellos, que se deben guardar por reverencia y honra de Dios y de los Santos. La segunda por honra de los Reyes. La tercera por utilidad comunal de todos, como son aquellos en que se cogen el pan y el vino; de suerte, que dias feriados son aquellos en que hay cesacion de todos los negocios ó diligencias judiciales. La siguiente *l.* 34. pone por de la manera primera, á todos los dias de fiesta de precepto, y algunos despues de las Pasquas que no lo son, mandando que en ninguno de ellos se pueda hacer demanda en juicio; y que si alguna cosa fuere demandada ó librada, no seria valedera aunque fuese hecha con placer de ambas partes (1).

2 Pero para abreviar el despacho de los negocios, y

(1) *L. 2. et. aliis plurimis C. de fer.*

evitar en lo posible los perjuicios que se sufren con la dilacion: mandó el Rey por *decreto de* 29 *y circular de* 31 *de Marzo de* 1789. *que es la ley* 6. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* reducir los dias feriados á las fiestas que la Iglesia celebra como de precepto, aunque solo sea de oir Misa: á las de la Vírgen nuestra Señora, con las advocaciones del Cármen, los Angeles y el Pilar, en los dias 16. de Julio, 2. de Agosto, y 12. de Octubre; y á las vacaciones de Resurreccion desde el Domingo de Ramos hasta el Martes de Pasqua: de Navidad desde el dia 25. de Diciembre hasta el primero de Enero siguiente: y de Carnestolendas hasta el Miércoles de Ceniza inclusive, excluyendo todos los demas dias en que con nombre de feriados ó fiestas cesaba el despacho de los negocios, aunque sean aquellos en que celebran los Consejos ó Tribunales alguna fiesta que deberá practicarse despues de las horas del Tribunal.

3 Hay varios negocios, que por justas causas que los fomentan se pueden practicar en juicio en los dias feriados referidos en la *l.* 35. *d. tit.* 2. á saber: I. Dar guardadores á los huérfanos, tirar de su guarda á los que fueren sospechosos, y oir á los que tuvieren en guarda, si se quisieren excusar de ella, mostrando razon derecha por la que no la deben tener. II. Oir pleytos que fuesen movidos en razon de gobierno, esto es, alimentos que demandase el huérfano á su guardador, ó este á otro á nombre del huérfano, ó el padre al hijo, ó el hijo al padre, ó al aforrado á aquel que le aforró, ó el aforrador al aforrado habiéndolo menester. III. Demanda que hiciese alguna muger viuda que quedase preñada de su marido, para que la metiesen en posesion de algunos bienes, por razon de la criatura que tuviese en el vientre. IV. Haber de probar alguno si era menor de edad ó mayor. V. Sobre pleyto que perteneciese á la libertad ó á la servidumbre. VI. Sobre el pleyto de testamento, si pedia alguno que tuviese derecho, que lo abriesen ó se lo mostrasen.

4 VII. Si muriese uno que fuese deudor de otro, y quedasen sus bienes desamparados sin heredero, y aquel á quien debiere la deuda pidiere al Juez que la metiera en tenencia de ellos, como en razon de guarda, ó que los diesen á guardar á otro en manera que no se perdiesen ó menoscabasen. De estos negocios dice la *ley*, que puede bien el demandador mover pleyto en los dias feriados, y que lo que en ellos fuere hecho valdria, porque tales pleytos pertenecen á obras de piedad, y sigue poniendo otros negocios. VIII. El pleyto que pertence á la utilidad comunal de la tierra, ó para meter paz ó tregua entre los hombres, ó establecer cuerpo de gentes para guarda de la tierra, ó escarmiento de los ladrones públicos de los caminos y de los traidores. Como el castigo de todo delinqüente se dirige á la comun utilidad, se ha recibido en la practica, que en toda causa criminal tiene lugar esta doctrina, aunque la ley solo hace mencion de las de ladrones y traidores.

5 IX. Se permite tambien en estos dias hacer las labores del campo en razon de sembrar ó coger los frutos de la tierra, si gran menester fuere: cuyo particular lo abrazó tambien entre otros la *cédula de* 20. *de Febrero del año* 1777., *que es la ley* 8. *tit.* 1. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* expedida en conseqüencia de cierta representacion del Obispo de Plasencia, por la que se manda, que quando hubiere necesidad de trabajarse en dias de fiesta, en cosa perteneciente á la recoleccion de frutos, pidan las Justicias la correspondiente licencia al Párroco en nombre del vecindario, sin que sea necesario pedirla cada vecino; cuya concesion deberán hacer los Párrocos, habiendo justa causa graciosamente, sin pensionarla con título de limosna ni otro alguno, siendo una declaracion de haber verdadera necesidad que dispensa el precepto.

6 Por otra representacion del mismo Obispo se habia expedido ya otra *cédula en* 19. *de Noviembre de* 1771. *que es la ley* 10. *tit.* 8. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* en que en-

tre otras cosas se encarga en el *cap.* 4. á los Reverendos Obispos y Prelados Eclesiásticos: Que para evitar los escándalos públicos de legos, si los hubiere, exerciten todo el zelo pastoral por sí y por medio de los Párrocos, tanto en el fuero penitencial, como por medio de amonestaciones, y de las penas espirituales en el caso, y con las formalidades que el derecho tiene establecidas; y no bastando estas, se dé cuenta á las Justicias Reales, á quienes toca su castigo en el fuero externo y criminal, con las penas temporales establecidas por las leyes del Reyno, excusándose el abuso de que los Párrocos con este motivo exîjan multas, así porque no bastan para contener y castigar semejantes delitos, como por no corresponderles esta facultad. Conocemos que no venia al caso hablar aqui de esta cédula; pero haber hablado oportunamente de la otra del año 1777. expedidas ambas á solicitud de uno mismo, y el contener advertencia, que es bueno sepan Párrocos y Justicias, nos ha hecho creer, que nos podia servir de alguna disculpa.

7 Sobre los dias feriados de la segunda y tercera manera ó especie, hay muy poco que advertir. Los de la segunda los suele mandar el Rey por razon de algun acontecimiento alegre y considerable, como casamiento ó nacimiento de algun hijo suyo, grande victoria, ú otro semejante, *l.* 36. *d. tit.* 2. (1). Los de la tercera tenian la extension de dos meses, *l.* 37. *de tit.* 2. Pero ya notó Gregor. Lop. en su *glosa* 2. no estar en uso, llamando justa esta inobservancia por lo perjudiciales que eran á la pronta expedicion de los negocios que tanto conviene. Las leyes Romanas ya establecieron, que las partes los pudiesen renunciar (2); y lo mismo nuestra *l.* 38. *d. tit.* 2.

8 Dilacion, á la que las leyes de las Partidas la llaman *plazo*, es: *Espacio de tiempo que da el Juez á las*

(1) *L.* 26. §. 7. *ex quib. caus. major.* (2) *L.* 1. *in princ. et.* §. 1. *de fer. et dil.*

partes para responder ó para probar lo que dicen en juicio quando fuere negado (1). Y es muy justo que se den plazos, para que las partes puedan buscar Abogados que les aconsejen, y tengan tiempo para responder á las demandas que se les hacen, ó buscar y llevar testigos, ó para apelar y seguir la apelacion *l.* 1. *tit.* 15. *P.* 3. No solo se conceden al demandador, sino tambien al demandado quando fuere menester para probar alguna razon; y mientras dura el plazo ninguna cosa nueva se puede hacer en el pleyto, sino sobre aquello por cuya razon fué dado como recibir testigos, *l.* 2. *d. tit.* 15. (2).

9 Para contestar el pleyto se le concede al demandado el plazo de nueve dias continuos, dentro de los quales puede hacer lo que le convenga, aunque sea dia feriado. Y si los dexare pasar sin responder, es habido por confeso, *l.* 1. y 3. *tit.* 6. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Pero este rigor está muy templado en la práctica; porque sino acude el demandado, se le acusa la rebeldía, y si esto no basta, se le señalan por Procurador los estrados del Tribunal, y con ellos se sigue la causa, parándole al demandador el mismo perjuicio, que si se hubiese seguido con su misma persona, como hemos notado en el *tit.* 5. *n.* 12. Las *leyes del tit.* 8. *P.* 3. y del *tit.* 5. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* señalan otro medio al demandador contra los bienes del demandado, que no acude, que es el que llaman *asentamiento*, que segun la *l.* 1. *d. tit.* 8. es tanto como apoderar y asegurar al demandador en la tenencia de alguna cosa de los bienes de aquel á quien emplaza. Pero no lo vemos en uso, porque siempre se echa mano al de los estrados.

10 Las dilaciones concedidas para proponer las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, las hemos notado tratando de ellas en el *tit* 1. *nn.* 10. *y* 11. Las que se conceden para probar, llegan á 80. dias, si fuere en las Ciudades y Villas de aquende los Puertos; y de 120.

(1) *L.* 3. C. *de temp. in int. rest.* (2) *L.* 3. C. *de dilat.*

si allende de los Puertos, cuyos términos puede coartar el Juez, atendidas las cricunstancias, pero no alargarlo. Y si fuere para la otra parte del mar 6. meses, nombrando la parte los testigos que haya de presentar. Si la probanza se hubiere de hacer en alguna de las Islas Canarias ú otras, queda al arbitrio del Juez sañalar el término, *l.* 1. 2. *y* 3. *tit.* 10. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Si alguna de las partes quisiere, despues de publicadas las probanzas, tachar los testigos de la otra, puede hacerlo dentro de 6 dias contadores desde que se le hizo la notificacion de haberse publicado. Y si pareciere al Juez ser tales que deben ser recibidas, las ha de recibir á prueba con término perentorio que no sea mas, que la mitad del que fué dado para la probanza principal, y menos si pareciere al Juez, de manera que lo puede abrebiar y no alargar: sin poderse dar restitucion en este particular, *l.* 1. *tit.* 12. *d. lib.* 11. Y no deben ser recibidas tachas generales, sino singularmente espeficadas y bien declaradas, como si pusieren contra el testigo que dixo falso testimonio, deben declarar en qué tiempo y en quál pleyto; y si dixeren que es homicida, han de declarar á quién mató, en qué tiempo y lugar.

11 Si alguno de los litigantes tuviere derecho de pedir restitucion *in integrum*, para hacer su probanza principal, la debe pedir dentro de 15. dias despues de la publicacion, y otorgársele de modo, que el tiempo para hacer la tal probanza por via de restitucion, no exceda la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal: y en la misma sentencia qne se le otorgare, se le ha de negar otra restitucion, con pena segun el arbitrio del Juez que conociere de la causa, *l.* 3. *d. tit.* 13. que manda tambien que el recibirse la causa á prueba de tachas haya de ser despues de pasados los referidos 15. dias; y que del término para esta prueba goce tambien la otra parte, para hacer su probanza de la misma manera que aquella á quien se concedió la restitucion. La pena que menciona esta *ley*, debe depositarse desde luego

por el que pidiere la restitucion, y aplicarse á la parte contraria en quanto á recobrar su interes ó perjuicio, que le causó la restitucion en el caso de no probar lo que quiso el que la abtuvo, segun lo explica Azeved. en *d. l.* 3. *nn.* 42. *y* 43. que añade no estar en uso en los tribunales inferiores la imposicion de esta pena, sino en los superiores: asi seria en su tiempo, pero ahora ni aun en estos la vemos observar. Quando tratemos de las apelaciones hablaremos de las dilaciones ó plazos que se conceden para proponerlas é introducirlas.

TITULO VIII.

DE LA SENTENCIA.

1. *Qué es sentencia, y sus especies: y qué es menester para que valga.*
2. *Causas por las quales es nula la sentencia.*
3. *Del remedio de nulidad.*
4. 5. 6. *Efectos de la sentencia válida: y cómo y quándo puede revocarse.*
7. 8. 9. *Cómo se ha de portar el Juez en la division de la herencia.*
10. *Cómo se ha de portar en el juicio de division de términos, y en las condenaciones de frutos.*
11. *Sobre condenacion de costas, y juramento de calumnia.*

1 Expuestas las partes primera y segunda del juicio, nos queda explicar la tercera y última, que es la sentencia. Las leyes de *Partida* la llaman *juicio*, y dice la *l.* 1. *tit.* 22. *P.* 3. *Juicio en romance, tanto quiere decir, como sentencia en latin.* Pero como las de la *Recopilacion* ya la llaman sentencia, y este es el uso general de nombrarla,

la nombraremos tambien asi. No es otra cosa que: *legítima decision del Juez sobre la causa controvertida ante él.* Para que valga es menester que no sea contra la naturaleza, contra las leyes, ni contra las buenas costumbres, *d. l.* 1. que pone exemplos. La *l.* 2. *siguiente* dice, que son tres sus especies: I. Mandamiento que hace el Juez al demandado, que pague ó entregue al demandador la deuda ó la cosa, que conociere ó confesare ante él en juicio. Esta no la suelen contar por sentencia los Intérpretes por ser brevísimo este juicio, sin necesidad de dar mas prueba al actor, mayormente aquellos que dicen, no poderse hacer sino negativamente la contestacion, y que por ello no llega á haber juicio en este caso. Las otras dos especies de sentencia, son la interlocutoria y la difinitiva, bien conocidas por todos. Interlocutoria es la que se da sobre algun artículo, y no sobre la substancia ó el todo de la causa, y por lo mismo no lo termina. Definitiva, por lo contrario, es la que se da sobre el todo de la causa, acabando con el juicio, absolviendo ó condenando al reo ó demandado, *d. l.* 2. Despues que fueron cerradas en el pleyto las razones para dar sentencia interlocutoria ó definitiva, debe el Juez dar y pronunciar la sentencia interlocutoria hasta seis dias, y la definitiva hasta veinte, *l.* 1. *tit.* 16. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que impone penas al Juez que asi no lo hiciere.

2 No será valída la sentencia, si concurriere alguna circunstancia ó defecto de los siguientes expresados en la *l.* 12. *d. tit.* 22. *P.* 3. I. Si el que la dió fuese hombre que no tuviese poder para darla. II. Si la diese estando en pie, y no aseguradamente, ó no haciéndola escribir. III. Si fuese dada contra la naturaleza, derecho de nuestras leyes ó las buenas costumbres. IV. Si se dió contra hombre que no fué emplazado. V. Si se dió en dia feriado. VI. Si se hubiese dado en taberna ú otro lugar desaguisado, porque se debe dar en lugar decente y acostumbrado, que fuere señalado, *l.* 5. *d. tit.* 22. VII. Si fuere dada fuera del territorio en que tiene jurisdiccion el Juez, ó en co-

sas espirituales, que deben ser juzgadas por la Iglesia. VIII. Si se diese contra los que tienen guardador, no estando este delante; bien que en este caso seria valedera en quanto les fuere favorable á ellos. Otros defectos que invalidan la sentencia se refieren á otras leyes, como son, siguiendo la misma numeracion. IX. El darse de noche. X. El no contener absolucion ó condenacion del demandado en todo ó en parte, *d. l.* 5. XI. Si la sentencia no fuere conforme á la demanda, *l.* 16. *d. tit.* 22. que pone varios egemplos; y añade seria lo mismo. XII. Si la sentencia no declarase ciertamente la cosa ó cantidad en que condena ó absuelve al demandado. En cuanto á la nulidad que podia resultar de no ser la sentencia conforme á la demanda, se debe tener presente la famosa *l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* la qual manda, que siendo hallada y probada la verdad del hecho por el proceso, en qualquier de las instancias que se viere, sobre que se puede dar cierta la sentencia, la deben dar los Jueces que conocieren de los pleytos: y que las sentencias que dieren por dichas razones sean valederas, tanto en lo civil como en lo criminal, aunque aparezca que la demanda no está puesta segun el rito judicial, ó faltan en ella el juramento de calumnia, ó alguna de las solemnidades y substancias del órden de los juicios. Pero que si el demandado pidiere que el demandador observase alguna de estas cosas, y asi fuere mandado, y no obstante dexase de hacerse, seria nula la sentencia. Atendida esta ley que explica Gutierr. *l.* 1. *prac. quæst.* 97. solemos decir, que en España se debe juzgar atendiendo solamente á la verdad. XIII. Si se probase al Juez que habia dado la sentencia por dineros. XIV. Si se hubiese dado sin haberse contestado el pleyto, á excepcion del juicio que llaman de apelacion, en que no es necesaria la contestacion, *l. ult. tit.* 26. *d. P.* 3. XV. Si se diere contra la autoridad de la cosa juzgada, *l.* 13. *d. tit.* 22.

3 La nulidad de una sentencia se puede alegar hasta 60. dias, desde el dia en que fuere dada; y el que en los

60. dias no la alegare, no puede ser oido despues sobre esta razon; y si en los sesenta dias dixere alguna de las partes que era nula ó ninguna, y fuere dada sentencia sobre ello, no puede ninguna de ellas decir que esta es nula; pero podrá apelar ó suplicar de ella, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Dichos sesenta dias corren tambien contra el ignorante, como prueba Azev. en *d. l.* 1. *nn.* 53. *y* 54. y prueba asimismo á los *nn.* 25. *y siguientes.* que el haber pasado los sesenta dias, no impide intentar la nulidad, si se pidiere por defectos de jurisdiccion en el Juez que dió la sentencia. Pero adviértase, que de las sentencias del Consejo ó de las Audiencias de que no haya suplicacion, tampoco puede alegarse ni oponerse nulidad, aunque se alegue ser de incompetencia ó defecto de jurisdiccion, ó de otra qualquier manera, ni para impedir la execucion de las tales sentencias, ni para que despues de executadas se pueda tornar al pleyto. Ni tampoco puede impedir la execucion de las sentencias que deben executarse sin embargo de suplicacion, el alegar nulidad contra ellas por qualquiera causa que fuere. Y si durante la suplicacion se tratare de nulidad, se ha de reservar su decision para quando se determine sobre lo principal, *l.* 2. *d. tit.* 18.

4 Los efectos de la sentencia válida son: I. La sentencia despues de bien ó mal dada ó pronunciada, no la puede rescindir ni mudar el Juez; pero si en ella no hubiese mencion de los frutos, ni de condenacion de costas; ó en esto hubiese condenado mas ó menos de lo que debia, bien podrá enmendar y enderezar la sentencia en estas cosas, segun entendiere lo que debe hacer en justicia, con tal, que lo haga el mismo dia en que dió la sentencia, y no en otro. Pero las palabras las podrá mudar, poniendo otras que sean mas claras y aproposito, sin quitar la fuerza ni el sentido de la sentencia, *l.* 3. *d. tit* 22. *P.* 3. *l.* 39. *tit.* 1. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* (2). Y esto de no po-

(1) *L.* 42. *l.* 46. *de re jud.*

der el Juez deshacer la sentencia que dió, tiene tambien lugar quando se hubiese mostrado despues otras escrituras halladas de nuevo, que fuesen tales, que si el Juez las hubiese tenido presentes antes de dar la sentencia, hubiese juzgado de otra manera (1); salvo si la sentencia fuese dada contra el Rey ó su Personero, ó en pleyto perteneciente á su Cámara ó Señorío; en cuyo caso, si fueren halladas despues buenas pruebas, bien se puede usar de ellas para deshacer la sentencia, dentro de tres años desde el dia en que fue dada; ó despues en qualquier tiempo, si se probare que el Personero del Rey hizo engaño en el pleyto, ú otros engaños en su razon, *l.* 19. *d. tit.* 22. La *l.* 4. *del mismo tit.* 22. pone un caso en que puede el Juez mudar algo de la sentencia despues que la dió; á saber, para remitir la multa que impuso á uno tan pobre, que de sus bienes no podia pagarla (2).

5 Esta prohibicion que tiene el Juez de mudar ó deshacer la sentencia, solo tiene lugar en las definitivas; pues en las interlocutorias le es permitido hacerlo *l.* 2. *d. tit.* 22. (3); y el tiempo de pedir esta mutacion ó revocacion es de tres dias *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 11. *Nov. Rec.* Puede tambien el Juez, como en manera de restitucion á pedimento de las partes, deshacer la sentencia que dió, por falsos testigos, ó por falsas escrituras, ó por dineros con que se corrompió al Juez, con la revocacion de todas las cosas que fuesen hechas ó pagadas por razon de dicha sentencia, desde el dia en que fue dada hasta 20. años; y de alli en adelante ya quedaria firme, sin poderse intentar este remedio, *l.* 13. *d. tit.* 22. *l.* 1. *l.* 2. *tit.* 26. *d. P.* 3. (4).

6 El otro efecto capital de la sentencia válida es, que sino fuere apelada, ó de algun modo rescindida, pasa, como suele decirse, en autoridad de cosa juzgada, y tiene tanta fuerza, que estan precisados á cumplirla, y daña

(1) *L.* 35. *de re jud.* (2) *L.* 6. §. *ult. de offic. Præsid.*
(3) *L.* 14. *de re jud.* (4) *L.* 33. *eod.*

ó aprovechan á los que pleytearon, y á sus herederos, *d. l.* 19. (1). Pero no á los que litigaron ni traen causa de ellos *l.* 20. *l.* 21. *d. tit.* 22. (2), que ponen algunas excepciones, y entre ellas la de las acciones judiciales, como hemos tratado en el *tit.* 1. *de este lib. n.* 5. Y nacen de dicha sentencia accion y excepcion, sin buscar á estas otro origen, *d. l.* 19. que pone á la accion la duracion de 30. años, bien que ahora se deberá entender regulada al tenor de la *ley* 36. *de Toro* (*l.* 5. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*) que hemos explicado en *d. tit.* 1. *n* 3. El tiempo en que debe cumplirse la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo señala la *l.* 5. *tit.* 27. *P.* 3. con la siguiente distincion. Si fuere sobre accion personal, ó en razon de deuda, tiene el reo para pagarla el término de diez dias. Sobre accion real en que se pide una cosa cierta, la debe entregar el condenado desde luego, esto es, hasta tercero dia, *l.* 1. *tit.* 17. *l.* 11. *de la Nov. Rec.* y si dixere á buena fe, sin malicia, que no lo puede hacer entonces por estar la cosa en otra parte, debe dar buenos fiadores, que en el plazo que señale el Juez la entregará, ó aquello en que fuese apreciada sino la pudiese haber. Dicha *ley* 1. que es mas reciente, y por ello deberá observarse otro señalamiento de términos, que hace diciendo que si el juicio fuere dado sobre raiz, ó mueble que no sea dinero, lo haga egecutar el Alcalde hasta tercero dia, y que si fuere dinero hasta diez dias.

7 Digamos ahora para concluir este *título* alguna cosa del modo conque debe portarse el Juez en las sentencias que diere. En las causas de division de herencia, debe mandar que los bienes pertenecientes á ella se partan entre los herederos de la manera que le pareciere mejor y mas útil á ellos; y si viese que por dividirse alguna cosa se menoscabaria mucho por hacer muchas partes de ella, la puede señalar ó adjudicar á alguno de ellos, obligándole á que pague á los otros lo que juzgare que podian va-

(1) *L.* 1. *l.* 4. *eod.* (2) *L.* 63. *de re jud.*

ler sus partes que tenian en ella. Y lo mismo con mayoría de razon ha de decirse en el caso que la cosa no pudiese partirse naturalmente, como un caballo ó mula, *l.* 10. *tit.* 15. *P.* 6. (1). Y debe tambien tener consideracion de lo que llamamos prestaciones personales, esto es, que si alguno de los herederos administró la herencia antes de partirse, la ha de mandar, que de cuenta y razon de los frutos que haya percibido, y expensas que haya hecho, y tenerlo todo presente para que los herederos queden sin perjuicio, *l.* 6. *vers. E aun*, *tit.* 15. Si en la herencia se encontrasen cosas malas, como ponzoñas ó malas yerbas, ó malos libros que no puedan tenerse, ha de mandar que se quemen (2). Si se hallaren cosas robadas ó mal habidas, no las debe tampoco partir, sino mandar que se restituyan á aquellos cuyas son; pero si esto no pudiese saberse ciertamente, que se den por Dios en sufragio del alma de aquel que las ganó, *l.* 2. *d. tit.* 15.

8 Debe tambien mandar el Juez, despues que la particion fuese hecha, que den los herederos unos á otros fiadores de quedar obligados á la eviccion, si á alguno le quitasen algo (3): salvo si el padre ó el testador partiese él mismo sus bienes, en cuyo caso no ha lugar á la eviccion, *l.* 9. *de tit.* 15. Gregor. Lop. en su *glos.* 2. limita esta última doctrina á que no tenga cabida quando constare ser la voluntad del testador, que se guardase igualdad entre los herederos, como ya lo hemos advertido en el *lib.* 2. *tit.* 10. *n.* 32. Si en la herencia hubiese algunos privilegios ó documentos, no tendrá arbitrio para mandar que los tenga este ni el otro heredero, segun le pareciere; porque ya lo señala la *l.* 7. *d. tit.* 15. mandando, que los haya de tener en depósito aquel que mayor parte hubiese en la herencia, con obligacion de dar tralado de ellos á los demas herederos, y mostrarles el original quando menester fuere. Y que si los herederos fueren iguales

(1) §. 4. *Inst. de of. judic.* (2) *L.* 4. §. 1. *fam. ercis.*
(3) *L.* 25. §. 21. *eod.*

en las partes, los ha de tener aquel que fuere mas honrado y mas anciano y de mayor fama; salvo si estuviere la competencia entre muger y varon, porque entonces lo deberá tener este, aunque la muger fuere mas honrada ó de mas alto lugar. Y que si las partes fueren en todo iguales, se echen suertes qual de ellos los tendrá: y no acordándose en esto, que se depositen en alguna Iglesia hasta que sean avenidos.

9 Las leyes Romanas abanzaron todavia mas en asunta de las cosas de que acabamos de tratar en los números *antecedentes* 7. *y* 8. estableciendo, que podia tambien el Juez admitir la licitacion y adjudicar la cosa al mayor licitante (1): lo que nos parece tener equidad con la limitacion de no poderse adjudicar sino llega el precio ofrecido al valor de la cosa que resulta por su apreciamiento; porque este medio, si se executa con legalidad, es útil á todos los herederos, aumentándoles su haber, y evita resentimientos: asi lo hemos practicado alguna vez con gusto y aprobacion de todos los interesados. Y aun otra ley (2), permitió se admitiese un licitador extraño en el caso que uno de los compañeros, dixese que por su pobreza no podia pujar el precio bajo que tenia puesto su compañero. Es verdad que no habla esta ley de la division de herencia sino de cosa que era comun por otro qualquier título, perteneciente al juicio que los Romanos llamaron *communi dividundo*; pero no es facil hallar en este particular diferencia alguna entre este juicio y el de la division de la herencia. Y tambien hallamos equidad en que esto se observe en ambos juicios. Y queremos advertir, que sin embargo de haber sido el derecho Romano inclinado á las licitaciones como estamos viendo, la resistió quando se trataba de abjudicar documentos (3), sin duda porque consideró que aqui no podia sea útil á los compañeros, y podria ser causa que les tuviera quien no convenia.

(1) *L.* 22. §. 1. *fam. ercisc.* (2) *L.* 3. *C. com. divid.*
(3) *L.* 6. *fam. ercisc.*

10 En los pleytos de deslindamientos de términos ó heredades, debe el Juez ir al campo á ver qué es aquello sobre que se desacuerdan los interesados, y si se hallaren mojones antiguos por los que lo pueda determinar, debe hacer lo que le pareciere mas justo, para que cada uno tenga su derecho. Si los mojones estuvieren entremezclados, de modo que el mojon ó término de la heredad del uno entrase en la del otro, y por aquella parte pudiese nacer contienda entre ellos, deberá mandar entonces mudar los mojones, poniéndolos de manera, que se evite la qüestion, y condenar á aquel cuya heredad se aumenta por tal mandamiento, que dé al otro el valor de la tierra que le toma por enderezar los mojones: y al que no le obedeciere en esto imponerle la pena que le pareciere hasta que se lo haga hacer, *d. l.* 10. La que merece el que por sí mismo tomó terreno ageno, la hemos notado en el *lib.* 2. *tit.* 25. *n.* 7. Por el perjuicio que causa el que las condenaciones generales de frutos se hagan sin tasarlos ni liquidarlos, manda la *l.* 6. *tit.* 16. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que las sentencias que dieren los Jueces en que haya de haber condenacion de frutos, los tasen y moderen por lo que resultare de las probanzas, sin lo remitir á contadores. En los pleytos sobre accion real en que se manda al reo que entregue la cosa, la debe entregar con los frutos percibidos y podidos percibir desde la contestacion; porque el demandador debe tener la cosa con sus provechos que hubiere conseguido, si se la hubiere entregado quando la pidió (1), y esta es la práctica de los Tribunales.

11 Tanto al demandador como al demandado, que pleyteare maliciosamente sabiendo que no ha derecho, le debe el Juez condenar con las costas; pero no al que fuere vencido, habiendo tenido justa causa para litigar, *l.* 8. *d. tit.* 22. *P.* 3. que en seguida pone varios exemplos, y entre ellos el de aquel que hubiese prestado el juramento

(1) *L.* 17. §. 1. *l.* 20. *de rei vind.*

de calumnia, diciendo deberse presumir tambien de este que tiene buena fe. Pero advierte Gregor. Lop. en la *glosa* 2. *de d. l.* deber entenderse esta doctrina, quando no aparece temeridad en el que litiga, y sino constare por otra parte de su calumnia, porque fundándose solo en presuncion, debe ceder á presunciones mayores. De otra suerte jurándose, como se debe siempre de calumnia, por ambos litigantes al principio del pleyto, *l.* 23. *tit.* 11. *P.* 3. (1), nunca se podria condenar con las costas al vencido; y con efecto al tenor de esta *glosa* se practica. Juramento de calumnia es el que se presta por los litigantes de que van al pleyto con la creencia de que tienen buena causa, y sin intencion de incomodar ni procurar largas. Hay costumbres de ponerse al remate de los pedimentos. *D. l.* 8. llama á este juramento de *manquadra.*

TITULO IX.

DE LAS APELACIONES,

SUPLICACIONES Y RECURSOS.

Tit. 23. P. 3. Titt. 20. 21. 22. y 23. lib. 11. de la Nov. Rec. (2).

1. 2. *Qué sea apelacion y su justicia.*
3. *Quiénes pueden apelar: y quando aprovecha el fruto de apelacion, apelando uno solo, siendo muchos los que litigaron juntamente con él.*
4. *La apelacion se ha de interponer del Juez menor al mayor, que sea el inmediato.*
5. 6. *Tiempo para interponer, introducir, proseguir y concluir la apelacion, con la práctica que en esto se observa.*

(1) *Nov.* 49. *cap. ult.* §. 1. (1) *Tit.* 1. *lib.* 49. *Dig.*

7. *A dónde deben ir las apelaciones.*
8. *Tambien se puede apelar en viva voz, y cómo.*
9. *Se puede apelar de las sentencias definitivas; y de las interlocutorias solo quando contienen daño irreparable: y casos en que no se puede de las definitivas.*
10. *Efectos de la apelacion.*
11. 12. *Para no admitirse la apelacion debe haber justa causa, y pena del que no la admite sin ella: y casos en que no bebe admitirse, ó admitirse solo en el efecto devolutivo*
13. 14. *No se puede apelar de las sentencias de las Audiencias; pero sí suplicar, y quando no, y ni aun intentar en manera alguna la nulidad.*
15. *Tiempo de interponer la suplicacion.*
16. *Hasta el* 23. *Se trata latamente de la segunda suplicacion.*
23. 24. *Del recurso de notoria injusticia.*
25. 26. 27. *Del recurso de fuerza*
28. *Del recurso de nuevos diezmos.*
29. *De los recursos ordinarios.*

1. Aunque toda sentencia tiene á su favor la presuncion de ser justa, porque se debe dar despues de haber exâminado bien el Juez todas las cosas que deben considerarse: con todo, como la experiencia misma hace ver, que á las veces confundidos los que la han de dar, por la variedad y obscuridad de especies que amontona la malicia de los litigantes; ó corrompidos por el odio, amistad ú otra fragilidad humana dexan de dar á cada uno lo que es suyo: ha sido preciso introducir el remedio de la apelacion, para que el litigante que se sienta agraviado por la ignorancia ó malicia del Juez, tenga el consuelo de poder esperar, que no sea efectivo el daño que le amenaza, acudiendo á un segundo juicio, *princ. del tit.* 23. *P.* 3. (1). Las leyes de las *Partidas* llaman á la apelacion

(1) *L.* 1. *de appell.*

alzada, y al pelár *alzarse*; pero las de la *Recopila cion* ya la llamaron apelacion como la llamamos en el dia. Alzada dice la *l.* 1. *d. tit.* 23. es: *Querella que alguna de las partes face, de juicio que fuese dado contra ella, llamando y recorriéndose á enmienda de mayor Juez*; y añade, que trae mucha utilidad quando es hecha derechamente; porque desata los agravios que hacen los Jueces á las partes torticeramente, ó por lo no entender (1). Y aunque alguna vez la apelacion desconcierta la sentencia primera que fue justa, porque no siempre juzga mejor el superior que el inferior; no debe sin embargo reprobarse este remedio; pues no nace esto de vicio suyo, sino de casos fortuitos á que siempre estamos expuestos los hombres.

2 Para que sea legítima la apelacion, son necesarios tres requisitos: I. Que quien la interpone tenga derecho de apelar. II. Que se apele del Juez inferior al superior. III. Que se interponga en el término establecido por ley: de todos lo quales vamos á hablar. Pueden apelar todos los que sintiéndose agraviados por la sentencia, tienen legítima persona para comparecer en juicio, como lo hemos explicado en el *tit.* 2. *de este lib. n.* 5. El Procurador que fuere nombrado para un pleyto señalado, debe apelar de la sentencia que sea contraria, y puede seguir la apelacion, aunque en la escritura de la procura no se hubiere otorgado poder para ello; pero no tiene obligacion de seguir la apelacion, sí solo hacerla saber al dueño si quisiere seguirla (2): mas si fuese dado generalmente, ó la escritura contenia la facultad de poder ó deber seguir la apelacion, estaria obligado á seguirla, *l.* 3. *d. tit. P.* 3. (3).

3 No solo puede apelar el dueño del pleyto ó su Procurador, sino tambien qualquiera otro á quien cause perjuicio la sentencia aunque no haya litigado, *l.* 4. *d. tit.* 23. (4), que de esta doctrina general pone varios

(1) *L.* 30. *l.* 32. *C. de apell.* (2) *L.* 17. *C. de procu.* (3) *L. últ. an. per al. cau. appell.* (4) *L.* 4. §. 2. *et seqq. de apell.*

exemplos, de los que bastará uno; á saber: si el comprador de alguna cosa hubiese sido vencido en un pleyto en que se le pedia y no apelare, podrá apelar al vendedor que no litigó, por la eviccion á que está tenido. Si fuere dada la sentencia sobre una cosa que pertenecia comunalmente á muchos, y solo uno de ellos apelare, y venciere en el juicio de apelacion, aprovecharia tambien su victoria á los otros que no apelaron; pero si algun comunero consiguiera, que por via de restitucion se desatare la sentencia á causa de ser el menor, solo para él servirá su victoria. Si el pleyto fuere sobre servidumbre predial de una casa ó campo, y perteneciere á muchos, la victoria de uno que apeló servirá tambien para los que no apelaron; pero si la servidumbre fuere usufructo, seria solamente la utilidad del que apeló, *l.* 5. *d. tit.* 23. *y la* 6. *siguiente* permite, que dé la sentencia de sangre contra otro, pueda apelar alguno de sus parientes, y aun qualquiera extraño; aunque aquel contra quien fue dada no se querellase (1), con sola la diferencia, que el sentenciado debe otorgar ó aprobar la apelacion del extraño, lo que no es necesario en la del pariente, dando por razon de esta diferencia, que aunque el condenado quiera morir, y el escarmiento de la pena haya de pasar por él, siempre dexa mancilla de deshonra en su linage, la que todos los parientes tienen derecho de evitar. Pero como en el dia en las sentencias de muerte, se pone la expresion *se egecute*, que impide la apelacion, no se practica esta doctrina.

4 Que la apelacion se ha de interponer del Juez menor al mayor, segun expresa la definicion que pusimos arriba *n.* 1. sacada de la *l.* 1. *d. tit.* 23. es cosa clara, *l.* 18. *de tit.* 23. porque siendo el oficio del Juez á quien se apela, corregir ó reformar la sentencia que dió aquel del qual se apela, si la encontrare injusta, en vano se buscaria esta facultad en otro Juez inferior ó igual su

(1) *L. 6. eod.*

yo, por aquel famoso axioma: *El igual contra el igual no tiene imperio* (1). Y el Juez superior á quien se debe apelar ha de ser el inmediato en grado, sin que pueda ser otro mas alto, omitiendo el que está en medio, excepto el Rey al que siempre se puede apelar, *l.* 18. *d. tit.* 23. Si alguno por yerro apelase á Juez superior, que no era el inmediato, ó á Juez igual al que dió la sentencia, vale la apelacion, no para el efecto que puedan estos juzgar de ella, sino solo para enviarla á otro á quien pertenezca, lo que suele mandarse diciendo estos: *Acuda esta parte adonde toque.* Pero si apelase á Juez inferior al que sentenció, ó al de otro territorio que no tenga jurisdiccion, seria del todo inútil la apelacion, como si no se hubiese apelado, *d. l.* 18. (2)

5 El tiempo para apelar son cinco dias, que han de contarse desde el dia que se dió la sentencia, y llegó á noticia del que quiere hacerlo, en los quales ha de ser contado el dia de la sentencia, *l.* 1. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* pero en la práctica este dia no se cuenta en los cinco. Queda por *esta ley* corregida la 22. *del tit.* 23. *P.* 3. que imitando á las Romanas concedia 10. dias. El de introducirla queda al arbitrio del Juez que la admitió *l.* 3. *tit.* 20. en lo qual se tasan varios términos, segun las distancias de los lugares, si el Juez no lo hubiere señalado. No tiene ya pues lugar la *l.* 23. *d. tit.* 23. en quanto disponia indistintamente, que no tasando el Juez el término, fuese el de dos meses. Tanto en el de apelar ó interponer la apelacion como en la de introducirla, se computan los dias feriados. Y finalmente, para proseguir y concluir la apelacion el que la interpuso, señala un año la *l.* 11. *d. tit.* 18. previniendo, que si asi no lo hiciere quede la sentencia firme y valedera; salvo si hubiere embargo derecho, porque no le pueda seguir ni librar; y que si por culpa del Juez fincare de lo librar, pague las costas y daños á las partes, pero nunca hemos visto

(1) *L.* 4. *de recep. qui arb. recep.* (2) *L.* 1. §. 3. *l.* 21. §. 1. *de appel.*

observarse estas penas, aunque por lo regular duran mucho mas de un año las causas de apelacion.

6 Gutierr. *lib.* 1. *prac. quæst.* 104. refiere la práctica de procederse en esto; y es, que el apelante comparece ante los Jueces, que han de conocer de la apelacion, con el testimonio de haberla interpuesto sin presentar el proceso, y en su vista mandan expedir despacho citatorio para la otra parte, y compulsorio para que el Escribano envie copia del proceso dentro del breve tiempo que se le señala. Por lo tocante al testimonio manda la *l.* 18. *d. tit.* 20. que los Escribanos, ante quien pasaren los tales procesos de que se apelare, pongan en las causas civiles relacion de la demanda y la cantidad de ella con la reconvencion, si la hubiere, y tambien la sentencia ó relacion de la cantidad de ella, para que conste á dichos Jueces, so pena de ser suspendidos de oficio por dos meses, y lo mismo en las causas criminales; y que dicho testimonio venga claro, demanera que se pueda entender si la causa es civil ó criminal. Que los procesos apelados se envien firmados, sellados y cerrados, lo manda la *l.* 17. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*

7 La *ley* 13. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* y la 10. *tit.* 1. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.* mandan, que todas les apelaciones de qualesquiera Jueces asi ordinarios como delegados, vayan á las Chancillerías, excepto las que por dimanar las causas del Consejo deben ir al mismo, referidas en *d. l.* 13. y las de menor quantía en las causas sentenciadas por los Alcaldes de los Pueblos, que han de ir á su Ayuntamiento en los Lugares donde hubiere costumbre de ello: cuya quantía señaló la *l.* 8. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que no pudiese ser de mas de 10. mil maravedís: se aumentó á 20. mil en la *pen.* y á 30. mil en la 10. *d. tit.* concediendo esta facultad á las partes para apelar á los Ayuntamientos ó á las Audiencias. Dicha *l.* 8. refiere con extension las muchas solemnidades especiales que han de guardarse en estas apelaciones.

8 Se puede apelar en viva voz ó por escrito. Para que valga la de viva voz, debe ser hecha luego que fué dada la sentencia; porque si se hace despues, ya debe ser por escrito. Quando se hace por palabras bastará diga la parte *Apelo*, aunque nada exprese para qué Juez, ó por qué razon, *l.* 22. *d. tit.* 23. *P.* 3. (1). Ni el que apela al Juez que dió la sentencia, ni este al que apeló, pueden tratar mal de palabras ni de otra manera, *l.* 26. *d. tit.* 23. *l.* 24. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Nov. Rec. l.* 9. *tit.* 12. *lib.* 5. *Nov. Rec.*

9 Solo se puede apelar de sentencias definitivas, y no de las interlocutorias, *l.* 13. *d. tit.* 23. (2). Da dos razones *d. l.* 13. La una, porque los pleytos priucipales no se alarguen; y la otra, porque el perjuicio que puede causar una sentencia interlocutoria injusta, se puede reparar en la definitiva. Pero como esta razon, que es la de mas peso, no tiene lugar en algunas inrerlocutorias, que producen un daño ya irreparable, como por exemplo, entre muchísimos que puede haber, quando pendiente la causa se mandare dar tormento á alguno, ha de decirse, que siempre que la interlocutoria habria de causar tal daño irreparable ya por la definitiva, puede apelarse de ella; y se suele decir de las de esta clase, que tienen fuerza de defiinitiva, *dd. ll.* 13. *y* 10. Lo mismo dice la *l.* 23. *d. tit.* 20. poniendo ademas varios exemplos acerca de la persona del Juez (3). En las sentencias definitivas hay tambien algunos casos en que no se puede apelar, referidos en *d. l.* 13. I. Quando las partes se convienen entre sí, en juicio ó fuera de él, que no apelarian de la sentencia, que diese el Juez contra alguna de ellas (4). II. Quando uno fuere vencido en juicio, que debia dar algo al Rey por razon de cuenta, pecho ú otra qualquiera deuda (5). III. Quando se manda á algunos hombres, que libren ó sentencien ciertos pleytos

(1) *L.* 2. *de appell.* (2) *L.* 36. *C. de apell.* (3) *L.* 2. *de apell. rec. v. n.* (4) *L. últ.* §. *últ. C. de temp. et repar. apell.* (5). *L.* 4. *l. últ. C. quor. apell. n. recip.*

de manera que ninguna de las partes pueda apelar de la sentencia. Pero tal mandamiento como este solo el Rey lo puede hacer.

10 Los efectos de la apelacion son : I. Que extingue la jurisdiccion del Juez en quanto á la cosa sobre que se apeló, y por ello nada puede hacer en ella mientras el pleyto pendiere ante el Juez de la apelacion, *l.* 26. *d. tit.* 23. y de ahí viene el decirse, que pendiente la apelacion nada debe inovarse (2). Pero si el que apeló fuese reconvenido sobre otra cosa ante el Juez de quien apeló: deberá comparecer ante él; porque ademas que no debe suponerlo ofendido, si entendiere que le grava tambien en esta segunda causa, podrá apelar igualmente de su sentencia (3). II. Que el Juez de la apelacion debe recibir las escrituras y testigos, que dixere alguna de las partes haber hallado de nuevo, y si viere que la sentencia fué dada derechamente, confirmarla, y condenar en costas al que apeló, y si fuere mal dada mejorarla sin condenacion de costas, *l.* 27. *d. tit.* 23. *P.* 3. Y debe advertirse en quanto á la probanza de testigos, que no puede recibirse en términos que hayan de deponer sobre los mismos artículos, ó derechamente contrarios de los que fueron propuestos en la instancia ó instancias: cuya circunstancia se ha de expresar en la sentencia ó auto en que se admite este genero de probanza; y que si no se hiciere asi, sea ninguna la probanza. Solo pues podia admitirse en las causas de apelacion ó suplicacion, prueba de escrituras auténticas ó propia confesion sobre dichos artículos. Asi lo dispone la *l.* 6. *tit.* 10. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que impone la pena de diez mil maravedises al Abogado que hiciere lo contrario.

11 Siendo la causa de haberse establecido las apelaciones la de que se puedan reformar las sentencias injustas de los Jueces inferiores, se deben admitir todas,

(1) *L.* 1. §. *ult. à quib. apell. n. lic.* (2) *Tit. nihil innov. ap. interp.*
(3) *Novell.* 126. *cap.* 3.

á excepcion de aquellas en que haya para negarlas causa aprobada por leyes; y el Juez que sin ella dexare de admitirlas, incurre en pena de 30. mil maravedís para el fisco, *l.* 24. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (1). Veamos ahora quáles son las apelaciones en que hay justa causa para no admitirlas, ademas de lo que diximos en el *n.* 9. de haber sentencias de que no se puede apelar donde las referimos. En las causas criminales no se admiten las de los ladrones conocidos, revolvedores de Pueblos, ó mayorales de ellos en los malos bollicios; forzadores ó robadores de las vírgenes, y de las viudas ú otras mugeres religiosas; los falseadores de oro ó plata, de moneda ó de sellos del Rey; los que matan con yerbas, ó á traicion ó aleve, á quienes fuese probado por buenos testigos, ó por confesion hecha en juicio sin premia. De todos estos manda la *l.* 16. *d. tit.* 23. que no sea admitida la apelacion y que sufran luego la sentencia que fuere dada contra ellos (2).

12 En las civíles son tambien muchos los casos en que no deben admitirse las apelaciones: I. Quando los litigantes hubiesen sido rebeldes, no queriendo asistir al juicio siendo llamados (3). II. Quando se hubiese dado en virtud de juramento voluntario entre las Partes, *l.* 15. *vers. Otrosi*, *tit.* 11. *P.* 3. III. Quando las causas no admiten dilacion, *l.* 16. *l.* 22. *d. tit.* 23. que pone varios exemplos, pero en atencion á que en *d. l.* 22. se permite al que se entendiere agraviado el poderse querellar, y proseguir su derecho, debe decirse, que el negarse en estos casos la apelacion, deberá entenderse solamente para suspenderse la execucion de la sentencia del inferior; pero no para que no se pueda revocar. Se podrá pues admitir en quanto al efecto devolutivo, como acostumbramos á decir, y no en quanto al suspen-

(1) *Novell*, 126. *cap.* 3. (2) *L.* 6. *d. apell. l. un. C. de rapt. virg. l. un. de fals. mon. l.* 2. *C. quor apell. n. recip.* (3) *L.* 23. §. *últ. de apell.*

sivo, cuya explicacion es muy conforme al espíritu de *d. l.* 22. que funda lo que establece, en que no se alarguen los pleytos, y las cosas se pierdan, lo que se salva no suspendiéndose los efectos de la sentencia; y mas claramente, ó aun en quanto á las palabras, al de la *d. l.* 16. que dice expresamente, que la pena se execute en la persona y bienes del condenado, sin embargo de su apelacion, lo que es una expresa comprobacion de dicha explicacion ó distincion; y adviertase, que esta *l.* 22. pertenece tambien á causas criminales, pero no aflictivas del cuerpo; porque si lo fueren, en vano se solicitaria la devolucion de la sentencia, sino se hubiese suspendido su execucion.

13 Como las apelaciones se han de interponer del Juez menor al mayor, claro es que no se puede apelar de sentencia que hubiese dado el Rey, por no tener superior, *l.* 17. *d. tit.* 23. *P.* 3. Y por esta razon tampoco puede apelarse de las sentencias de las Reales Audiencias, *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* porque como explica docta y latamente Covar. *pract. quæst. cap.* 4. *n.* 10. estos Tribunales representan de tal manera la persona del Rey en administrar justicia, que se deben llevar y llevan á ellos de un modo ordinario las causas de apelaciones, y todas las otras, que por las leyes del Reyno pueden ir al Rey: de suerte, que lo mismo seria apelar de ellos, que apelar del Rey. Pero suplicar de ellos á ellos mismos lo permite la *prop. l.* 2. en cuyo caso la primera sentencia de las Audiencias se llama *vista*, y la segunda *revista*.

14 Esta suplicacion no se admite de aquella sentencia de la Audiencia, que fuere confirmatoria de dos sentencias conformes del inferior, *d. l.* 2. por aquella famosa regla establecida en varias leyes, que *tres sentencias conformes hacen executoria*, teniendo la fuerza de cosa juzgada, cuya execucion no puede ser detenida, *l.* 25. *tit.* 23. *l.* 4. *tit.* 24. *P.* 3. *l.* 2. *tit.* 21. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* de suerte, que tempoco tiene lugar el remedio de nulidad, aunque se quisiere alegar ser de incompetencia, ó falta de jurisdic-

cion, ó que de ella constase notoriamente del proceso, ó en otra qualquiera manera, ni para impedir la execucion de tales sentencias, ni para que despues de executadas se puede tornar al pleyto, *l.* 2. *d. tit.* 18. como lo hemos insinuado en el *tit. antecedente n.* 2. Solo pues podrá suplicarse de la primera sentencia de las Audiencias, quando ella no hubiese completado el número de tres conformes. Tampoco admiten suplicacion ni otro recurso alguno las sentencias, que sobre tenuta y posesion de mayorazgo diere el Cosejo, *l.* 6. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* la qual manda tambien terminarse estos juicios dentro de 80. dias en lugar de 50. que antes tenia señalados: y que por dichas sentencias se remitan en propiedad estas causas á sus respectivas Audiencias. Ni tampoco hay suplicacion, ni ha lugar á nulidad, ni otro recurso alguno de la sentencia en los del Consejo, Presidente y Oidores de la Audiencia se pronunciasen por Jueces ó no Jueces. *l.* 7. *tit.* 21. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

15 La suplicacion de la sentencia interlocutoria en los casos que permite el derecho, esto es, quando tiene fuerza de difinitiva, se ha de interponer dentro de tres dias, expresando por un escrito los agravios; y contar el transcurso de estos dias no hay restitucion. Si la suplicacion es de sentencia definitiva debe interponerse dentro de 10. dias, expresando tambien por escrito los agravios. Y ha de ser la sentencia de vista, porque de la de revista no hay apelacion, revista ni suplicacion, salvo el caso de segunda suplicacion de que luego hablaremos. Y quando fuere admitida la suplicacion puede la parte alegar y probar en este juicio lo que no alegó ó probó en el de vista, *d. l.* 2. *tit.* 21.

16 Tenemos ademas en España una especial suplicacion que llamamos segunda; porque con efecto viene despues de evacuada la primera, la qual se debe introducir y tratar en el Supremo Consejo, y es todo el asunto del *tit.* 22. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Los requisitos que en ella han de concurrir son varios: I. Que la sentencia de que debe interponerse ha de ser la de revista.

II. Que la causa ha de ser árdua y difícil, y de cantidad considerable: cuyas dos circunstancias exîgen conyunctivamente las *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 22. aunque *la primera del mismo tit.* que es mas antigua, las exîgia disyunctivamente. III. Que no ha de ser de las sentencias interlocutorias aunque tengan fuerza de definitivas, sino solo de las definitivas, *d. l.* 4. Y adviértase, que la tasa de 1500. doblas de cabeza que hizo *esta ley*, fué aumentada por la *ley* 6. *del mismo tit.* 22. á 3000. doblas de oro de cabeza si se tratare de la propiedad; y que ésta habia de valer 6000. doblas si la causa fuese de posesion en los casos en que puede serlo.

17 Debe tambien advertirse en seguida de lo que vamos diciendo, que para admitirse segunda suplicacion en las causas de posesion, es menester que las dos sentencias de la Audiencia no hayan sido conformes, porque si lo fueron, no ha lugar á la suplicacion, recurso, ni otró remedio alguno: pues se deben executar dando el que las obtuvo favorables fiadores suficientes de restituir la cosa á su contrario, si le venciere en el juicio de propiedad; y pertenece á los Oidores de la Audiencia la aprobacion de la suficiencia de los fiadores, sin que pueda suplicarse, ni apelarse de ella, *l.* 5. *d. tit.* 22. De esta regla exceptúa la *l.* 16. *d. tit.* 22. las causas de posesion de los bienes de mayorazgo, en las quales establece no haber segunda suplicacion de la sentencia de revista, aunque no sea conforme con la de vista. Dice *d. l.* 16. de las sentencias que se dieren en el Consejo; pero se ve claramente ser esto por exemplo, y que lo mismo quiere de las que se dieren en las Audiencias, no solo porque expresamente lo pone como á excepcion de la referida regla establecida en *d. l.* 5. sino tambien por la explicacion de la excepcion que añade á lo último, allí: *Quedando aquella en su fuerza y vigor en los otros pleytos y negocios que no fueren sobre la sentencia y posesion de bienes de mayorazgo*: cuya añadidura hace ver, que la excepcion no dice respecto al Tribunal que dió la sentencia, sino

solamente á la calidad de los bienes, si son ó no de mayorazgo. Y ademas vemos, que en este asunto pone la *l.* 4. *d. tit.* 22. baxo de una misma regla, al Consejo que á la Audiencia, si que aparezca distinguirlos ninguna otra.

18 El IV. requisito para esta segunda suplicacion es, que la causa se haya empezado en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda, y no por via de restitucion ni reclamacion, ni nulidad, ni otra manera alguna, *l.* 4. *d. tit.* 22. V. Que se ha de suplicar dentro de 20. dias, en los quales el que suplica debe obligarse dando fiadores, ante los Oidores de la Audiencia, que si confirmaren la sentencia pagará 1500. doblas, que se han de repartir con igualdad entre el contrario que obtuviere la victoria, los Jueces que dieron la sentencia suplicada, y el fisco, *l.* 1. *d. tit.* 22. Y del transcurso de dichos 20. dias prohibe la restitucion la *ley* 2. *d. tit.* 22. solicita como las demas del *tit.* de evitar las dilaciones que suelen procurar los que suplican.

19 VI. Que estas suplicaciones se han de hacer para ante el Rey, que para decidir estas causas tiene en el Consejo Supremo destinada una Sala llamada de *mil y quinientas*, que debe determinarlas atendiendo solamente al proceso en que fueron, sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones ni probanzas ni escrituras ni dilaciones por via de restitucion ni otra manera alguna, *l.* 7. *d. tit.* 22. Y manda ademas esta *ley*, que se vean y sean determinadas estas causas antes y primero que otros procesos algunos de qualquier calidad que sean, sin embargo de qualquier cédula que se diere para que se vea un negocio antes que otro alguno; y que se execute la sentencia que fuere dada en dicha Sala, bastando para darla cinco Consejeros. La *l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 4. *Nov. Rec. y sus notas*, añadió, que si de cinco que hubiesen visto la causa muriese alguno, la puedan determinar las quatro restantes. Y el *auto-acordado* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. lo extendió al caso en que uno de los cinco se diese por

excusado. VII. Que el que suplicare se haya de presentar en dicho grado ante el Rey dentro de 40. dias contadores del dia que suplicó, so pena de desercion, *l.* 2. *d. tit.* 22.

20 Prohibe al mismo tiempo dicha *ley* 2. que se pueda absolver de la referida pena al que habiendo suplicado le fue contraria la sentencia; y quiere que incurran tambien en ella los que se apartasen despues de tres meses que suplicaron. La *l.* 10. del mismo *tit.* 22. establece, que se pague asimismo quando fuere confirmada la sentencia suplicada en lo principal, aunque en las costas, frutos ú otras cosas accesorias á dicha sentencia, ú otros articulos principales, sea modificada, enmendada ó moderada; salvo si el tal artículo ó punto sobre que se haya hecho la revocacion, enmienda ó moderacion fuere de tan gran suma, y de tanta arduidad, que por ello solo, sin respecto á la causa principal, pudiera haberse suplicado con la dicha fianza.

21 La *ley* 1. *d. tit.* 22. que estableció este remedio, y suele llamarse de Segovia por haberse expedido allí, en el año 1390. manda sin distincion que no sea hecha execucion de la sentencia de revista suplicada, hasta que sea dada la tercera sentencia, es decir, la de segunda suplicacion confirmatoria. Pero la 18. del mismo *tit.* que es del año 1563. explica, que no debe entenderse esto, quando las dos sentencias han sido conformes; porque entonces deberán executarse en lo que fueren conformes, sin embargo de la segunda suplicacion, dando primeramente la parte á cuyo favor se dieron fianzas á contento de los Jueces de quien suplicare, que si la sentencia de revista se revocare volverá lo principal con los frutos á la otra parte.

22 En las causas criminales no tiene lugar la segunda suplicacion, *l.* 13. *d. tit.* 22. Pero si en ellas se tratare y hubiere decidido por incidencia, sobre pena pecuniaria que se hubiese de pagar á particulares, la qual llenase la cantidad necesaria para su admision, se deberia admitir en quanto á esto y con mayoría de razon quando toda

la pena del delito fuese de esta clase; porque entonces, aunque naciese la causa del delito, mas podria decirse civil que criminal, como latamente prueba Maldonado de *secund. suplic. tit.* 3. *quæst.* 8. Y en conclusion de este asunto, queremos advertir con el mismo Maldonado en *dicho tratado tit.* 3. *quæst.* 12. *nn.* 12. 13. *y* 14. y Dominguez en la *Ilustracion á la Curia Filípica*, tom. 1. *part.* 5. §. 5. *n.* 5. que las mil y quinientas doblas que debe pagar el que habiendo intentado esta segunda suplicacion fuere vencido, importan con referencia á la moneda de que usamos en el dia veinte y un mil trescientos noventa y ocho reales y medio; y de consiguiente las tres mil á que debe ascender el valor de la cosa en qüestion al doble, esto es, quarenta y dos mil setecientos noventa y siete reales.

23 Tiene algunas semejanzas con la segunda suplicacion el recurso al Consejo que se llama de *injusticianotoria*, *l.* 20. *tit.* 22. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* aunque hay entre ellos algunas diferencias, todo lo qual aparecerá por la siguiente relacion de este recurso. El que se presentare con él se queja de haberle hecho notoria injusticia la Audiencia, y pide al Consejo que la deshaga. Para introducirse es menester que preceda deposito de 500. ducados de vellon, ó fianza lega, llana y abonada hasta esta cantidad de la parte que la introduxere, que ha de recibir de su cuenta y riesgo el Escribano ante quien se otorgue, en que desde luego se le condena, en caso de que el Consejo, con vista de los autos, reconozca haberse valido las partes de este remedio del recurso, sin verificarse por él las causas y motivos que lo justifiquen: y dicha condenacion es para los mismos, y tambien con igualdad que la pena de injusta segunda suplicacion, arriba *n.* 18. pero los pobres que no puedan afianzar, cumplirán prestando la caucion juratoria ordinaria en la Chancillería ó Audiencia donde litigaren. Y en estos casos manda el Consejo se lleve copia de los autos, y con ellos se ha de pasar por la Sala de Gobierno, á

quien privativamente toca la determinacion del recurso, sin que de la que se diere pueda haber suplicacion ni revista, *l.* 2. *tit.* 23. *lib. de la Nov. Rec.*

24 En esta misma *ley* del año de 1703. que contiene toda la doctrina de este recurso, por haberse refundido en él la *ley* 1. *tit.* 23. *del año de* 1700., que es el primitivo que lo introduxo, se notan los quatro siguientes casos en que no tiene lugar: I. Quando la última determinacion de la causa toca por las leyes de estos Reynos privativamente al grado de segunda suplicacion, y por ella á la Sala de mil y quinientas, en los terminos que hemos explicado hablando de dicha suplicacion. II. En los juicios posesorios de cualquier calidad y entidad que sean. III. Quando uno quisiere recurrir de la sentencia de vista que se dió contra él, con la expresion de que no se le admitiere suplicacion de ella, sino es que justificare en el Consejo haber pedido licencia para suplicar, y que no se le concedió. IV. De las sentencias interlocutorias, salvo si fuesen de aquellas que causan perjuicio irreparable.

25 El recurso que llaman de *fuerza* es muy famoso y harto freqüente. Se concede al que entendiéndose gravado injustamente por el Juez Eclesiástico, sin poder conseguir, que le dé el alivio á que cree tener derecho. Entonces puede acudir al seglar por via de proteccion, para que alce el Eclesiástico la fuerza que hace por el derecho que tiene el Rey á impedir que se hagan violencias á sus vasallos, *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Nov. Rec.* Los modos de hacerla son tres: I. El de conocer, que es quando conoce es causa meramenre profana, y de consiguiente extraña de su jurisdiccion. Quando así sucede, los Jueces seglares que conocen del recurso, usan del auto que llaman de *legos*, por el qual declarando nulos los autos obrados por el Eclsiástico, los recogen y remiten al Seglar correspondiente para que conozca del asunto y lo decida. II. El del modo con que conoce y procede, lo qual se verifica quando es la causa de su jurisdiccion; pero no observa en su substanciacion el método y forma

prescriptos en los sagrados Cánones y leyes. III. Que es tambien sobre el modo de proceder, tiene lugar quando no otorga las apelaciones que ante él se interponen, y segun derecho son admisibles, *l.* 7. *tit.* 2. lib. 2. *de la Nov. Rec.*

26 El modo de procederse en estos asuntos, es despachar los Jueces Seculares carta ordinaria al Eclesiástico para que reforme la fuerza; y si esto no bastare, sobrecarta para que remita los autos originales, para en su vista quitarla si la hay. Estos autos se han de remitir á las Audiencias, baxo cuyos límites estuviere el Juez Eclesiástico, y determinar allí por los Oidores, sin embargo de qualquier cédula que se hubiere dado para que fuesen á la Audiencia, so cuyos límites fuese el reo, *l.* 4. *d. tit.* 2. Y no tiene lugar este recurso en los autos interlocutorios, salvo si tuvieren fueza de definitivos, *l.* 3. *d. tit.* 2. En este Reyno de Valencia hay un Juez especial llamado de *Competencias*, que resuelve definitivamente todos estos recursos y causas en que disputan ambas jurisdicciones Eclesiástica y Secular, sobre qual ha de conocer. Es un Eclesiástico constituido en dignidad á quien nombra el Rey. De sus sentencias no hay suplicacion, apelacion, ni otro remedio.

27 Este recurso debe ir preparado, porque de otro modo no se puede admitir. Se prepara en la manera siguiente: Despues de notificado el auto que causa la fuerza, se procede con esta distincion: si la causa es en el conocer, se presenta por la parte pedimento ante el mismo Ecle siático, exponiendo las causas por qué no le corresponde el conocimiento, y pidiendo se abstenga de él, remita los autos al Juez Secular que sea competente, protestando de lo contrario valerse del Real auxîlio contra la fuerza; y sino lo hiciese, se pide testimonio, y con él, si lo concede, y si no lo concede, cotestimonio de la denegacion se interpone el recurso. Y si la fuerza se causare en el modo, se debe pedir la reforma del auto con que la infiere apelando de lo contra-

rio; y si el Eclesiástico niega uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protestando el auxilio contra la fuerza, y si con esto no se logra, se usa del recurso. La razon de la diferencia consiste en que en el primer caso procede el Eclesiástico sin tener jurisdiccion, y por eso se tira desde luego á sacar la causa de sus manos, lo que no sucede en el otro.

28 Otro recurso hay semejante á este, llamado de *nuevos diezmos*, en los territorios donde los Jueces son Eclesiásticos. Si estos protejen con sus providencias la introduccion de nuevos diezmos que no se pagaban, da el Consejo cartas y provisiones necesarias para los Prelados, Cabildos, Conservadores y otros Jueces que conocen de ello, para que remitan los procesos, *l.* 7. *tit.* 6. *lib.* 1. *de la Nov Rec.*

29 Otros recursos hay ordinarios y muy freqüentes, quando el Juez inferior niega la apelacion, ó la concede solamente en el efecto devolutivo, y el que la pide pretendiendo que se le hace agravio acude al Juez superior, lo que se llama acudir por recurso. Quando se introduce, manda el superior expedir al despacho para recoger los autos, y en su vista acuerda la providencia correspondiente, ó cortando la causa, declarando haber ó no haber lugar al recurso, ó mandando que se admita la apelacion.

TITULO X.

DE LOS JUICIOS SUMARIOS,

DE CUYAS SENTENCIAS NO SE ADMITE APELACION EN QUANTO AL EFECTO SUSPENSIVO.

1. *Qué sean juicios sumarios.*

1 Diximos en el *tit.* 2. *de este libro n.* 2. ser juicios

sumarios aquellos en que se procede breve y sumariamente, despreciando las largas solemnidades de los ordinarios, atendida solamente la verdad, sin entretenerse tanto los Jueces en escudriñarla como en los otros, sino oyendo las partes, y librando la causa llanamente, *l. 7. tit. 22. P. 3.* que pone algunos exemplos. Y debe decirse generalmente, que ha de hacerse así siempre que haya urgencia en la causa, de manera que no admite dilacion: en cuyo particular recorremos los asuntos ó casos mas freqüentes.

TITULO XI.

DE LOS JUICIOS DE LOS ALIMENTOS, Y DE LA POSESION MOMENTANEA.

1. 2. *Los alimentos ó se deben prestar por el oficio del Juez, ó por via de accion, y de la obligacion que tienen los de la linea recta de prestar los de la primera especie.*
3. 4. *No hay obligacion de prestarse en la linea lateral.*
5. 6. *Se explican las dos especies de alimentos, y las diferencias entre unos y otros.*
7. *De los que se deben por costumbre al inmediato sucesor del mayorazgo.*
8. *Los alimentos se han de pagar de bistrecha, y quanto comprenden.*
9. *De las transacciones sobre alimentos.*
10. 11. *Qué sean interdictos de posesion, y de la necesidad de haberse introducido.*
12. 13. *Los interdictos unos son de adquirir la posesion, otros de retenerla, y otros de recobrarla: y se explican los de la primera especie.*
14. 15. 16. 17. *Del interdicto de retener la posesion.*
18. 19. 20. *Del interdicto de recobrar la posesion.*

1 Para proceder con claridad en asunto de alimen-

tos, debemos advertir an te todas cosas ser dos sus especies. La una de aquello s que se deben por el oficio del Juez, dictándolo la misma equidad, fundada en la razon de la propia sangre y la piedad, *l.* 2. *tit* 19. *P.* 4. y la otra de los que se deben por derecho de verdadera accion, nacido de convencion ó ult ima voluntad que los constituyó. Los de primera especie los deben prestar los padres á sus hijos, y los hijos á sus padres; y si los padres ó hijos, que estan en primer lugar sujetos á esta obligacion fuesen pobres, y los demas ascendientes ó descendientes mas remotos ricos, alcanzará á estos la obligacion, *d. l.* 2. *l.* 4. *tit. d.* 19. Y tambien á los hijos naturales y no legítimos; y en quanto á la madre y demas ascendientes maternos, aun á los hijos nacidos de adulterio, incesto ú otro fornicio. Clamó contra esta última obligacion el derecho Romano (1); pero la estableció el Canónico (2), y con razon, proviniendo como proviene de movimiento ó razon natural, *d. l.* 2. y no teniendo los hijos la culpa de su desgraciado nacimiento, quando por lo contrario toda es de la madre. Mas los padres ú otros ascendientes paternos no estan tenidos á ella. De cuya distincion da la *l.* 5. *d. tit.* 19. que la establece, la razon clara, que la madre siempre es cierta, aun respecto de estos hijos; pero no el padre. Por lo dicho se ve, que esta obligacion de alimentar es recíproca en la línea recta de los ascendientes y descendientes. Si los cónyuges vivieren separados, debe criar y cuidar de los hijos el que no tuvo culpa de la separacion, pero dando los alimentos el que la tuvo. Y prescindiendo de esto, la madre tiene la obligacion de criar á los menores de tres años, cuyo tiempo suele llamarse el de lactancia, y el padre á los mayores: mas en un caso y otro, si el obligado es pobre, y el otro cónyuge rico, será de este la obligacion, *l.* 3. *l.* 4. *d. tit.* 19. Pero en el

(1) *Auth. ex complexu C. de secund. nupt.* (2) *Cap.* 5. *extra de eis qui dux. in matrim.*

dia en que los bienes ganados en el matrimonio son comunes, apenas podrá haber lugar á estas discusiones.

2 Cesa esta obligacion de alimentos, quando el que los habia de recibir cometiese ingratitud contra el que los ha de dar: lo que debe entenderse de aquellas que son justas causas para la desheredacion, *l.* 6. *d. tit.* 19. con su *glos.* 3. de Greg. Lop. Y no queremos omitir la especialidad que se lee al fin de *esta ley*, tomada de otra Romana que tambien lo estableció (1), reducida á decir, que si un hijo desheredase á su padre por justa causa, y estableciese por heredero á un estraño, estará este obligado á dar alimentos al dicho padre del testador en el caso de haber venido este á muy grande pobreza, pero no en otro. Por la reciprocidad que en este asunto establecen nuestras leyes entre ascendientes y descendientes, creemos que esta doctrina tendrá tambien lugar quando en iguales términos un padre desheredase á un hijo, istituyendo heredero á un estraño.

3 En quanto á la línea lateral casi todos los Intérpretes juzgan, que el hermano está obligado á prestar alimentos á su hermano pobre, Molin. *de primog. Hisp. cap.* 15. *n.* 67. Bas. *in theatr. jurisp. cap.* 21. *n.* 63. citando á muchísimos, y aun muchos extienden la obligacion á los tios respecto á los hijos de sus hermanos, aunque otros, y entre ellos Molina *d. cap.* 15. *n.* 67. contradice mucho esto último, y tambien Bas *d. cap.* 21. *n.* 64. Nuestros intérpretes, que defienden esta obligacion en la línea lateral, se fundan en las leyes Romanas, sin apoyarse en ninguna de las nuestras, que en efecto no hablan de ella, como lo confesó Larrea *decis.* 47. *n.* 15. aunque defiende la obligacion, sin embargo de que tratan con bastante extension este asunto de alimentos como hemos visto: lo que nos hace sospechar no ser conforme á su intencion el aprobarla.

4 No estamos pues léjos de pensar, que atendidas

(1) L. 5. §. 17. *de agnos. et alen. lib.*

nuestras leyes no hay obligacion de dar alimentos un hermano á otro, como se atrevió á decirlo de las Romanas Westemberg. *dissert.* 1. *de legit. port. cap.* 5. *desde el n.* 15. diciendo, que aunque esto es cosa piadosa, pero no obligatoria. Y mas si consideramos, que la doctrina de la célebre ley Romana (1), de que debemos ser mas propensos á negar quando se trata de obligar, y por lo contrario mas fáciles á estar por la deliberacion quando se trata de ella, está tambien establecida en la *l.* 40. *tit.* 16. y en la 17. *tit.* 22. *P.* 3. Nos hubiéramos alegrado mucho de haber encontrado solídos fundamentos legales, para abandonar ó ablandar por lo menos esta opinion sin ofensa de nuestro instituto, que no nos permite dar preferencia á la piedad sobre la justicia. Y añadimos por último de esta especie de alimentos de que tratamos, que el aforrado está obligado de darles á su aforrador ó patrono, *l.* 8. *al fin tit.* 22. *P.* 4. (2).

5 Los alimentos de segunda especie debidos por derecho de verdadera accion previenen ó de contrato, que es la fuente mas principal y conocida de las obligaciones, ó de última voluntad, que la produce á favor de los legatarios, mediante el quasi-contrato de la adiccion ó admision de la herencia. Porque si bien los alimentos de la primera especie tambien se pueden pedir en justicia, para lo qual es preciso, que aquellos á quienes se deban tengan derecho ó accion para pedirlos; pero como esta accion nace de la obligacion natural, que por sí solo no la produciria, sino estuviera aprobada y auxíliada del oficio del Juez, de ahí viene que los Intérpretes han formado la division en dos especies, en estos términos de decir que unos alimentos se deben por el oficio del Juez, y los otros por derecho de verdadera accion: la que es muy oportuna para manifestar las diferencias que hay entre los de una y los de la otra especie, de las quales son las mas principales: I.

(1) *L. Arrianus* 47. *de obl. et act.* (2) *D. l.* 1. §. 18.

Que los de la primera solo los han de prestar los que estan ricos, ó como ahora suele decirse son pudientes, y solamente á los que estan pobres y lo necesitan, *l.* 3. *l.* 6. *tit.* 19. *P.* 4. y los de la segunda no estan excluidos por la pobreza del que debe darlos, ni por la riqueza de los que han de recibirlos, Molin. *de primog. Hisp. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 6. Bas *in theat. jurisp. d. cap.* 21. *n.* 87. citando á muchos. No podemos apoyar esta segunda parte de la distincion con leyes que formalmente la establezcan; pero es bien clara, pues asi como si á Pedro le legase el testador un campo ó cien pesos, se los habia de dar el heredero sin poder resistir ni libertarse á título de que Pedro estaba rico ó él pobre, tampoco podia libertarse por dicha razon de prestarle los alimentos que le legaron, por ser una misma la obligacion.

6 II. Que los juicios sobre los de la primera han de ser, sumarios y de las sentencias que en ellos se dieren no se admite apelacion en quanto al efecto suspensivo, sino solamente en quanto al devolutivo; y los de la segunda son ordinarios, pudiéndose apelar en ambos efectos de las sentencias que se pronuncian en ellos, Salgado *de reg. protec. part.* 3. *cap.* 1. Vela *dissert.* 39. *n.* 41. Y tambien es clara la razon de esta diferencia, reducida á que las causas de aquellos no admiten dilacion, por deberse solamente á pobres, y para mantenerse ó sustentarse, y es bien sabido, que el vientre no tiene espera, ni admite dilacion: lo que no sucede en los de la otra que no se dan, como hemos visto por razon de pobreza; por cuya consideracion se admitirá la apelacion en los dos efectos, aun en el caso que por casualidad fuese pobre el que le pidió y obtuvo la sentencia favorable, como lo prueban dichos Salgado y Vela en los *lugares citados.*

7 Por costumbre se ha introducido, que el poseedor de algun mayorazgo tenga obligacion de dar alimentos al inmediato sucesor, de cuya costumbre han podido los Intérpretes hallar alguna razon y fundamento en dos le-

yes Romanas (1), que establecieron deberse dar la posesion de bienes á una muger preñada, quando se debia al hijo que traia en el vientre, dando la razon de que era mas justo que se gastase en valde, que negar los alimentos al que despues podia ser dueño de los bienes: lo qual se adopta completamente al inmediato sucesor del mayorazgo. Estos alimentos pertenecen á la primera especie, como que nacen del oficio del Juez, fundada en la razon de piedad y equidad natural; pero participan algo de la naturaleza de los de la segunda, segun la práctica que vemos de darse tambien á los ricos. Su tanto pende del arbitrio de los Jueces que suelen señalar la octava parte de la renta de los bienes del mayorazgo.

8 Como los alimentos han de servir para mantenimiento de aquel á quien se dan, es opinion de todos los Autores, que se deben dar con anticipacion ó de bistrecha. Algunos han querido que para todo el año, al principio de cada uno de ellos, fundados en que asi lo dixeron las leyes Romanas de los legados anuos (2), que son semejantes. Otros por meses, y otros que diariamente; pero se ha recibido generalmente, que se paguen á razon de quatro meses á tercio anticipado: ó por tercias anticipadas como suele decirse, Molin *de primog. Hisp. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 73. Valer. *de transact. tit.* 3. *quæst.* 3. *n.* 6 y latamente Bas *theat. jurisp. cap.* 21. *nn.* 106. *y* 107. citando á muchísimos. Si el testador legare á Pedro los alimentos, deberá darle el heredero lo que hubiere de menester para comer, beber, bestir y calzar, y aun quando enfermase las cosas que fuesen necesarias para cobrar la salud, porque todas estas cosas son menester para la vida del hombre, *l.* 5. *al fin tit.* 33. *P.* 7. y debe darle tambien habitacion, *l.* 2. *tit.* 19. *P.* 4. (3). Si ha expresado el testador la cantidad que queria se diese al legatario en razon de alimentos, claro es ser esa la que

(1) *L.* 1. *l.* 6. §. 1. *de vent. in pos. mit.* (2) *L.* 12. *quand. die leg. v. fideicom. ced. l.* 1. *C. eod.* (3) *L.* 1. *l.* 6. *de alim. legat.*

debe darle el heredero; pero si no la hubiese expresado y era usado en su vida de dar cierta quantía de pan ó de dineros por gobierno de aquel á quien hace la manda, está tenido el heredero á darle otro tanto. Y si por ventura no le daba cosa cierta, le deberá dar lo que fuese proporcionado, atendidas las circunstancias del legatario y de los bienes que el testador dexó al heredero, *l.* 24. *tit.* 9. *P.* 6. (1). En la prestacion de los alimentos de la primera especie tambien debe atenderse á las facultades del que los debe dar, y circunstancias del que los ha de recibir *d. l.* 2. *tit.* 19.

9 Las leyes Romanas (2), establecieron no poderse hacer transaccion de alimentos sin intervenir la autoridad ó aprobacion del Juez que la debia dar con conocimiento de causa justa, para precaver que sean engañados los alimentistas, que para percibir desde luego alguna porcion renuncian los alimentos que les habian de durar toda su vida, y se ponen en la indigencia que quiso remediar el testador. No hallamos ley nuestra que lo establezca; pero sin embargo nos ha parecido notarlo por parecernos muy equitativo. Pero debemos advertir, que esta circunstancia de haber de intervenir la aprobacion del Juez, solo la requerian los Romanos en los alimentos que se habian constituido por testamento ú otra última voluntad, y no en los que se debian por convencion (3). Y es la razon, porque todas las cosas se pueden disolver del mismo modo que se han constituido (4). Ni entonces es en perjuicio de otros la transaccion, como lo es de la buena memoria y voluntad del difunto en la de los testamentos.

10 Basta de alimentos: hablemos ahora de los juicios sumarios de momentánea posesion (5), llamados asi, por que se decide sobre la posesion con mucha celeridad, y como en un momento. Se han introducido para mante-

(1) *L. pen. eod* (2) *L. Cum hi* 8. *transact. l.* 8. *C. eod.*
(3) *D. l. Cum hi* 8. §. 2. (4) *L.* 35. *de div. reg. jur.* (5) *L. un. C. si de moment. pos.*

ner los Pueblos en paz, que sin ellos estaria con freqüencia turbada, riñendo las partes sobre quien habia de poseer. Conviene pues evitar y cortar con la posible brevedad las desavenencias que pueden ocurrir en este particular, lo que se logra por estos juicios, que versan sobre adquirir la posesion, retenerla ó recobrarla. Las acciones de que en ellos usamos se suelen llamar *interdictos*, cuyo nombre nació del modo con que en esto se procedia entre los romanos en el tiempo de los Jueces Pedáneos. Qualquiera que necesitaba dar este paso acudia al Pretor, que llamando al adversario, y oyendo á las dos partes sin forma de juicio, mandaba ó prohibia (*interdicebat*) hacer alguna cosa, procunciando su decreto que llamaban *interdicto*. Si las partes se convenian en observarles, se executaba; pero si aquella á quien se dirigia el interdicto no se conformaba con él, usaba á las veces de su autoridad y fuerza para hacerlo cumplir; pero lo mas regular era enviar la parte al Juez ante quien propusiese su accion, instituyendo alli el pleyto.

11 Mas considerando despues, que por este modo se usaba de rodeos, que conviene evitar, mayormente en las causas que deben decidirse con brevedad, como son estas: y concurriendo ademas la prohibicion de nombrar Jueces Pedáneos los Pretores, debiendo juzgar por sí mismos, se abolió esta práctica, constituyéndose, que desde luego y con derechura propusiera su accion ante el Juez el que pretendia tener derecho sobre esta posesion momentánea. A estas acciones llamaron estraordinarias, porque salian del modo ordinario de proponerse antes, y quisieron hicieran las veces de los interdictos, como que significase lo mismo un hombre que otro (1). En España tenemos adoptado este nuevo modo de proceder, y para explicarse nuestros Intérpretes con claridad y menos confusion sobre las causas de posesion, las dividen en plenarias y sumarias, llamando plenarias á las que se siguen

(1) *Tit. 1. lib. 43.*

en el modo, y por los plazos de los juicios ordinarios, y sumarias aquellas en que despreciándose las largas solemnidades se deciden con brevedad, sin admitirse apelacion de sus sentencias, ó admitirse solo en el efecto devolutivo, Gom. *in l.* 45. *n.* 194. Larr. *decis.* 6. *n.* 6. Salgad. *de rec. protect.* 3. *part. cap.* 12. *nn.* 30. *y* 34. Y estas son sobre adquirir de pronto, retener ó recobrar la posesion; y á las acciones que tenemos para intentar estas causas, las llaman, como las leyes Romanas, interdictos, por su orígen; y asi las llamaremos tambien nosotros.

12 Los interdictos se dividen de varias maneras; la mas famosa division es, que unos son de adquirir la posesion, otros de retenerla, y ortos de rocobrarla. De los primeros hallamos dos egemplos en nuestras leyes. El uno en la *l.* 3. *tit.* 34. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* á favor de los hijos ú otros parientes propinquos, que tengan derecho de heredar al difunto por testamento ó abintestato, á quienes quiere ponga la justicia en posesion pacifica de los bienes hereditarios despues de la muerte del difunto (1), luego que se ha informado de la verdad; y manda al mismo, que nadie se atreva á entrar ni tomar la posesion de dichos bienes á título de que se halla vacante y que los herederos no la han tomado corporalmente, so pena, que los que entraren ó tomaren tales bienes sin licencia ni autoridad de Juez competente, pierdan por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, y les pertenecia en qualquier manera; y si derecho en ellos no habia, que restituyan los bienes, que asi entraren y tomaren con otros tales, y tan buenos, si pudieren ser habidos, ó la estimacion de ellos, procediendo en todo esto la Justicia sumariamente sin figura de juicio; pero apoyado en plena prueba, como dice Acev. en *d. l.* 3. *nn.* 72. *y* 73.

13 El otro exemplo de este interdicto muy semejante á este, se halla en la *l.* 2. *tit.* 14. *P.* 6. reducido á que

(1) *L.* 1. *C. quor. bon.*

aquel que mostrare delante del Juez testamento en que era instituido por heredero, perfecto y cumplido, como debe ser, sin estar raido ni cancelado, debe á peticion suya el Juez mantenerle en la posesion y tenencia de los bienes de la herencia y quanto tenia el testador quando murió, sin que tenga derecho para detenerlo qualquiera que se hallase poseedor de dichos bienes, alegando que el testamento era falso, ó que no pudo hacerlo el que lo hizo, porque le estaba prohibido, ó por otro embarazo semejante (1); salvo si luego quiere probar lo que dice, en cuyo caso deberá el Juez detener la entrega, y oirle y recibir pruebas sobre esta razon. De este interdicto trata latísimamente Ant. Gom. en la *l.* 45. *de Toro desde el n.* 120. *hasta el* 168. distinguiendo y resolviendo casos apoyados en leyes Romanas, que aunque no estan adoptadas ni contenidas en las nuestras, á excepcion de las dos que hemos notado, no dexan de tener equidad.

14 Tambien trata latamente, y con la buena y profunda doctrina que acostumbra, el mismo Gom. en *d. l.* 45. *desde el n.* 168. *hasta el* 180. del interdicto de retener la posesion, que los Romanos dividieron en dos, llamando al uno *uti possidetis*, para las cosas inmuebles, y al otro *utrubi*, para las muebles. De alli sacaremos lo que nos parezca mas oportuno; porque de nuestras leyes apenas se podrá sacar cosa alguna en este particular, y es muy del caso, que se tenga de ello alguna noticia, porque no es muy freqüente su uso. Ante todas cosas debemos acordar la division de la posesion en civil y natural, que hace la *l.* 2. *tit.* 30. *P.* 3. diciendo ser natural la que uno tiene por sí mismo corporalmente como la de su casa ó heredad, ó cosa semejante estando en ella; y civil la que tiene por otorgamiento de la ley, quando uno sale de su casa ó heredad, no con intencion de la desamparar, sino porque no puede siempre estar en ella. No solo compete este interdicto al que tiene ambas posesiones al

(1) *L. ult. C. de edic. D. Hadr. tol.*

mismo tiempo, sino al que solo tuviere la civil; porque teniéndola por otorgamiento de la ley, es preciso que esta la sostenga; y es el que propiamente se llama poseedor: del que solo tiene la natural, qual entre otros es el usufructuario, solo suele decirse, que está en la posesion, pero que no es suya; bien que nuestra *l.* 5. *d. tit.* 30. dice, que la gana, añadiendo no ser bastante para ganar por ella la propiedad; pero sí que le basta para tener este interdicto (1); y porque en efecto nadie le puede quitar su posesion, y hace suyos los frutos.

15 Pero á los que solo son detentadores, sin tener posesion alguna, no les compete este interdicto: podrán quando mas implorar el oficio noble del Juez, si son expelidos, para que les restituya contra los que molestaron y turbaron en su detencion, Gom. en *d. l.* 45. *n.* 168. *y* 12. *sigg.* de cuya clase son el comodatario, el depositario y otros, que tienen en nuestro nombre cosa que nos pertenece. Y es menester para que competa al poseedor, que no tenga la posesion venida de su adversario por fuerza, clandestinamente, ni en precario ó á ruegos; pero no se lo impedirá el que la tenga de otro extraño, por uno de estos tres medios (2).

16 De este interdicto se echa mano quando dos han de pleytear sobre la propiedad de alguna casa, y pretende cada uno de ellos que la posee, cuya discusion debe preceder al juicio petitorio (3), que no puede expedirse de otra manera, porque no puede instituirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe convenir el actor; pues segun diximos arriba *tit.* 1. *n.* 2. para dirigir su accion real debe probar el actor, que el reo posee, y no puede haber pleyto de propiedad sin que uno sea actor ó pedidor, y el otro poseedor (4). Y como la posesion es tan preciosa, que vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion,

(1) *L. últ. uti possid.* (2) §. 4. *Inst. de interd.* (3) *L.* 13. *C. de rei vind.* (4) *L.* 62. *de jud.*

l. 28. *tit.* 2. *P.* 3. (1), de ahí es, que si no se decidiese la posesion interina antes, ademas de no poderse instituir el juicio petitorio, vendrian las partes á las riñas y á las armas, con perjuicio de la pública tranquilidad. La sentencia que entonces se da es interlocutoria, porque solo es de entretanto mientras se decide el pleyto principal sobre la propiedad de la cosa, ó aunque sea sobre la posesion plenaria; de suerte que como dice el Señor Covar. *pract. quæst.* 17. *n.* 2. la sentencia se suele concebir en estos términos: *Entre tanto que este pleyto se vé y determina definitivamente: sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y en propiedad*: de manera, que puede moverse despues sin embargo alguno, no solo el pleyto de la propiedad, sino tambien el pleyto de posesion plenaria.

17 No compete solamente este interdicto contra otro que pretenda la misma posesion, sino tambien contra aquel que sin pretenderla nos inquieta y molesta en la que tenemos, no dexándonos usar de la cosa á nuestro arbitrio en sembrar, cavar, labrar, edificar ó hacer otra cosa que nos pertenezca (2), Gomez en *d. l.* 45. *n.* 170. *vers. Tertio.* El que intenta en este caso el interdicto, debe probar que es poseedor al tiempo de la contestacion del pleyto, y que el reo á quien conviene la turba en la posesion, y en su conformidad pedir que se declare ser el poseedor, y mande, que el reo no le moleste en lo sucesivo en su posesion, y le pague los perjuicios que le haya causado por haberle molestado, el mismo Gomez á los *nn.* 173. *y* 174. (3), y á este tenor lo declara el Juez *n.* 175.

18 El interdicto tercero es de recobrar la posesion que hemos perdido, el qual es el mas favorecido de todos, porque asi lo exîge la pública quietud, pues sin él serian muy freqüentes los despojos y robos. Se da este interdicto al que es hechado por fuerza de la cosa raiz que poseia,

(1) §. 4. *Inst. de interd.* (2) *L.* 11. *de vi et vi arm.* (3) §. 4. *Inst. de interd.*

ó se le quita si es mueble. Pierde entonces el forzador qualquier derecho ó señorío que en ella tuviere, y está obligado á restituirla al forzado con todos los frutos y utilidades que de ella sacó. Y si despues que se hizo la fuerza se perdió ó empeoró, todo el peligro y daño es del forzador, que deberá pagar la estimacion (1). Si el forzador fuese menor de 14. años, ó padre ó aforrador del forzado, no caerán en la pena; pero deberán rertituir la cosa, *l.* 10. *tit.* 10. *P.* 7. Como nuestros arrendadores y otros semejantes, poseen á nuestro nombre las cosas, ó nosotros las poseemos por medio de ellos, tendremos tambien el interdicto si fueren forzados á desamparar nuestras cosas. Y lo mismo seria si metiesen en ellas á otro en tenencia ó posesion con la intencion que la perdiésemos.

19 Pero si el arrendador ni fue forzado ni metió á otro en la posesion, sino solamente desamparó maliciosamete la cosa para que otro entrase en ella, no perderiamos la posesion, y estaria obligado el arrendador á pagarnos el daño ó menoscabo que nos causó *l.* 13. *tit.* 30. *P.* 3. Tendriamos pues en este caso el interdicto de retener la posesion, mas no el de recobrarla. Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea el Juez; porque si algun Alcalde ó Juez despojare á alguna persona de la posesion de sus bienes, sin haber sido llamada, oida y vencida, manda la *ley* 2. *tit.* 34. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que sean restituidos sus bienes al despojado, bien que en este caso da el plazo de tres dias. Y quiere tambien, que si pareciese carta del Rey, por donde mandare dar la posesion que uno tenga á otro, y tal carta fuese sin audiencia, que sea obedecida, y no cumplida; y lo mismo previene la *l.* 6. *tit.* 4. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* exceptuando solo el caso en que despojare á alguno por delito que fuese notorio haber cometido, siendo el Rey certificado de ello.

(1) *L.* 1. §. 40. *et seqq. de vi et vi arm. cap. reintegrandæ* 3. *quæs.* 1. *in decret. Gratian.* §. 6. *Inst. de interd.*

20 Tiene de singular este interdicto de concederse tambien contra aquel de quien adquirimos la posesion por fuerza, clandestinamente, ó á sus ruegos (1), á diferencia del de retener, que cesa en este caso, como hemos dicho *arriba n.* 15. lo que se debe á lo mucho que interesa el público en que al despojado de la posesion se le restituya ante todas cosas, Gom. *d. l.* 45. *n.* 183. Y por lo mismo no detiene la restitucion el que se oponga la excepcion del dominio, aunque se ofrezca probarlo en continente (2), Gom. *en d. l.* 182. Qualquiera que es invadido para quitársele la posesion, no solo puede defenderla resistiendo al forzador, sino que tambien podrá recobrarla de él por propia autoridad, si es que pudo quitársela; con tal que lo haga entonces mismo sin intervalo de tiempo. Gom. *en el n.* 190. apoyado en una ley Romana que la explica con esta distincion (3); porque en este caso se juzga, que el despojado, recobrando la posesion, no adquiere ú ocupa nueva posesion, sino que vuelve á la pristina que tenia; y de consiguiente no está sujeto á este interdicto, antes lo estaria á su favor qualquiera que de nuevo se la quitara (4). De los modos de adquirir y perder la posesion tratamos ya en el *lib.* 2. *tit.* 2. y por eso lo omitimos aquí.

(1) *D.* §. 6. (2) *L. C. ad leg. Jul. de vi* (3) *L.* 3. §. 9. *de vi et. vi arm.* (4) *L.* 17. *eod.*

TITULO XII.

SE PROPONE OTRA DIVISION DE INTERDICTOS, BAXO DE OTRO ASPECTO, Y SE EXPLICAN LOS PRINCIPALES.

Titt. 32. P. 3. (1).

1. *Division de interdictos en prohibitorios, restitutorios, y exhibitorios.*
2. 3. 4. *Qué sea denuncia de nueva obra, y por qué causas se puede hacer, y por quienes.*
5. *A quiénes se puede hacer la denuncia.*
6. *Defectos de la denuncia.*
7. 8. 9. *Casos en que no tiene lugar.*
10. 11. *De la accion, para precavernos que los edificios vecinos á los nuestros nos causen daño, y modo de proceder en ella.*
12. *Compete tambien esta accion quando algun arbol nos daña.*
13. 14. *Casos en que concurre esta accion, con la de denuncia.*
15. 16. *De la accion que compete en razon de daños por el agua de las lluvias.*
17. *Caso especial en este asunto.*
18. 19. *Otros casos dignos de saberse, que se expresan en las leyes Romanas, y son freqüentes en la práctica, y no estan expresados en las nuestras.*
20. 21. *Se refieren otros interdictos sobre obras en caminos y otros lugares públicos y en rios.*
22. 23. *Otros interdictos sobre caminos ó sendas privadas.*

(1) Titt. 1. 2. 3. lib. 39. Dig. et titt. 2. 3. et ali. lib. 43. eod.

24. 25. *Otros interdictos sobre llevar el agua.*

26. 27. 28. 29. 30. *Del interdicto que compete llamado* quod vi aut clam, *quando se nos hace daño por obra, que se hizo por fuerza, ó clandestinamente.*

13. *De los interdictos que suelen llamarse* quorum bonorum, *y* quorun legatorum.

1 Como todos los interdictos son sobre posesion, es preciso que todos versen en adquirirla, retenerla ó recobrarla; por lo que no intentamos proponer aqui una division nueva enteramente distinta de la que acabamos de hacer, sino una subdivision de alguno de sus miembros, baxo un aspecto diferente. Decimos siguiendo esta idea, que los interdictos son prohibitorios, restitutorios ó exhibitorios, cuyos nombres se les dan del fin á que se dirigen á prohibir, restituir ó exhibir alguna cosa (1): lo que se irá viendo en cada uno de los que expliquemos. Y advertimos, que estas locuciones ó modos de hablar: *El interdicto es prohibitorio ó prohibe*, traen origen del tiempo antiguo en que los interdictos eran los decretos de los Pretores, los quales con propiedad probibian; y ahora se aplican tambien á los interdictos de nueva forma que por sí no prohiben, y se llaman asi, por ser acciones por las que pretendemos se observe la prohibicion, como lo hemos notado en el *tit. antecedente nn.* 10. *y* 11.

2 Empecemos por el de denuncia de obra nueva, muy freqüente y famoso, ỹ que es prohibitorio, pues que por él se prohibe que se haga obra nueva. Es la denuncia considerada como aprobada por el Juez: *Legítima prohibicion de hacer alguna obra nueva.* Para ser legítima la prohibicion debe estar hecha la denuncia por los que tienen derecho de hacerla, y por los modos que aprueban las leyes. Como el fin de la denuncia es que se prohiba hacer obra nueva, es claro que no tiene lugar contra obras viejas, sino solo para impedir las nuevas que van

(1) §. 1. *Inst. de interd.*

á hacerse, ó en lugar ya edificado, ó en vacío (1). Se dice nueva obra la que se hace enteramente de nuevo sobre sus cimientos propios, y tambien quando se añade ó quita á otra vieja, haciéndola mudar de forma ó figura de como estaba ántes, *l.* 1. *tit.* 32. *P.* 3. (2).

3 La denuncia se hace; ó para conservar nuestro derecho, ó para preservarnos del daño, ó para defender el derecho del público (3). Por esta última causa, como si uno quisiere edificar, en la plaza, calle, ó egido comunal en cuyo caso puede denunciar la obra qualquiera del Pueblo, á excepcion de los huérfanos menores de 14. años, y las mugeres, que no podrán hacer esta denuncia, aunque la pueden hacer quando alguno hiciere obra nueva en cosa de ellos mismos, *l.* 3. *d. tit.* 32. (4). Pero por razon de conservar su derecho, ó evitar su daño solo puede hacer la denuncia el que tiene algun interes (5), Gom. *l.* 46. *Taur. n.* 23. por sí mismo, por sus hijos, por sus siervos, sus personeros, mayordomos y tambien los guardadores, á nombre de los huérfanos ó sus amigos. Pero estos deberán dar recabdo ó caucion que la probarán aquellos á cuyo nombre la hacen, *l.* 1. *d. tit.* 32. *P.* 3.

4 Ademas del dueño del lugar donde se hace la obra nueva puede denunciarla, por razon de tener interes, quien tenga algun derecho en él, como si lo tuviera á peños ó á censo, *l.* 4. *d. tit.* 32. que dice lo mismo del fructuario quando es un extraño el que hace lo obra nueva; pero no si la hiciere el propietario, en cuyo caso podria pedirle que le mejore ó pague el menoscabo que le causó la nueva obra. Greg. Lop. con su sed insaciable de conciliar nuestras leyes con las Romanas (6), quiere en la *glos.* 1. *de d. l.* 4. que el fructuario no pueda denunciar sino á nombre del propietario, sin hacer ver en

(1) *L.* 20. §. 2. *de oper. nov. nunciat.* (2) *L.* 1. §. 11. *eod.*
(3) *D. l.* 1. §. 16. (4) *L.* 4. *l.* 5. *eod. l.* 6. *de popul. act.*
(5) *L.* 5. §. 19. *de op. nov. nunc.* (6) *L.* 1. §. *últ. eod.*

d. l. palabra alguna en que pueda apoyarse. A aquellos á quienes se deben servidumbres urbanas, concede el derecho de denunciar la *ley* 5. *d. tit.* 32. al paso que le niega al que tiene la de camino, ú otra rústica. Pero añade que pueda quejarse al Juez de la obra que se hace; y que si este hallare que se hace á tuerto ó sin razon, debe mandar deshacerla, y que se satisfagan los perjuicios al que se quejó: de suerte que con esta añadidura apenas se podrá encontrar diferencia sustancial entre los que tienen servidumbres rústicas, y aquellos á quienes se den urbanas, Antonio Gom. en *d. l.* 46. *n.* 24. y otros se han fatigado mucho en buscar la razon de la tal diferencia, sin haberla podido hallar sólida. Y dice el mismo Gom. que el negarse al que tiene el derecho de camino la facultad de denunciar, deberá entenderse quando en el campo sirviente no hay parte alguna destinada á sufrir la servidumbre. Los que no tienen derecho alguno en la cosa, no pueden denunciar, quales son los arrendadores; pero estarán obligados por razon de su contrato á avisar al dueño, si ven que se hace alguna cosa contra su utilidad (1), Gom. en *d. l.* 46. *n.* 27.

5 La denuncia puede hacerse al dueño de la obra, ó al que estuviere á nombre suyo sobre los obreros, ó á los maestros ú oficiales que trabajaren en ella, *l.* 1. *al fin d. tit.* 32. Y puede hacerse de tres maneras: I. De palabra, diciendo el interesado al dueño de la obra ó á los oficiales, que deshagan la obra nueva que han hecho contra derecho, y que no la hagan. II. Tomando alguna piedra en la mano, y echándola en aquella obra, diciendo lo mismo que en la antecedente. III. Acudiendo al Juez para que la mande deshacer, y yendo este ó enviando á otro, que lo diga en su nombre á los oficiales en el lugar donde se hace la obra, *d. l.* 1. *d. tit.* 32. *P.* 5. (2). El modo de hacerse quando ninguno

(1) *L.* 11. §. 2. *l.* 13. §. 7. *locat.* (2) *L.* 5. §. 10. *de op. nov. nunc.*

fuese hallado no lo explica *d. l.* 1. pero la práctica es, que yendo el Juez ó el Escribano en su nombre al lugar, toman razon de la obra, y se hace saber al dueño la denuncia en qualquier parte que fuere hallado. La última manera es la que está mas en uso; bien que si es mucha la perentoriedad, convendrá echar manos á las otras. Se puede hacer en el dia feriado (1), Gom. *d. l.* 46. *n.* 31. De los tres referidos modos de denunciar, son mas útiles al denunciante los dos últimos que el primero; porque pierde la posesion por este, y la conserva por los otros dos (2), Ant. Gom. *d. l.* 46. *n.* 32. donde pone la razon de esta diferencia.

6 El efecto de la denuncia es, suspender enteramente la obra, aunque se hubiese hecho sin derecho; de suerte, que si continuase despues la cobra el denunciado, debe el Juez mandar derribar quanto haya hecho despues de la denuncia á costa suya, *l.* 8. *d. tit.* 32. (3). Para poderse probar si se ha hecho alguna obra despues de la denuncia se toma medida y razon del estado que tenia al tiempo de hacerse (4). El modo de procederse en esto es, tomar del Juez juramento al denunciador que no hace la denuncia maliciosamente, sino porque cree tener derecho de hacerla, á causa de que la nueva obra se hace en terrano suyo, ó en su perjuicio. Y sino quisiere hacer este juramento, debe conceder al denunciado que haga la obra que habia comenzado, y mandar al otro que no se lo embarace. Y si jurare, debe oir á cada uno lo que quisiere decir y probar; y entre tanto debe estar suspendida la obra hasta tres meses, que deben correr desde el dia en que se acude al Juez, como prueba Greg. Lop. en la *glos.* 2. *de la l.* 9. *d. tit.* 32. Y si por ventura en este plazo no se pudiese librar el pleyto, puede despues el juez tomar buenos fiadores de aquel que hace la obra, de que la derribará á su costa, si apa-

(1) L. 1. §. 4. *eod.* (2) L. 5. §. 10. *eod.* (3) L. 1. *de op. nov. nunc.* (4) L. 8. §. 2. *eod.*

reciere que no la podia hacer segun derecho, y en seguida darle facultad para continuarla. Si quisiere dar la fianza antes de pasar los tres meses, no tendrá obligacion de admitirla el denunciador. Pero si la admitiese antes de presentarse al Juez, ó sin dar fianza permitiese pasar adelante en la obra al denunciado, podria este continuarla, *d. l. 9. tit.* 32. La denunciacion obra tambien contra el poseedor singular; por lo qual si el denunciado vende la pieza en que hacia la obra, tiene obligacion de avisarle la denunciacion; y si no se lo avisa, le deberá pagar los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon. Si avisado continuare la obra, habrá de sufrir el daño que tuviere, pues le vendria por culpa suya, *l. 6. d. tit.* 32. (1). Tambien pasa al sucesor singular el derecho de intentar la denuncia, como la obligacion de recibirla y sufrir sus efectos, *l. 16. d. tit.* 32.

7 Tenemos en España la utilísima *l. 18. d. tit.* 32. *P.* 3. que prohibe á los dueños de los molinos harineros, de aceñas de pisar paños y de hornos, el poder denunciar ó impedir á otro, que haga su molino, aceña ú horno á título de que se les disminuirian sus rentas, pero deberá este hacer su molino ó aceña de manera, que el corrimiento del agua no se le embargue al dueño del viejo, que deberá ir libremente de la misma manera que antes corria.

8 Tampoco puede ser denunciada la obra, que alguno hiciere reparando ó limpiando los caños ó las acequias do se acogen las aguas de sus casas ó sus heredades, aunque alguno de sus vecinos se tuviese por agraviado de tal obra, por perjuicio que recibiese del mal olor, ó porque echasen en la calle ó suelo de alguno, que estuviese cerca de los caños, piedra, ladrillos, tierra ú otra cosa de las que fuesen menester para aquella obra, ó atravesase las calles en abriendo los caños, con

(1) *L. pen. cum, seq. eod.*

madera ó de otro modo; hasta que hubiese acabado la obra, *l.* 7. *d. tit.* 32. que da la razon de no impedirse esta obra, diciendo, que es grande utilidad y guarda de las casas, y aprovecha tambien á la salud de los hombres, que los caños esten bien reparados y limpios (1).

9 Y advierte á lo último la *misma ley*, que los que hacen estas obras; deben cuidar que se hagan de manera, que quando fuesen acabadas, no embaracen ni quiten á otro de manera alguna su derecho, por razon de ella, de modo que queden las cosas como estaban antes. Aunque esta ley solo habla del caso en que la suspension de la obra podria causar perjuicio á la salud ó utilidad pública; extienden su doctrina los Intérpretes á los casos en que la suspension pudiera causar mucho perjuicio al denunciado, al paso que fuera muy corto el del denunciador, de que se continuase la obra, en los quales dicen podria continuarse, dando el demandado fiador de que demoleria la obra, si se probare habia justicia para la denuncia. Y ponen el exemplo de quando uno edifica en el verano algun molino junto á un rio; y teniendo grande acopio de madera ú otros materiales, se le denuncia la obra por otro á quien causaria poco perjuicio la continuacion: entonces podrá continuar dando la fianza, para evitar de que estando todavia sin emplear los materiales, acaezca en el invierno alguna avenida del rio que se los lleve, Gom. en *d. l.* 46. *n.* 37. *al fin*, citando á otros.

10 A este interdicto ó accion de denunciar obras nuevas que acabamos de expliciar, es semejante y harto freqüente la accion ó interdicto que nos compete para precavernos del daño que nos amenaza por razon de obras viejas ó ya hechas, á cuyas acciones llamaron los Romanos *de infecto damno* (2). Se da quando alguna casa del vecino que amenaza ruina, ú otra cosa que tiene hecha en lugar suyo nos puede dañar. El modo de proceder en este asunto que establecian las leyes Romanas por

(1) *L.* 5. §. 11. *cum. duob. seqq. eod.* (2) *Tit.* 2. *lib.* 39.

el miedo de estipulaciones, era muy embarazado, de suerte que el título que trata de él en las *Pandectas* (1) tiene 48. leyes, y muchas de ellas largas y dificiles. El nuestro es mucho mas sencillo y expedito, tratado en pocas y claras leyes, en el mismo *tit.* 32. *P.* 3. que habla de las denuncias de nueva obra.

11 Dice la *l.* 10. *d. tit.* 32. que quando las obras de nuestros vecinos, ó porque fueron mal hechas, ó por su vejez, amenazan ruina que tememos nos pueda hacer daño, puede y debe mandar el Juez del Lugar á los dueños de los tales edificios, que los enderecen ó que los derriben. Y para que mejor se pueda hacer esto, debe él mismo tomar buenos maestros y sabedores de este menester, é ir al lugar donde estan los edificios, y si viere y entendiere por lo que le dixeren los maestros, que estan tan mal parados que no se pueden reparar, ó no lo quieren hacer aquellos cuyos son, de manera que fácilmente pueden caer y hacer daño, entonces deben mandar derribarlos. Y que si no estuviesen tan mal parados, debe apremiar á los dueños á que los reparen y den buenos fiadores á los vecinos que no les vendrá mal por ello. Y si tal fianza como esta no quisieren dar, ó fuesen rebeldes no queriendo repararlos, deberán los vecinos que se querellaron ser metidos en la tenencia de aquellos edificios, y se les han de dar por suyos si el dueño del edificio durare en su rebeldía hasta aquel tiempo en que ellos los han de reparar ó derribar por mandado del Juez. Y añade á lo último, que en el caso de haber dado el dueño del edificio fianza de pagar el daño que recibiese el vecino, lo deberá pagar si cayese por flaqueza de sí mismo; pero no si el caer fue por terremoto, rayo, gran viento, lluvia ú otra ocasion semejante (2). Y tampoco lo deberia pagar si cayese antes de haberse dado querella sobre ello al Juez. Pero si en este caso quisiere el dueño del edificio llevarse la teja, ma-

(1) *D. tit.* 2. (2) *L.* 24. §§. 2. *et.* 3. *de dam. inf.*

dera ó ladrillo que cayó sobre la casa del vecino, y dexarse las ripias y la tierra, no lo podrá hacer; porque todo lo deberá llevar, ó dexarlo todo á beneficio del que recibió el daño, *l.* 11. *d. tit.* 32. (1).

12 Compete esta accion, no solo quando tememos el daño por razon de algun edificio ó pared del vecino, sino tambien por la de algun árbol que amenaza caer sobre heredades ó casas nuestras, haciendo daño en ellas. Debe entonces el Juez, á instancia del interesado, tomar hombres buenos y peritos, y reconocerlo por ellos, y hacerlo cortar si encontrare estar tan malo que debia temerse que caeria y dañaria, *l.* 12. *d. tit.* 32. (2). La *l.* 28. *tit.* 15. *P.* 7. hablando del asunto de árboles de los vecinos que nos hacen daños, pone tres casos que nos parece oportuno notar aqui: I. Si mi vecino tuviere un árbol arraygado en su tierra, cuyas ramas colgasen sobre mi casa, podria yo pedir al Juez, que mande al vecino que lo corte hasta en las raices; y el Juez deberá mandarlo asi, si entendiere que hace daño: y si el vecino no lo quisiere hacer, podré yo cortarlo sin incurrir en pena alguna. II. Si del árbol ó vid arraygados en tierra de mi vecino, colgaren ramas sobre mi heredad, puedo demandar al Juez, que mande cortar las ramas que asi cuelgan de que recibo daño; y si el vecino mandado por el Juez, no lo quisiere hacer, por mí mismo las podré cortar sin caer en pena alguna. III. Si de algun árbol colgasen las ramas sobre algun camino público, de manera que los hombres no pudiesen pasar por él desembarazadamente, qualquiera que corte las ramas que asi cuelgan no merece pena ninguna. Pero queremos advertir sobre este tercer caso, que seria mejor siempre que suceda que se acuda al Juez para para que lo mande, para evitar riñas y pendencias, diciendo el dueño, que cortó mas de lo que correspondia.

13 Hay algunas obras que pueden pertenecer á la de-

(1) *L.* 6. *l.* 7. §§. 1. *et.* 2. *eod.* (2) *L.* 24. §. 9. *eod.*

nuncia, porque pueden impedirse que se hagan ó á este asunto de que tratamos, porque despues de hechas se puede pedir que se derriben ó demuelan, las que nos ha parecido notar aqui: I Puede uno hacer en su casa un pozo, aunque haciendolo quite ó mengüe la agua de otro pozo de su vecino, salvo si lo hiciere maliciosamente sin haberlo menester, por hacer daño á su vecino. En este caso podrá el vecino usar del remedio de la denuncia para que no se hiciera; y aun despues de hecho podria pedir, que se derribase y cerrase; porque las leyes no deben sufrir ni dar pasada á las maldades de los hombres, antes deben siempre ir contra ellas, *l.* 19. *d. tit.* 32. Pero si cabase tan hondo el pozo, que hiciere peligrar ó hacer caer la pared del vecino, podrá este impedirlo ó querellarse para que se derribe indistintamente. No hallamos en nuestras leyes apoyo expreso de esta doctrina, pero la establecieron las Romanas (1); y por creerla justa y equitativa, hemos querido notarla aqui. Y por la propia razon notamos tambien otra establecida en las mismas leyes (2), sobre caso que puede y suele dar asa á mucha disputa, y es, que puedo cortar en mi campo para beneficio mio el agua que corriendo por él pasaba á beneficiar el tuyo; porque haciendo esto, no se entiende que te hago daño, sino que te impedia el uso de la ganancia que te permitia hacer. Si en esto hubiere malicia, ó tuvieses constituida servidumbre á tu favor, se debe decir lo contrario.

14 II. Se puede prohibir á qualquiera que haga casa arrimándola á los muros de alguna Ciudad ó Villa, ó embarazando la calle que habia junto á ellos; pues si la quisiere hacer, deberá ser dexando el espacio de quince pies entre el edificio y el muro, *l.* 22. *tit.* 32. que da la razon que solo tiene lugar quando el Pueblo es fortaleza, ó espuesto á contrabandos. III. Tambien está prohibido, que se haga edificio alguno en las plazas,

(1) *L.* 24. §. *últ. eod.* (2) *L.* 26. *eod.*

exidos, ó en los caminos que son comunes de las Ciudades ó Villas, y si alguno lo hiciere se deberá derribar. Y lo mismo si alguno edificare arrimando á alguna Iglesia, *l.* 23. *l.* 24. *d. tit.* 32. Compete esta accion á semejanza de la denuncia al que tenga el derecho de dominio, ó algun otro en el lugar, cuyo daño se teme (1).

15. Es muy semejante á esta accion la que se concede al que teme venga daño á sus bienes por razon del agua de las lluvias; á causa de alguna obra que ha hecho su vecino en tierra propia suya. Tres exemplos pone la *l.* 13. *d. tit.* 32. en que tiene lugar; I. Si alguno hiciere torre ú otro edificio, y cogiese el agua de las lluvias por canales, sacándolos tanto á fuera que cayese el agua sobre las paredes ó tejados del vecino. II. Si alzase alguno pared, ó hiciese estacada, ó valladar ú otra obra en su heredad, de manera que el agua no pudiese correr por el lugar que solia, y por ello se hubiese de hacer estanque que hiciese daño á los vecinos. III. Si levantase alguno obra en lugar por donde el agua solia venir, y por aquel alzamiento se mudase el curso de ella, y cayese de tan alto que hiciese hoyos ó caños en la heredad de su vecino, ó embargase ó detuviese el agua de manera, que los que la solian haber no pudiesen regar sus tierras como solian (2). En cada uno de estos casos ú otro semejante en que viniese ó pudiese venir daño á las heredades de los vecinos, se debe derribar la obra á costa del que la hizo, tornando la cosa al primer estado, y pagar ademas el daño que hubiese causado; pues aunque todo hombre puede hacer en lo suyo lo que le parezca, se debe entender esto de manera, que no haga daño al otro, *d. l.* 13. De lo dicho se infiere, que para poderse intentar esta accion, deben concurrir tres cosas, que el vecino reciba ó pueda recibir daño: que el daño le cause el agua de la lluvia; que nazca el daño de obra que haya hecho otro, á la

(1) *L.* 18. *l.* 13. §. 8. *eod.* (2) *L.* 1. §. 1. *de aq. et aq. pulv. arc.*

que solemos llamar manufacto; en cuyos casos está tenido á esta accion el que hizo la obra como que tiene culpa de haberla hecho.

16 Cesará pues la accion quando sucediere el daño sin culpa, como en las otras maneras que expresa la *l.* 14. *d. tit.* 32. I. Quando el campo inferior recibe daño del agua que le viene del superior, no por obra de los hombres, sino por sola la razon natural de que el agua corre de lo mas alto á lo mas baxo: en cuyo caso dice muy bien una ley Romana (1), que el daño del campo inferior tiene compensacion de este daño, en que la grosura ó substancia del superior pasa con el agua al suyo. II. Quando el recibir daño el campo pende de obra antigua, que esté hecha ya 10. años, estando presente el dueño del campo que le sufre, ó 20. estando ausente. III. Quando lo recibe en virtud de servidumbre constituida (2). Esta accion va siempre activa y pasivamente con el dominio, esto es, la tiene el que compró el campo que recibe el daño, y la sufre el comprador de aquel en que se hizo la obra que daña, *l.* 16. *d. tit.* 32. (3). Si fuesen muchos los que hiciesen la obra que causa el daño, puede el que le recibe dirigir contra todos ó cada uno de por sí la accion para que la demuela, pero siempre deberá pedir á cada uno de ellos separadamente, que resarza el perjuicio, segun la parte que le corresponde: y lo mismo se observará quando solo uno hizo la obra, y son muchos los que reciben el daño, es decir, que uno solo de estos puede pedir la demolicion: pero el todo del resarcimiento se ha de dividir entre todos, *l.* 17. *d. tit.* 32. (4).

17 Aunque lo regular es no poder intentarse esta accion sin que preceda haberse hecho algun manufacto que sea la causa del daño, hay un caso de excepcion, que no dexa de suceder algunas veces, referido en la *l.* 15. *d.*

(1) *D. l.* 1. §. *últ.* (2) *L.* 2. *eod.* (3) *L.* 6. §. 4. *eod.*
(4) *L.* 6. §. 1. *l.* 11. §. 1. *eod.*

tit. 32. y es: Quando el cieno, piedra ú otra cosa que lleva poco á poco el agua corriendo naturalmente, queda en mi campo, de manera que no pudiendo el agua continuar su curso ordinario que solia llevar, se va por otro lugar, ó se estanca, cáusando daño á algunos vecinos. Podrá entonces qualquiera de estos vecinos precisarme que haga una de dos cosas, ó que limpie, ó abra el lugar embarazado por donde antes corria el agua, ó que le permita que lo haga él. Y si el lugar por donde debe ir el agua fuese acequia que perteneciese á muchos, cada uno en la frontera de su heredad debe ayudar ó enderezarla, de manera que vaya por donde debe ir (1).

18 Las leyes de los Romanos hablaron con mucha mas extension que las nuestras en este asunto, como que tiene 26. leyes, y de ellas algunas bien largas el título de las *Pandectas de aqua et aquæ pluvia arcendæ*, que habla de el que lo trata (2). Y por quanto hallamos en las mismas algunos casos dignos de saberse, por ser harto freqüentes, y muy equitativa su decision, queremos notar los mas principales, aunque no tengan apoyo expreso, ni aun mencion en nuestro derecho: I. La fuerza del agua se llevó una márgen que habia en la tierra de Pedro, y por ello daña á mi campo. No podré intentar contra él que lo reponga, porque no hay título ninguno por donde pueda venir obligado á ello; pero tendré accion para poderlo yo reponer, si la reposicion me beneficia, sin perjudicar á Pedro; porque así lo dicta de lleno la equidad, aunque falten expresiones de la ley que lo apoyen (3). Cuya equidad está fundada en la regla digna de perpetua observancia: *A ninguno se prohibe hacerse bien á sí, con tal que no dañe á otro: ni obrando de esta manera, está tenido á cosa alguna* (4).

19 II. Tampoco podrá intentarse accion contra aquel,

(1) *L.* 2. §§. 1. *et* 2. *eod.* (2) *Tit.* 3. *lib.* 39. *Dig.* (3) *L.* 2. §. 5. *eod.* (4) *L.* 1. §. 11. *eod.*

que para guardar su campo procura apartar algun rio ó barranco que hay junto á él, para que no le haga daño, aunque de ahi resulte perjuicio del vecino; porque apartarle solo es cuidar, que no fluya por su campo: lo que le es permitido si no lo hace para dañar á otro, sino para provecho suyo (1). Esta doctrina solo dice respecto á las aguas de las avenidas, porque la del curso natural del rio ninguno la puede alterar. Pero sí que le es permitido á qualquiera fortificar la ribera del rio, para preservar su campo de inundaciones, bien que sin injuria del vecino (2). Es pues muy delicado este asunto de apartar las aguas con perjuicio de otro, en el qual deberá el Juez considerar mucho las circuntancias en cada caso para determinar lo mas justo. III. Cavando en mi campo puedo quitar la fuente del vecino, si no lo hago con intencion de hacerle mal, si solamente para mejorar mi campo (3). IV. Si tengo algun campo que solia regar á ciertos dias, como se hace en la tierra huerta, puedo tener en él agua continua, como se tiene para criar el arroz, aunque de ello le resulte algun daño al del vecino, con tal que no allane ó disponga de tal modo el mio, que por ello caiga en el otro de otra manera que antes caia (4).

20 En los muchos títulos del *lib.* 43. *de las Pandectas de las leyes Romanas* se habla de varios interdictos, unos prohibitorios y otros restitutorios, subalternos de los que hemos explicado, como que se refieren á alguno de ellos: de los quales diremos brevemente lo que se encuentra en nuestras leyes. Por uno se prohibe que se haga cosa alguna en lugar ó camino público (5), en cuyo particular prohibe generalmente nuestra *l.* 23. *tit.* 32. *P.* 3. que ninguno haga casa, edificio ú otra obra en plazas, exidos, ni caminos que sean comunales á todos; y previene, que si alguno hiciere algo en contrario, se

(1) *D. l.* 2 §. 9. (2) *L.* 1. §§. 6. *et.* 7. *ne quid. in flum. publ.* (3) *D. l.* 1. §. 12. (4) *L.* 3 §. 2. *eod.* (5) *Tit.* 8. *lib.* 43.

debe derribar y destruir aquello que hubiese hecho. Este interdicto tiene dos partes. En la primera es prohibitorio, y se refiere al de denuncia de nueva obra, quando se hace por causa pública; y en la segunda restitutorio en los mismos términos que hemos notado. Si quisieres decir que abraza dos interdictos distintos esta *ley*, no nos opondremos. Añade la misma *ley*, que si acordare el comun de aquel lugar adonde esto acaeciere retener para sí el edificio sin quererlo derribar, lo podrá hacer, usando de lo que sacare, como de las otras rentas comunes, y que nunca podrá retenerlo el que lo hizo, á título que lo habia ganado por razon de tiempo Y en el *cap.* 51. *de la instruccion de Corregidores* mandada observar por *cédula de* 15. *de Mayo de* 1788. *que es la ley* 5. *tit.* 35. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* se manda tambien, que se cuide que no se introduzcan los Labradores ni otras personas en los caminos públicos, y de conservarlos corrientes.

21 En los mismos términos manda la *l.* 8. *tit.* 28. *P.* 3. que no puede hacerse molino, casa ni otro edificio en los rios por donde se navega, ni en sus riberas, por los quales se embarazase el uso comun del rio: y que si alguno lo hiciere de nuevo, ó estuviese hecho de antiguo, de manera que; causase daño debe ser derribado: de suerte que esta prohibicion da tambien lugar á dos interdictos, como la antecedente (1). Tenian tambien los Romannos otro prohibitorio, de que á nadie se impidiesen las obras pertenecientes á las cloacas ó conductos para la limpieza de su casa (2), adoptado en nuestra *l.* 7. *tit.* 32. *P.* 3. que hemos explicado ya arriba *n.* 8.

22 Queremos tambien hablar aqui de otros interdictos que establecieron las leyes Romanas, y en las nuestras no se encuentra mencion de ellos; porque aunque aquellas no tienen fuerza obligatoria para nosotros, la suelen seguir los Tribunales en defecto de estas por la equidad

(1) *Tit.* 12. *d. lib.* 43. (2) *Tit* 13. *de lib.* 43.

que contienen, concurriendo ademas el que siendo harto freqüentes y urgentes los asuntos en que versan, es razon dar alguna luz para la prática, y creemos no poderse sacar mejor de otra parte. En las *Pandectas* del derecho Romano se trata bajo de un mismo título (1) de dos, ambos prohibitivos con la inscripcion *de itinere, actuque privato.* Por el primero se prohibe, que á ninguno se haga fuerza para que no haga uso de aquella senda, carrera ó via, *l.* 3. *tit.* 31. *P.* 3. de que usó aquel año sin fuerza ni clandestinamente ni por ruegos. Y no debe el Juez inquirir si el que intenta la accion para libertarse de la fuerza tiene servidumbre á favor de sus campos, sino solamente si en aquel año usó en los términos referidos, no menos que en treinta dias: cuyo año se le ha de contar hácia atras, desde el dia en que se intenta el interdicto (2). Ni hace al caso, que haya sido yo el que usé, ó en mi nombre ó representacion algun colono, huésped ó algun otro (3). Pero si el haber yo usado de ir por el camino del campo de Pedro, fuese porque mi camino ordinario por lluvias, avenidas ú otra justa causa estaba impracticable, no podré valerme del interdicto contra Pedro, que me prohibiese ir por su campo.

23 Por el segundo se prohibe tambien el hacer fuerza para que no repare el camino al que usó de él en aquel año, y tiene derecho de repararle, con tal que afiance al dueño del campo del camino, que le pagará el daño que le hiciere (4). Este interdicto viene en conseqüencia del otro, porque no se puede usar cómodamente de camino sino se repara (5). Y se diferencia de él, en que en aquel basta probar el uso, y en este es menester que pruebe ademas tener derecho de reparar el camino el que le intenta, como le tiene aquel á quien se debe servidumbre (6). Pero si en la constitucion de la servidum-

(1) *Tit.* 19. *d. lib.* 43. (2) *L.* 1. §. 2. *d. tit.* 19. (3) *D. l.* 1. §. 7. (4) *L.* 3. §. 11. *eod.* (5) *D. l.* 3. §. 12. (6) *D. l.* §. 3. 23.

bre se hubiese puesto algun pacto, deberá guardarse (1). I. El que tiene derecho de repararle, podrá hacer un puente si no puede pasar de otra manera, porque esto se cosidera parte de la reparacion (2).

24 En el título siguiente de las *Pandectas* (3) se trata de otro tambien prahibitorio baxo el título *de aqua quotidiana et æstiva.* Le explicaremos brevemente con relacion al agua quotidiana, esto es, de que solemos usar en qualquiera estacion del año, sin detenernos en la otra agua; porque son unas mismas las reglas, con sola la diferencia de que usamos solo en el verano de la que se llama *æstiva.* Se prohibe por este interdicto, que se haga fuerza al que llevó el agua en aquel año de cierto modo, ni por fuerza, ni clandestinamente, ni por ruegos, para que no la lleve. Y para llenar la palabra *aquel año*, basta que la haya llevado un solo dia, ó una sola noche (4). Se concede pues este interdicto con mas facilidad que el antecedente, que necesita, como hemos visto, el uso de 30. dias en el año. No es necesario para que haya lugar este interdicto, que tenga derecho de llevar el agua el que le intenta, basta que piense tenerle, no errando en el derecho, sino en el hecho (5). Ni lo impide el que el agua no se lleve para regar los campos, sino para qualquier otro uso ó comodidad, aunque sea para los predios urbanos (6).

25 Compete contra qualquiera que impida llevar el agua, sea ó no dueño del campo, para que no haga cosa alguna que empuerque, corrompa, vicie ó deteriore el agua (7). Si á alguno se le prohibe sacar agua de lugar público, de que es permitido sacar, tendrá tambien el interdicto (8). Como al interdicto para poder continuar en el uso del camino, le acompaña á otro para que no se impida repararlo; asi tambien al que compete para llevar

(1) *D. l.* 3. §. 14. (2) *D. l.* 3. §. *últ.* (3) *Tit.* 20. (4) *L.* 1. *in pr. et* §. 4. *d. tit.* 20. (5) *D. l.* 1. §. 10. (6) *D. l.* 1. §. 11. (7) *D. l.* 1. §. 27. (8) *D. l.* 1. §§. 40. *et* 41.

el agua, le acompaña otro para poder reparar los conductos por donde corre el agua, sin requirirse derecho alguno separado para que se pueda intentar: de suerte, que es mas privilegiado el interdicto de reparar los conductos para llevar el agua, que el de la reparacion de los campos: y con razon bien explicada en la ley Romana (1), de que rotos los conductos, quedariamos privados de una cosa tan necesaria como el agua; pero lo mal compuesto de los caminos no impide absolutamente ir, sino solo lo hace mas difícil. Y en los mismos términos compete interdicto para que no impida el sacar agua ó abrevar el ganado de alguna fuente, pozo ó lago que tenga agua viva (2).

26 De otro interdicto famoso trataron las leyes Romanas, llamándolo *quod vi aut clam* (3), de las primeras palabras con que pronunciaba su decreto el Pretor. Compete quando uno ha hecho por fuerza, ó clandestinamente alguna cosa que perjudica á otro para que se restituya al pristino estado; de donde se ve que es restitutorio. Pertenece á lo que se hace en el suelo, ó bien sea obra ó árboles cortándoles; pero no quando se quitan frutos (4). Y no solo quando se hace, sino tambien quando se deshace ó quita algo de la obra en perjuicio de otro, como si alguno derribase un edificio en todo ó en parte, aunque solo quitase las tejas (5). Y asimismo quando alguno hecha algo en el pozo del vecino con lo que corrompe el agua, ó le quita las pérticas de sus viñas (6).

27 Veamos ahora quándo y cómo se entiende que alguna cosa se ha hecho por fuerza ó clandestinamente, para que tenga lugar este interdicto. No solo está tenido el que confiado en su fuerza usa abiertamente de ella para construir la obra, sí que tambien se entiende hacerla, y está sujeto al interdicto el que hace la obra, habiéndosele pro-

(1) *L. ult. de rivis.* (2) *L. unde fonte.* (3) *Tit. 24. de lib. 43.*
(4) *L. 7. §. 5. d. tit. 24.* (5) *D. l. 7. §§. pen. et ult.*
(6) *L. 11. in pr. et. §. 3. eod.*

hibido que la hiciera, y el que sabiendo se le iba á prohibir maquinó con fuerza que no se le prohibiera: y tambien aquel que habiendo sido prohibido por mí, desistió y despues voivio, sino es que lo hiciere entónces con permiso mio ó por alguna justa causa que sobrevino (1). Y basta que la hubiese hecho en el principio sin ser necesario que perseverare en hacerla (2). Pero no tendrá lugar el interdicto si alguno dexase de prohibir la obra por su debilidad, ó por contemplar á otro á quien estimaba (3).

28 En quanto á la clandestinidad, la comete el que ocultó á su adversario lo que iba á hacer, ni se lo denunció, *temiendo ó debiendo temer* que se lo disputaria (4). Y lo mismo debe decirse del que hizo la obra de otra manera que la habia denunciado, ó la denunció engañando á aquel á quien pertenecia; ó quando sabia que el otro no podia prohibirlo; ó tan tarde que no podia el contrario intentar su remedio antes de hacerse la obra (5). Debe tambien para que pueda decirse que hizo la obra clandestinamente, expresar en la denunciacion el dia, hora, lugar, y qual es la obra que quiere hacer; y no hablar perfuntoria y obscuramente (6). Estando tenido á este interdicto el que hizo la obra despues de habérsele prohibido, como hemos dicho, es preciso decir que lo está á dos porque le alcanza tambien el de denuncia de obra nueva, como hemos notado *arriba al n.* 5. y lo expresa una ley (7), y lo advierte Antonio Gom. en la *l.* 46. *de Toro n.* 21.

29 Se da este interdicto á qualquiera que tenga interes, que no se hubiese hecho la obra, aunque no sea dueño del predio que recibe el perjuicio, y aunque no lo posea (8) contra el que hizo ó mandó hacer la obra (9), aunque tuviere derecho para hacerla; porque debe defen-

(1) *L.* 1. §§. 5. 8. *et.* 9. *eod.* (2) *L.* 3. §. 1. *eod.* (3) *D. l.* 1. §. 10. (4) *D. l.* 3. § 7. (5) *L.* 5. *eod.* (6) *D. l.* 5. §. 1.
(7) *L.* 7. §. 2. *eod.* (8) *L.* 11. §. *ult. l.* 16. *eod.* (9) *D. l.* 5. §§. 8. *et* 12.

der su derecho, pero no causar perjuicio sin denunciarlo; de manera que no se pueda preservar del interdicto por excepcion alguna, aunque fuere justa (1). El poseedor de la obra que no la hizo está tambien tenido, pero solo á prestar la paciencia de que se derribe. A lo que está obligado qualquiera de aquellos contra quienes obra el interdicto, lo explica una ley (2) en esta forma: El que hizo la obra, si la posee, debe prestar paciencia de que se demuela, y los gastos de la demolicion: el que la hizo, y no la posee, solo las impensas de demolerla: y el que la posee, y no la hizo, solo la paciencia de que se derribe. Por este interdicto se restituye la cosa del que lo intenta al mismo estado que tenia antes, con los perjuicios que le causaron, quedando todo como sino se hubiese hecho la obra (3): cuya restitucion deberá hacer el que dió motivo al interdicto.

30 Cesa este interdicto en algunos casos, aunque la obra se haya hecho con fuerza, ó clandestinamente, á saber: I. Quando se pasó un año despues que se perficionó la obra ó dexó de hacerse aunque no quedó perfecta ó concluida (4). II. Quando nuestro suelo no ha recibido daño (5). III. Si el daño fuese hecho por miedo de incendio, como si yo derribase la casa de Pedro, para que no llegara á la mia el fuego que venia por aquella parte, *l.* 12. *tit.* 15. *P.* 7. cuyas palabras queremos copiar aqui, porque contienen tambien la razon de su doctrina. Se explica pues asi, despues de haber propuesto el caso en que enciende el fuego de manera, que no se puede matar sin derribar casas: "*Y por ende decimos*, que »si alguno derribase la casa de algun otro vecino que es»tuviese entre aquella que ardia y la suya, para destajar »el fuego, que no quemase las suyas, que no cae por en»de en pena ninguna; ni es tenudo de hacer enmienda »de tal daño, como este. Esto es, porque aquel que

(1) *D. l.* 1. §§. 2. *et* 3. (2) *L.* 16. §. *ult. eod.* (3) *L.* 1. *l.* 15. §. 7. *eod.* (4) *D. l.* 15. §§. 3. *et* 4. (5) *L.* 7. §§. 6. *et* 7. *eod.*

»derriba la casa por tal razon como esta, non face á sí »pro tan solamente, mas á toda la Ciudad. Ca podria su»ceder, que si el fuego no fuese destajado, asi que se apo»deraria tanto, que quemaria toda la Villa, ó gran par»te de ella, ende pues que á buena entencion lo face, non »debe *por ende recibir pena.*"

31 Nos falta para concluir *este título* hablar de otros dos interdictos, que tomaron tambien nombre de las primeras palabras del decreto del Pretor, llamándose el uno *quorum bonorum*, y el otro *quod legatorum* (1). Le concedièron al principio las leyes Romanas al que llaman *bonorum possessor*, esto es heredero pretorio, y despues tambien al que era propia y formalmente heredero (2). Este interdicto es de adquirir la posesion, porque en efecto adquiere en su virtud el heredero la posesion que no tenia de los bienes hereditarios; y con todo es al mismo tiempo restitutorio (3): y á este mismo tenor *nuestra ley* 3. *tit* 34. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que habla de este asunto, al paso que manifiesta no tener la posesion los herederos, manda que se les restituyan los bienes; y está colocada en el *tit.* 34. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que habla de *la restitucion de los depojados.* Creemos que por ser tan claro y notorio el derecho de los herederos á estos bienes, considera el derecho, que si no tienen la posesion, es porque se la han interceptado los que la han ocupado. El interdicto *quod legatorum* compete al heredero, para que se le restituyan las cosas legadas que han ocupado los legatarios por su propia autoridad: porque si bien el dominio de la cosa legada pasa luego que el testador es muerto al legatario, *l.* 34. *tit.* 9. *P.* 6. (4), pareció cosa muy justa, que no debia este tomarla por su propia autoridad y mano, haciéndose justicia á si mismo, sino que debia pedirla al heredero; y á este fin se manda por este interdicto, que se la restituya si la ha tomado (5). Compete no solo contra los

(1) *Tit.* 2. *et.* 3. *d. lib.* 43. (2) *L.* 1. *C. quor. bon.* (3) *L.* 1. §. 1. *quor. bon.* (4) *L. un.* §. 1. *C. de cad. tol.* (5) *L.* 1. §. 2. *quod legat.*

mismos legatarios, sino tambien contra sus sucesores, aunque lo sean solamente singulares en la misma cosa legada (1). Si el que debe restituir dexa de poder cumplirlo por dolo, será condenado á pagar el interes (2).

TITULO XIII.

DE LA RITUALIDAD DE LOS JUICIOS,

Y MODO DE ORDENAR LOS PROCESOS.

1. *Causa de tratar de la ritualidad de los juicios.*

1 Quando los hombres tienen pretensiones entre sí, y no se convienen en componerse amistosamente, es preciso al que quiere pedir, acudir al Juez en solicitud de que apremie al otro á que cumpla lo que debe, y contradiciéndolo este se formará el juicio instituido, para que se mande dar á cada uno lo que es suyo, con arreglo á la justicia que tuviere; y como cada uno de los que vamos á explicar tiene sus particularidades en su ritualidad ó formacion hablarémos de ellos con separacion.

(1) *D. l.* 1. §. 13. (2) *D. l.* 1. §. 7. *l.* 2. §. 2. *eod.*

TITULO XIV.

DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO.

1. *Requisitos de la demanda remisivamente.*
2. *Formulario de demanda en accion real.*
3. *Formulario de demanda en que se hace uso de accion personal.*
4. *Advertencias sobre demandas.*
5. 6. *Contestaciones.*
7. 8. *Traslados que se dan de las demandas y contestaciones, y qué otros pedimentos se pueden dar antes de abrirse á prueba la causa.*
9. *Cómo se forman los interrogatorios, y quántos testigos se pueden presentar.*
10. *De la publicacion de probanzas, y conclusion de pleyto.*

1 El primer paso que debe darse en los procesos, es presentar el actor su demanda, que ha de procurar sea ante Juez competente para el reo, y acomodada á la naturaleza de la accion de que se vale. Sus requisitos y circunstancias que en ella deben observarse, quedan bien explicadas arriba *tit.* 3. hasta el *n.* 8. y segun ellas debe contener en su primera parte mencion, relacion ó narracion de lo que se pide; y ésta suele llamarse narracion ó hecho: en la segunda razon de pedirse: y en seguida ha de concluirse haciéndose la peticion en los términos convenientes. Para que esto se vea con mas claridad y facilidad, queremos poner aqui formularios concisos de las dos principales demandas, segun la naturaleza de la causa y sus contestaciones.

DEMANDA

En que pide uno alguna cosa á título de que es suya ; y de consiguiente usando de accion real, unida con la publiciana.

2 Juan García Boticario, en nombre de Pedro Lopez Labrador de esta Villa, segun la escritura de poder que presento y juro *n.* 1. ante Vm. como mejor en derecho proceda, digo: Que Antonio Martinez Labrador tambien de esta Villa, ha ocupado y está detentando sin título alguno legítimo un campo contentivo de dos caizadas de tierra olivar, sito en el término de esta propia Villa, en la partida de la *Calzada*, lindante con el rio Xúcar, con tierras de N. N. y N. el qual me pertenece en dominio ó quasi, por haberlo comprado en el año 1799. de Francisco Perez, tenido y reputado por su verdadero dueño, segun la escritura de venta que presento y juro *n.* 2. Y sin embargo que le he solicitado varias veces, que lo dexe á mi disposicion, no he podido conseguirlo= Por tanto=

A Vm. pido, que habidas por presentadas dichas escrituras, se sirva declarar pertenecerme el dominio ó quasi dominio del mencionado campo, y mandar al referido Martinez que lo dexe vacío y desembarazado á mi favor, con los frutos percibidos y podidos percibir. Pido justicia con costas, juro, y para ello imploro el oficio de Vm.

DEMANDA

En que, haciéndose uso de accion personal, se pide el cumplimiento de alguna obligacion.

3 Don Felipe Ruiz, abogado de los Reales Consejos, vecino de esta Villa, ante Vm., como mejor haya lugar en derecho, digo: Que dí en arrendamiento á Venancio Rodriguez mesonero de la misma, el único meson que hay en ella, por término de quatro años, que empezaron en el dia 1. de Enero del corriente 1802. con la obligacion de haberme de pagar cada mes 20. libras, y dexar á mi favor todo el estiercol que en él hiciere ó recogiere, cuya saca se hubiese de hacer en los tres últimos dias de cada mes por jornaleros pagados á mis expensas, que enviaria yo á este fin segun es público y notorio en esta Villa, y lo tiene manifestado varias veces dicho Rodriguez á diferentes de sus vecinos, y se probará plenamente si fuere necesario. Y sucede, que aunque me paga con prontitud las 20. libras mensuales, se niega á permitirme la saca del estiercol, faltando en ello á lo que se obligó, y por mas que le reconvengo, no puedo conseguirlo, causando perjuicios á mis intereses= Por tanto= A Vm. pido, se sirva mandar al referido Venancio Rodriguez, que baxo la pena de 50. libras no me impida ni embarace la extraccion del estiercol en los términos que he expresado, y me satisfaga los perjuicios que hasta ahora me ha causado, segun justa tasacion. Pido justicia con costas, juro, &c.

4 Nos parece no corresponder á nuestro instituto poner mas formulario de demandas. Solo advertiremos, que debe ponerse el mayor cuidado en que sea conforme en un todo á la accion de que se hace uso, y acertar

quál debe ser ésta, para que á su tenor se pida lo que corresponda. Si en la demanda no se presenta documento alguno, se refiere el hecho como cosa cierta; y si se espera que resultará la certeza por declaracion del reo, se suele pedir ante todas cosas, que jure y declare al tenor del pedimento con palabras claras si es cierto ó no lo que en él se expresa, con reserva de otra prueba por si lo negare; y si no conviene, ó no puede el actor valerse de este medio, refiere el hecho diciendo ser cierto, y que lo justificará plenamente en caso necesario. Quando se pide que el reo jure y declare, suele decirse en el pedimento, que evacuada la declaracion, se comunique al mismo actor para en su vista formar y presentar la demanda, segun le convenga; y entonces el primer pedimento solo es preparatorio. Y lo mismo sucede quando se hace uso de la accion *ad exhibendum*, que hemos explicado arriba, *tit. 5. n.* 5. De toda demanda se debe dar traslado al reo, que en su vista presenta la contestacion. Si el reo fuese rebelde en no querer contestar, ó en no comparecer, se le acusa la rebeldía, ó á el ó á los estrados, que se le señalan por procurador, y dándose la causa por contestada, se pasa adelante en ella. Veamos ahora formularios de contestacion.

CONTESTACION

á la primera demanda del núm. 2.

2 Antonio Martinez Labrador de esta Villa, ante Vm. parezco en los autos instados contra mí por Juan García, como procurador de Pedro Lopez Labrador tambien de la misma, y como en derecho proceda mejor, digo: Que, justicia mediante, se ha de servir Vm. absolverme, y darme por libre de la instancia de dicho García; porque si bien es cierto, que su principal Pedro Lopez compró el campo en qüestion de Francisco Perez, segun la escritura que ha presentado, lo es tambien, que este no era dueño del campo quando la otorgó en el

año 1799, porque en el anterior de 1797. lo habia vendido á Pablo Torres con el pacto de retrovendendo, ó á carta de gracia por el término de 8. años, como lo acredita la escritura que presento y juro, sin que hubiese usado del derecho de redencion, y en estos términos solo podia disponer de este derecho en el el citado año 1799. y no del dominio del campo, que entonces no era suyo= Por tanto= A Vm. pido y suplíco, que habida por presentada dicha escritura, se sirva absolverme de la referida instancia de dicho Juan García. Pido justicia con costas, &c.

CONTESTACION

á la segunda demanda del núm. 3.

6 Venancio Rodriguez, vecino de esta Villa, ante Vm. parezco, y como mejor en derecho corresponda en los autos con el Dr. D. Felipe Ruiz, Abogado de la misma, digo: Que, justicia mediante, ha de servirse Vm. absolverme de la pretension que contra mí ha instado dicho D. Felipe, reducida á que habia de permitir, que sus jornaleros sacasen á beneficio suyo en los tres últimos dias de cada mes el estiercol que se hiciere y recogiere en el Meson suyo que tiene en esta Villa, y me lo ha concedido en arriendo. Porque para estar yo obligado á esta carga á que me sujeté, es menester que él mismo me cumpla la condicion de darme gratuitamente cada mes 20. arrobas de paja, como me lo prometió delante de muchos vecinos de esta Villa con la mayor publicidad; y de no querer cumplir esta condicion, nace y ha nacido el impedirle la saca del estiercol, considerando que en estos términos tenia justo título para ello= Por tanto= A Vm. pido y suplíco, se sirva absolverme de la pretension de dicho Don Felipe, sino en el caso de que cumpla la condicion de darme gratuitamente 20. arrobas de paja mensualmente. Pido justicia, &c.

7 De las contestaciones se debe tambien dar traslado

al actor, que en seguida suele presentar otro pedimento contradiciendo lo que expuso el reo en la contestacion, del que luego hablaremos. Queremos advertir antes, que si el reo tuviere que oponer alguna excepcion dilatoria ó perentoria á la demanda, le debe hacer antes de contestarla, pidiendo se declare con esta anterioridad, para libertarse de haber de contestar: bien que si no lo hubiere hecho antes, lo podrá hacer en su caso y lugar despues, en los términos que lo hemos expuesto *arriba tit.* 1. *nn.* 10. *y* 11. como tambien, que á las veces el reo en la contestacion pone reconvencion ó mútua peticion contra el actor, pidiéndole alguna cosa que tenga relacion ó haga al caso para debilitar ó frustrar la demanda: en cuyo caso debe considerarse el reo actor, y el actor reo en quanto á esto, teniendo los plazos, que como tales les corresponde, *l.* 3. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*

8 Dado traslado de la contestacion del reo al actor, pone este un pedimento que se llama *replicacion*, *d. l.* 2. en el que procura satisfacer las razones de defensa que se le opusieron en la contestacion, y fortificar y aumentar en lo que pueda las que expuso en su demanda. Y de esta replicacion se confiere asimismo traslado al reo, que en su vista da otro pedimento que se suele llamar y llamaron *duplicacion* las leyes Romanas (1), para dar satisfaccion á la replicacion, sin darse lugar por entonces á otros pedimentos, *l.* 1. *tit.* 15. *lib.* 11. En seguida pues da el Juez auto de abrirse la causa á prueba, para un breve término comun á las partes que señala, que á pedimento de qualquiera de ellas se va prorogando hasta el restante de la ley: de lo qual hemos hablado latamente, como tambien de la ocurrencia de pedirse pruebas de tachas de los testigos, ó restitucion *in integrum*, *arriba tit.* 7. *nn.* 10. *y* 11. y por ello no lo repetimos aqui, donde tambien conviene

(1) §. 1. *Inst. de replic.*

tenerse presente. A las veces se abre la causa á prueba despues de la contestacion, sin haber replicacion; y la abre el Juez, ó de oficio, viendo que la causa tiene ya este estado, ó lo que es mas regular, á pedimento de una de las partes, dando antes traslado de él á la otra.

9 Abierta la causa á prueba, se entrega el proceso por su turno á los litigantes, y cada uno ordena su cédula de preguntas, á la cual suelen llamar *interrogatorio*, presentándola en pedimento, para que á su tenor se examinen los testigos que presentare. La primera de las preguntas es, que al testigo no le comprenden las generales de la ley, esto es, ninguna de aquellas circunstancias que harian inutil su deposicion; y la última, que cuanto ha depuesto es público y notorio, pública voz y fama. Las demas deben decir relacion al asunto que se disputa; y por ello el Juez que debe reconocerlas y probarlas, no ha de admitir aquellas que probadas no podrian aprovechar ni dañar á la otra parte, y si las recibieren no valen, *l.* 5. *tit.* 10 *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* No aprovecha la prueba de lo contenido en alguna pregunta, que no hubiese sido articulado ó expresado por la parte en algun pedimento; porque no habiendo sido oido, ni sabido por la otra, no seria justicia que quedando indefenso le perjudicase. Puede pedir cualquiera de los litigantes, que su contendor absuelva por via de posicion, segun suele decirse, alguna de las preguntas de su interrogatorio, esto es, responda á ella lo que supiere para aprovecharse de la respuesta si le conviniere. Cada parte puede presentar hasta treinta testigos. Y si hubiese presentado, como puede, lo que llamamos *quota de preguntas*, esto es, nota de que algunos de los testigos solo pueden deponer sobre ciertas y determinadas preguntas que expresare, podrá presentar tambien 30. por cada una de ellas, con tal que jure que no lo hace con malicia, ni por dilatar, *l.* 2. *d. tit.* 11. en quanto al modo en que se debe deponer, puede ver-

se lo que dijimos *arriba tit.* 6. *nn.* 10. 11. *y* 12. Solo añadimos aqui prohibir la *l.* 3. *d. tit.* 11. que las partes sobornen ó induzcan á los testigos á que digan lo que les cumpliere, y no supieren, mandando que el Juez castigue segun derecho á los contraventores; pero les permiten que les puedan hablar y traer á la memoria aquello para que son presentados, y encargarles su conciencia en decir la verdad, que es lo que se acostumbra, y llamamos instruir á los testigos.

10 Concluido el término probatorio, manda el Juez á pedimento de alguna de las partes, que se haga publicacion de probanzas; y hecha se puede pedir juicio de tachas, ó intentar el remedio de la restitucion *in integrum* si compete á alguna de las partes en los términos que hemos notado en *d. tit.* 7. *nn.* 10. *y* 11. Y en seguida de no restar ya nada que hacer sobre la publicacion, toman el proceso por su órden las partes, y alega cada una lo que resulta á su favor, dando la fuerza que pueda á sus razones y pruebas, y debilitando en quanto sea posible las de su adversario, poniendo á este fin uno ó dos pedimentos, *d. l.* 1. que se suelen decir de *bien probado.* Y hecho esto, declara el Juez por conclusos los autos á instancia de alguna de las partes; y pasa á examinar la causa y pronunciar la sentencia. De esta con sus circunstancias y efectos, y de las apelaciones, suplicaciones, recursos hemos hablado con tanta estension poco ha en los *títulos* 8. *y* 9. que no tenemos nada que añadir. Queremos solamente explicar aquellas palabras con que se concluyen todos los pedimentos, *juro &c. el oficio de Vm. imploro &c.* Por la palabra *juro*, se significa que presta la parte el juramento de *calumnia*; esto es, que procederá en el pleyto de buena fe, *l.* 23. *tit.* 11. *P.* 3. que explica sus efectos. La *l.* 8. *tit.* 22. *d. P.* 3. la llama juramento *de la manquadra*: las otras palabras, *el oficio de Vm. imploro &c.* significan que se implora el oficio del Juez para que supla lo que faltare: á cuya cláusula suelen llamar algunos *la sa-*

luble. Pero advierte bien Juan Voer, *in Pand. lib.* 2. *tit.* 13. *n.* 13. que debe considerarse como una abundante y no necesaria cautela. Porque sobre no poder en lo perteneciente á las cosas de hecho, debe el Juez suplir por sí mismo lo que pertenece al derecho (1). Y por eso condena con las costas al litigante temerario, aunque el adversario no lo pida, *d. l.* 3.

TITULO XV.

DEL JUICIO EXECUTIVO.

1. 2. 3. *Causas que tienen aparejada execucion.*
4. 5. *Principio de la causa executiva; y del mandamiento que se da.*
6. *Cosas en que se liberta el deudor de pagar derechos.*
7. *Personas que no pueden ser puestas en prision por razon de deudas.*
8. 9. 10. *Cosas en que no se puede trabar la execucion, y de los pobres que no pueden pagar.*
11. *De la citacion de remate.*
12. 13. *De los tres dias para hacerse la oposicion, y diez para probarse.*
14. *De las posturas, justiprecio, libramiento y adjudicacion de bienes.*
15. *De la fianza de la ley de Madrid; y que la sentencia en la causa executiva no impide la via ordinaria.*
16. 17. 18. 19. *De la cesion de bienes.*
20. *Del beneficio de espera.*
21. *Del beneficio de quita.*
22. *Se explican los quatro juicios de concurso.*

1 Uno de los juicios sumarios el mas famoso y fre-

(1) L. un C. ut quo des *Adv.*

qüente de todos es el executivo, instituido á favor de los acreedores contra sus deudores morosos, y por eso hemos reservado tratar de él aqui separadamente. Para que tenga lugar el juicio executivo, debe preceder justa causa en que se funde, de las que se dice por eso, que traen aparejada execucion y son: I. Escritura pública, ú otro documento que pruebe clara y ciertamente la obligacion de alguna deuda en cantidad líquida, cuyo plazo es ya venido, *l.* 1. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* como la confesion hecha ante el Juez, y el reconocimiento del vale ante el mismo Juez, ó por su mandado ante el Escribano ó Alguacil, *leyes* 5. *y* 6. *d. tit.* 21. Ni pierde la fuerza el vale, porque no dixo el que lo reconoció que la firma era suya, sino solo que creia serlo, como ni tampoco porque diga que lo firmó sin haberlo leido, como prueba Parlador. *lib.* 2. *rer. quot. cap. fin. par.* 1. §. 5. *n.* 6. y prueba asimismo bien contra Covar. y otros en *d. part.* 1. §. 11. *amplificacion* 1. no ser necesario que el instrumento público contenga la cláusula dicha *guarentigia*, para que traiga aparejada la execucion. Cláusula quarentigia llaman á aquella por la qual los contrayentes dan facultad á los Jueces para que hagan execucion en fuerza de la escritura, contra el que no la cumple, como si se hubiese asi pactado, juzgado ó transigido. Y en la *amplificacion* 2. del mismo §. 11. convence, que basta que el instrumento sea auténtico, esto es, fe faciente, para que tambien la traiga, aunque no sea público. Pone en seguida otras amplificaciones; y despues algunas limitaciones que omitimos aqui por ser de uso raro y fáciles de resolver por lo que tenemos dicho. En *d. cap. fin.* trata Parlador. muy latamente de todas las causas.

2 II. La sentencia de que no se puede apelar, ni suplicar, *l.* 1. *tit.* 17. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* la que concede el término de 10. dias, si la cosa fuese dineros, y 3. si fuese otra cosa, Parlador. *d. cap. fin. part.* 1. §. 1. que cita la *l.* 19. *tit.* 22. *P.* 3. que aunque no lo dice

expresamente, lo prueba bien, y asimismo se puede probar de *d. l.* 1. y añade el mismo Parladorio ser cosa notoria y que de ahí viene darse al que venció testimonio de la tal sentencia que se dice *carta executoria.* III. La sentencia de los Arbitrios, y la transaccion en los términos que lo hemos explicado arriba *nn.* 36 *y* 37. *del tit.* 2. Y en los mismos la trae tambien el uniforme juicio de los contadores nombrados por las partes, confirmado por sentencia del Juez, *l.* 5. *d. tit.* 17. cuya doctrina extendió *la ley* 5. *y nota* 1. *tit.* 17. *lib.* 11. *Nov. Rec.* al caso en que uno de los contadores fué nombrado por una de las partes, y el otro por el Juez en rebeldía de la otra. IV. Los rescriptos ó cartas del Rey en que manda hacer alguna cosa señalada, sin que pueda poner defension alguna aquel contra quien fuese la carta, sino es que probare que era falsa, ó que era sobre juicio dado por falsos testigos, ó por falsos instrumentos, *l.* 52. *tit.* 18. *P.* 3. ó se observasen los defectos que hemos notado en el *lib.* 1. *tit.* 1. *n.* 9. V. Los libramientos que dieren los contadores mayores ú otros Xefes de Rentas Reales contra los Recaudadores, Tesoreros, Arrendadores ó sus fiadores; los quales si no pagaren y fueren embargados sus bienes, deben estar presos hasta que hayan pagado lo que debieren, *l.* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. 8. *y* 9. *tit.* 16. *lib.* 9. *de la Recop.* Cuya *l.* 14. manda, que haga la execucion la Justicia de todas las Ciudades, Villas ó Lugares, ante quienes se presentaron los libramientos.

3 Y adviértase generalmente, que para producir execucion las referidas causas, es necesario que la deuda sea cierta, y líquida la cantidad, como notan Covarr. 2. *var. cap.* 11. Parlador. *d. par.* 1. §. 12. *limitit.* 4. con la comun de los Autores. Y debemos recordar aqui lo que diximos en el *lib.* 2. *tit.* 2. *n.* 10. en conformidad de la *ley* 5. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (63. *de Toro*) que la accion executiva se prescribe por el tiempo de 10. años. si estos han de correr en los vales reconocidos desde el dia de su fecha, ó desde su reconocimiento, es qüestion

que tiene muchos y famosos Autores por ambas partes. Nos parece mejor la sentencia de Vela *disert.* 16. y Gutier. *lib.* 3. *pract. quæst.* 35. que juzgan deber contarse desde el dia del reconocimiento, fundados principalmente en que no podia empezar á correr la prescripcion de una accion antes de haber nacido esta. Si á los escritos en cuya virtud se les puede oponer la excepcion dicha *non numeratæ pecuniæ*, en los términos que diximos en el *lib.* 2. *tit.* 19. *nn.* 1. *y* 2. se les opusiere, se suspenderá la execucion hasta que se salga de este paso.

4 Presentando el acreedor algunos de los referidos justos títulos, que traen aparejada execucion, da *principio* al juicio executivo, exponiendo ante el Juez su crédito al tenor de dicho título, y que no ha podido cobrarlo, aunque varias veces lo ha pedido extrajudicialmente; y pidiendo por ello, que el Juez mande despachar mandamiento de execucion contra la persona y bienes del deudor, por la cantidad de las deudas y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. Y vista por el Juez la legitimidad del documento, y que es de los referidos, providencia se despache el mandamiento de execucion, segun se pide: el cual debe entregarse á la misma parte executante, para que use de él quando quisiere, sin poderse dar á los Alguaciles, sino es dándose primero á la parte para que lo dé de su mano al Alguacil que quisiere: de suerte que si de otra manera se hiciere, la execucion será nula, *l.* 10. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Pero por quanto está constituido á favor del acreedor el que se haya de entregar á él mismo el mandamiento, advierte bien Parlador. en *d. cap. fin. part.* 5. §. 2. *n.* 11. que no seria nula la execucion si desde luego se entrega al Alguacil ó al Escribano el mandamiento por voluntad del mismo acreedor: y que asi se practica. Y para esto no es menester citar al deudor, *l.* 12. *d. tit.* 28.

5 Luego que el Alguacil recibe el mandamiento de mano ó por voluntad del que executa, pasa á la casa del

reo executado, acompañado del Escribano, y le requiere, que pague en continente la deuda porque se le executa, con las costas, ó no pagando señale bienes muebles, y en su falta raices, dando fianza de saneamiento, esto es, de que los bienes señalados son bastantes para el pago. Y los bienes, que en seguida se embargan ó traban, se deben depositar en persona llana y abonada del lugar donde se hiciere la execucion, que los ha de tener á disposicion del Juez. Si el deudor no diese la fianza, ha de ir á la cárcel, *d. l.* 12. *y la* 1. *tit.* 30. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*

6 Si el reo, dentro de 24. horas de quando se le mandó pagar, mostrare, que el actor quedaba contento, ó que habia depositado la deuda en persona lega y abonada ante el Alcalde, y en su ausencia ante un Regidor, queda libre de pagar qualquiera derecho de execucion, con tal que dentro de tres dias despues de hecho el depósito, lo haga saber á su costa al acreedor, si la deuda no procede de obligacion de hacer la paga en lugar determinado, *l.* 15. *y* 16. *d. tit.* 30. en cuyo comentario advierte con mucho fervor Azev. al *n.* 1. que el bastar el depósito, y hacerlo saber al acreedor dentro de tres dias, debe entenderse, quando la execucion se hiciere en lugar distinto del que se mandó, porque si se hace en el mismo, debe pagar el deudor dentro de 24. horas, para libertarse de los derechos ó costas, y que esta es la sentencia de la *l.* 14. *d. tit.* 30. que no debe creerse contraria á las de las 15. *y* 16. Y téngase presente que en los derechos, de cuya satisfaccion se libra el deudor, que paga ó muestra haber pagado, quando se le hace saber la execucion, no entran los del mandamiento ó gastos del camino, si el Alguacil fuere á hacer la ejecucion fuera del pueblo, *l.* 13. *d. tit.* 30. que creemos no debe entenderse corregida por las citadas 15. *y* 16. sino que expresó esto mas que ellas, aunque pensábamos de otra manera, quando hablábamos de este asunto en nuestro *Digesto Romano. Hisp. lib.* 5. *tit.* 1. *n.* 51. El

derecho, dicho de *décima*, esto es, el diezmo de lo que montare la deuda principal, se deberá pagar á los Alguaciles ó executores, solamente donde es costumbre que se pague, y no en otra parte, *l.* 1. *d. tit.* 30. Segun *d. l.* 15. se libertaba de pagarlo el deudor, que mostraba dentro de 24. horas estar contento el acreedor; pero por la posterior *l.* 17. *del mismo tit.* se extendió este término al de 72. horas.

7 Por quanto hay varias personas que no pueden ser presas por deudas que nazcan de causa civil, sino solo por aquellas que descienden de delito ó quasi delito, es oportuno referirlas aqui, y son: I. Los Nobles, salvo si no fueren arrendadores ó recaudadores de pechos y derechos Reales, *l.* 2. *y* 10. *tit.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* (79. *de Toro*). II. Los que se equiparen á estos, Doctores ó Licenciados de todas las licencias, ó Abogados, argumento de la *l.* 3. *tit.* 10. *P.* 2. y allí Greg. Lop. *glos.* 8. Parlad. *d. cap. fin. par.* 5. §. 6. *n.* 20. *y siguientes.* III. Los labradores, *l. nota* 14. *tit.* 17. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* como ya advertimos en el *lib.* 2. *tit.* 17. *n.* 5. lo que fué confirmado por la *pragmática de* 27. *de Mayo de* 1786. *que es la ley* 19. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* establecida para que tampoco pudieran ser presos por deudas civiles los operarios de todas las Fábricas de estos Reynos, ni los que profesan las artes ú oficios, qualesquiera que sean: como ni tampoco por causas livianas, con extension tambien en esto á los Labradores. IV. Los que desamparan sus bienes ó hacen de ellos á favor de sus acreedores, *l.* 4. *tit.* 15. *P.* 5. (1): á cuya clase en este particular, refieren algunos á todos aquellos que gozan el beneficio que llaman de *competencia*: de todo lo qual luego hablaremos, Covar. 2. *var. cap.* 1. *n.* 4. Azev. en la *l.* 3. *tit.* 28. *l.* 11. *Nov. Rec.* Parlad. *d.* §. 6. *n.* 17. *citando á otros.* Quando el reo executado es de las personas referidas, el mandamiento execu-

(1) *L.* 1. *C. qui bon. ced. pos.*

tivo solo tiene lugar contra los bienes de él: en los demas tambien contra la persona, para que vaya á la cárcel en los términos que hemos referido.

8 Hay tambien varias cosas que no pueden ser trabadas en la execucion que no alcanza á ellas, quales son: I. Los bueyes, mulas y otras bestias de arar, aperos y aparejos que se tuvieren para labrar, *l.* 6. *y* 15. *tit.* 11. *y* 31. *lib.* 10. *y* 11. *Nov. Rec.* como ya lo hemos dicho hablando de los privilegios de los Labradores, *d. lib.* 2. *tit.* 17. *n.* 4. II. Los caballos y las armas que alguno tiene para militar á caballo ó de infante, no siendo deudor del Rey, sino de otro particular, *l.* 13. *tit.* 31. *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 6. *Nov. Rec.* lo qual en los Hijosdalgos y Caballeros tiene lugar generalmente en las casas de su morada, mulas, caballos y armas de su cuerpo, *ll.* 1. 9. 13. *y* 15. *tit.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* La *l.* 3. *tit.* 27. *P.* 3. pone tambien parte de esta doctrina; pero añadiendo la limitacion de que esto debe entenderse en el caso de no tener el deudor otros bienes de que poder pagar: lo qual creemos no tenga lugar atendiendo al derecho mas nuevo de la *Recopilacion*; porque ninguna de sus leyes que hemos citado la menciona, aunque son varias, y hablan con alguna extension. La misma *l.* 1. exceptúa de poderse trabar las soldadas de los soldados ó tierras de su dotacion. III. Los tornos, telares y demas instrumentos destinados á labores, oficios ó manufacturas de qualesquiera operarios, *d. pragm. del año de* 1786. que concede lo mismo para los aperos de labranza, y ganados de labor; pero siempre exceptúa los casos en que las deudas sean á favor del fisco, ó provengan del delito ó quasi delito. IV. Tampoco pueden ser embargados por execucion los navíos que vinieren de tierras extrangeras á nuestros Reynos, trayendo mercaderías por sí ó por otro, por deuda que deban á aquellos de cuya tierra son, *l.* 4. *tit.* 31. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*

9 Y por quanto los libros de los Abogados y Graduados, de quienes hemos hablado al *n.* 7. son instru-

mentos, con los quales se cultivan las ciencias y los instrumentos de los Labradores y Menestrales, destinados á la cultura de los campos y oficios, están exîmidos de las execuciones, como acabamos de ver, y son ademas, como las armas de los mismos, y las de los soldados y Nobles, y tambien las que tiene qualquiera para militar, están igualmente exîmidas; han juzgado los Intérpretes, que lo deben asimismo estar: Parlador. *d. cap. fin. part.* 5. §. 3. *nn.* 18. 22. 23. Azev. en *d. l.* 12. *tit.* 28. *lib.* 11. *Nov. Rec.* pero debemos confesar que no tenemos ley alguna, que expresamente lo establezca.

10 V. De los pobres que estuvieren presos en las cárceles, y fueren despachados y mandados librar en sus causas, manda la *l.* 20. *tit.* 38. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* que jurando ser pobres, y que no tienen de qué pagar, no sean detenidos por derechos de las Justicias, Escribanos y Carceleros, ni se les tomen las capas, ropas ni sayos. ni sayas ni mantos ni otros vestidos que truxeren, y se les vuelvan, si los hubieren dado en prendas de los dichos derechos, y los suelten luego de las cárceles, sin llevarles cosa alguna por razon de dichos derechos, y que el Carcelero, Alguacil ó Escribano que lo contrario hiciere, incurra en pena cada vez de un ducado, para los pobres de la tal cárcel, y en suspension del oficio que tuviere por un mes: con prevencion á las Justicias, que tengan especial cuidado de saber si se cumple lo susodicho, y executar dichas penas en los que no lo hicieren y cumplieren. Y siguiendo el mismo espíritu de compasion y misericordia las mismas *leyes* 21. *y* 23. *d. tit.* 38. mandan, que no sea detenido en las cárceles á título de que debe costas ó derechos ningun pobre que haga juramento, que no lo puede pagar. A exemplo de la doctrina de *d. l.* 20 y en atencion á la *l.* 5. *tit.* 13. *P.* 5. que dispone no comprehenderse en el empeño general que hace uno de aus bienes y cosas, el lecho suyo y de su muger, las ropas y las otras cosas todas de su cocina que han menester para el servicio de su comer juzgan los Autores que no tiene lu-

gar la execucion en los vestidos, cama y demas alhajas necesarias para el uso cotidiano, Parlador. *d. cap. fin. part.* 5. §. 3. *n.* 18. Curia Filípica, *part.* 2. *juicio executivo.* §. 16. *n.* 19.

11 Los bienes trabados en la execucion deben venderse públicamente en la manera siguiente: Han de preceder tres pregones, que en las cosas muebles se han de hacer en 9. dias de tres en tres cada uno, y en los bienes raices, en 27. de nueve en nueve cada uno, y pasado este término, se ha de citar al deudor para su venta, cuya citacion, que debe hacerse á la persona del deudor si pudiere ser habido, y sino en su casa á su muger, y hijos ó criados si los tuviere, y sino á los vecinos mas cercanos, se llama de *remate*, porque en su conseqüencia se rematan los bienes á favor del mayor postor, *d. l.* 12. *y* 13. *tit.* 28. *lib.* 11. *Nov. Rec.* y previene esta *ley* 13. que los tres pregones deben hacerse en el lugar donde se sigue la execucion, y el primero tambien en el de la residencia del executado. Como el darse los pregones es en beneficio del deudor, para la mayor facilidad de que haya postores, los podrá renunciar el mismo deudor, en cuyo caso no se deben cobrar derechos por ellos, *d. l.* 13. y quando se renuncian, lo que es hartó freqüente, suele ser con la protesta de gozar de su término. Tanto para que se hagan los pregones, como para que se cite de remate al deudor, da pedimento el acreedor.

12 Si el deudor pretendiere tener derecho para inutilizar la execucion, debe oponerse dentro de tres dias, contadores desde aquel en que se le citó de remate; y si no lo hiciere manda el Juez, á peticion del actor, que se proceda al remate de bienes, y hacerse de su producto pago de la deuda y costas, dando el executante las fianzas que la ley de Toledo y otras disponen para este caso, *d. l.* 12. Pero si pasados los tres dias acudiese el reo á proponer la excepcion antes de estar sentenciada la causa de remate, dice la Curia Filípica, *d. part.* 2. §. 20. *n.* 2. que deberá ser oido, y cita á Parladorio que lo prueba, *d. cap. fin.*

5. *part.* §. 9. *nn.* 4. *y* 5. Quando el executado haga la oposicion dentro de dichos tres dias, deberá ser alegando excepcion ó defension legítima de aquellas que refiere la *l.* 3. *d. tit.* 28. á saber, paga del deudor, promision ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor ó fuerza, y tal que de derecho se deba recibir; de suerte que si otra qualquiera excepcion alegare, no debe ser admitida ni oido el reo; y no embargante otras qualesquiera excepciones, ha de proceder el Juez á la execucion y sentencia, y llevarla á debido efecto, *d. l* 3. que todo lo previene así. Si el executado hiciere oposicion legítima, se le han de entregar los autos, y debe probar dentro de 10. dias fatales, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion, la excepcion que opuso, de manera que si pasaren dichos 10. dias sin probarla, debe hacerse el remate, sin embargo de qualquier apelacion, que solo podrá admitirse en el efecto devolutivo, dándose como hemos dicho; la fianza de la ley de Toledo, *l.* 2. *d. tit.* 28. Se llama así esta fianza, porque la *l.* 1. *d. tit.* 28. que la mandó, fue establecida en Toledo el año 1396. y consiste en dar fiador el que executa, que en el caso de que se revocase la sentencia de remate, por su apelacion admitida en quanto al efecto devolutivo, tornará al deudor lo que hubiere pagado, con el doble por pena en nombre de interes. Y aunque la misma *l.* 1. previene al mismo tiempo que tambien el reo ha de dar fiador, que pagará otro tanto como lo que pagó, sino probare la excepcion que opuso, no está en uso exigir al reo esta fianza.

13 Los 10. dias que se conceden para la prueba de la excepcion son comunes á las partes, por lo que al reo, que en este caso es actor, por la regla, que en quanto á las excepciones hace las veces de actor, y debe probar (1), se le entregan primero los autos, y solo los debe tener cinco dias, y los otros cinco el executante: y á pedimento de este podrá prorogarse el término (que siempre

(1) *L. 9. l. 19. de probat.*

será comun á los dos) por estar constituido á su favor; pero no á solicitud del executado, por la razon contraria. Si el executado ha de probar su excepcion por testigos, debe nombrarlos expresando dónde viven, y jurando no traer en ello malicia; y á proporcion de la distancia en que viven, no viviendo en Arzobispado ú Obispado donde se sigue la causa, se le concede el plazo señalado en *d. l.* 1. pero esto no embaraza que no habiendo probado la excepcion dentro de los diez dias, se vendan los bienes trabados, y se pague al acreedor, dándose la fianza de *d. l. de Toledo*, en los términos expresados en el *n. antecedente*, que para este caso lo establece; y sirve como por exemplo para siempre que se haya de hacer pago al actor executante. Y sin embargo de cumplirse la execucion, y hacerse el pago de la deuda, despues de haber pasado los diez dias, se admite la prueba de los testigos lejanos, por la via ordinaria, y de la sentencia que en seguida se diere, puede apelarse por reputarse entonces causa ordinaria, como lo advierte la Cnria Filípica, *d. part.* 2. §. 20. *n.* 8.

14 Dada la fianza de la *l. de Toledo*, y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por perítos de órden del Juez, y pareciendo admisibles las posturas, que lo serán si llegaren á dos terceras partes del justiprecio, se manda por el Juez efectnar el remate, señalando dia y hora citando un dia antes el executado, *d. l.* 13. *d. tit.* 28. y efectuado, adjudica el Juez, otorgando venta judicial, los bienes al postor, que por ello adquiere su dominio, y se le da la posesion de ellos. No pareciendo quien dé postura, admisible, puede el executante pedir que se le adjudiquen, en pago de su crédito, bienes del executado, *l.* 44. *tit.* 13. *P.* 5. Y aunque en este caso quieren la Curia Filípica *d. part.* 2. §. 22. *Remate*, *n.* 16. Parlador, y otros, que tenga derecho el executante de elegir los bienes que le parecieren mejores, nos parece mas conforme á razon, y á la *l.* 3. *tit.* 14. *P.* 5. la opinion de Gregor Lop. en la

glos. 3. *de esta l.* y de Gutier. *de jur confir. part.* 1. *cap.* 26. que dicen deberse adjudicar bienes de calidad media entre mejores y peores, segun el arbitrio del Juez; porque si bien es verdad, que la *auténtica* de los Romanos (1) en que los otros se fundan, está clara á su favor, tambien parece que no tienen otra razon; y que les es mas que medianamente contraria *d. l.* 3. y así lo dicta tambien la equidad. Que en este caso deberá tambien darse la fianza de la *l. de Toledo*, no parece que puede dudarse, por no aparecer razon alguna de diferencia entre él y el otro que los bienes se adjudican al postor.

15 Febrero en la *Librería de Escribanos*, *part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 2. §. 5. *nn.* 318. *y* 319. advierte sutilmente, que en las execuciones que dimanan de sentencias de Arbitros, transacciones ó juicios de Contadores, no se debe dar la fianza de la *l. de Toledo*, sino otra dicha de la *l. de Madrid*, que es la 4. *tit.* 17. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* y manda, que se obligue el fiador á que restituirá el acreedor todo lo que habia recibido con sus frutos y réditos, al tenor de la sentencia en que fué condenado, *d. l.* 4. *d. l.* 5. *d. tit.* 17. y con efecto hace mencion la citada *l.* 19. *del mismo* de diferentes leyes, que imponen la obligacion de afianzar allí: *Por la ley de Toledo y las otras leyes de estos Reynos*: y añade el mismo Febrero, que así lo vió aprobado en una sentencia del Consejo. Y adviértase á lo último, que dada la sentencia en la causa executiva, y cumplida la execucion sin haber apelado el reo, le queda salva la via ordinaria: Azev. en la *l.* 3. *d. tit.* 28. *n. últ.* Curia Filípica, *d. part.* 2. §. 21. *n. ult.*

16 Como el tratar de la cesion de bienes, quita y espera que suelen solicitar los deudores, y generalmente del concurso de acreedores, es hijuela del juicio executivo, hemos determinado hablar aqui de estos asuntos. Quando el reo condenado por accion personal á pagar la deuda, ó executado ya para pagarla, ve que no la

(1) *Auth. Non nisi C. de solut. et liber.*

puede cumplir, suele hacer desamparamiento ó cesion de bienes; y puede hacerlo por sí ó por su Procurador, ó por carta, despues de haber confesado ante el Juez sus deudas, ó sido condenado en juicio á pagarlas, y no antes; diciendo, que los desampara y cede á favor de sus acreedores, por no tener con qué pagar. Y debe presentar relacion de todos sus bienes, y de los nombres de los acredores, con expresion de Lugares de sus residencias, cantidad y calidad de las deudas; y jurando estar hecha la relacion legal y fielmente sin fraude alguno, ni hacer memoria que tenga mas bienes ni acreedores; protestando y prometiendo manifestar lo que de nuevo adquiriere ó se acordare. Presentando el deudor al Juez la cesion de sus bienes, y le expresada relacion, pide que lo admita, mandando depositar los bienes en persona lega, llana y abonada, para repartirse al tenor de sus derechos á los acredores; y que se cite á estos para que cada qual justifique el que tuviere. Admitida la cesion, debe tomar el Juez los bienes del cedente, mandándolos depositar, sin dexarle mas bienes que su vestido ordinario, ó segun se explica la *l.* 1. *tit.* 15. *P.* 5. los paños de lino que vistiere, sino es que fuese el tal deudor de aquellos que gozan el Beneficio que llaman de *competencia*, á los quales se les ha de dexar tanta parte de sus bienes, quanta necesitan para vivir segun su estado, y servir los demas para pago de acreedores. Los que tienen este privilegio, son: I. Los ascendientes respecto de sus acreedores que sean sus descendientes, ó al contrario. II. El marido respecto de la muger, ó al contrario. III. El aforrador respecto del aforrado, ó al contrario. IV. Los compañeros entre sí. V. El Donador, quando es convenido por el donatario, *d. l.* 1. *tit.* 15. *P.* 5.

17 Para evitar, que los arrendadores y recaudadores mayores de Rentas Reales, hagan cesion de bienes, diciendo que no tienen de qué pagar lo que deben, manda la *l.* 1. *condicion* 5. *tit.* 9. *lib.* 9. *de la Rec.* que se entienda, que las rentas se arriendan con condicion, que

ningun arrendador, ni fiadores, ni abonadores, ni ninguno de ellos puedan hacer ni hagan dicha cesion, y que juren de no la hacer, ni pedir relaxacion del juramento; y si la hicieren, que no les valga: y que hayan de estar presos hasta que paguen lo que deben de dichas rentas. Ni tampoco puede hacer la cesion el que estando preso malmetiese todos sus bienes ó parte de ellos, y despues los quisiere desamparar, *l.* 4. *de tit.* 15. en cuya *glos.* 4. añade Greg. Lop. seria lo mismo, si ántes de estar preso enagenára los bienes maliciosamente en fraude de los acreedores.

18 El efecto principal de la cesion de bienes es libertar al que la hace de estar en la cárcel, lo que no podria evitar de otra manera pidiéndolo los acreedores, *d. l.* 4. (1); pero deberá prestar caucion de que pagará, si llegare á mejor fortuna, la que bastará sea juratoria; porque en aquel estado no le seria posible encontrar otra, como advierte Covar. 2. *var. cap.* 1. *n.* 6. Y llegando á fortuna mejor, tendrá el beneficio de competencia, que hemos explicado ántes al *n.* 16. (2). pero este beneficio no alcanza á sus fiadores, si los hubiere dado, *l.* 3. *d. tit.* 15. *P.* 5. por ser personal, y esta es la causa de no alcanzar tampoco á los herederos de los qne tienen tal beneficio, á excepcion de los herederos del marido, á los que aprovecha, si son hijos á quienes se pide la dote de su madre; mas no á los extraños, *l. ult. tit.* 11. *P.* 4. (3), Gom. en la *l.* 50. *de Toro n.* 49. Puede el que hizo la cesion arrepentirse ántes de haberse vendido sus bienes, y deberá ser oido si dice, que los quiere recobrar para hacer pago á sus acreedores, ó para defenderse con derecho contra ellos, *l.* 2. *d. tit.* 15. (4).
Tiene tambien lugar la cesion, quando la deuda nace de delito, á favor de algunos interesados, aunque los delinqüentes hayan sufrido ya la pena corporal en que hu-

(1) *L.* 1. *Cod. qui bon. ced. pos.* (2) §. *últ. Inst. de act.* (3) *L.* 12. *l.* 13. *l.* 18. *tit. matrim.* (4) *L.* 3. *l.* 5. *de ces. bon.*

biesen incurrido, como por exemplo en causa de hurto, *l.* 8. *tit.* 32. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

19 Las *leyes* 5. 6. 7. *y* 8. *del mismo tit. y nota* 1. imitando en parte el rigor de las antiguas Romanas, establecieron el modo de proceder contra los deudores, sujetándolos á servir á los acreedores, y precisando á los que hacian cesion de bienes, á traer una argolla de hierro al cuello. Ya le pareció rigurosa esta doctrina á Azev. en *d. l.* 8. *n.* 4. y dixo, que por ello iba cesando su uso. Y el Señor Covar. despues de haberla referido en *d. cap.* 1. *n.* 5. dice, que en nuestra España, y en qualquiera otra parte se debe observar en este particular lo que se haya recibido por costumbre, que aquí es la de pasearse libremente por las calles los que han hecho la cesion, venderse sus bienes, y pagar de su producto á los acreedores, al tenor de los privilegios y calidad de créditos. Y hay de malo, el que, segun el quejarse de las gentes, antes de hacer la cesion esconden y ponen en sugeto secreto de su satisfaccion su bolson; y burlándose del juramento, andan triunfantes, como si estuvieran en la mayor y mas libre opulencia, sin quedarles á los acreedores casi otro consuelo que el dellorar.

20 Restan otros dos beneficios que tienen los deudores, y vamos á notar: I. Se llama de *espera*, y el mejor modo de explicarse es poner á la letra las palabras de la *l.* 5. *d. tit.* 15. *P.* 5. que lo estableció, y son las siguientes: " *Deudor seyendo* un ome de muchos, si an- »tes que desamparase sus bienes, los juntase en uno, »y les pidiese que le diesen su plazo señalado á que les »pagase: si todos no se acordasen en uno á otorgárselo, »aquel plazo debe haber, que otorgare la mayor parte »de ellos, magüer los otros non gelo quisieren otorgar. »E aquellos decimos, que se debe entender, que son »mayor parte, que han mayor quantía en los debdos. Y »si fuese desacuerdo entre los unos queriendo otorgarle »el plazo, e los otros que gelo non otorgarian, mas que »pagase ó desamparase los bienes, entonces si fueren egua- »les en los debdos, e en quantidad, de personas, debe

» valer lo que quisieren aquellos que otorgan el plazo, » porque semeja que se mueven á facerlo por piedad que » han de él, e si por ventura fuesen eguales en los deb- » dos, e desiguales en las personas, aquello que quisiere » la parte, do fueren mas *personas*, *eso debe valer* (1)." Esta *ley* no habla de quando muchos acreedores tienen una misma accion, ó uno muchas contra el deudor, si se computan por un solo acreedor ó por muchos. Las leyes Romanas dixeron que por uno, por ser una sola la deuda (2). Segun la citada *l.* 5. si á un acreedor se debiese mas que á todos los otros juntos, él solo daria la ley. Aunque para ser valedera la resolucion, basta que convenga la mayor parte de los acreedores en los mismos términos que queda dicho, deben ser todos citados á la junta, porque todos tienen interes en ello; pero no es menester que asistan todos, y la resolucion de los que concurrieron aprovecha ó daña á los ausentes (3). Por el derecho Romano no debia pasar la espera de cinco años (4); pero Greg. Lop. en la *glos.* 3. *de d. l.* 5. prueba que en España no hay establecida limitacion alguna, y en la *glos.* 4. que no es necesario que el deudor dé fianza ni otra caucion; pero que le impide poder despues hacer cesion de bienes.

21 El II. beneficio es muy semejante al I. y en casi todo se observan en él las reglas expresadas en el I. Se llama de *quita*, á causa de que por él se quita parte de las deudas, y se establece en la *l.* 6. *d. tit.* 15. Se juntan tambien los acreedores á instancia del deudor, antes que este desampare sus bienes, y les ruega si le quieren quitar ó perdonar alguna parte de sus deudas, y pagará lo restante. Se siguen en quanto á valer la resolucion, las mismas reglas que en el otro de *espera*; pero con dos añadiduras, y son: Que aunque lo resuelto obra tambien contra el que estuvo ausente, hay excep-

(1) *L.* 7. §. 19. *l.* 8. *de pact.* (2) *L.* 9. *eod. in fin. C. qui bon. ced. pos.* (3) *D. l.* 10. *de pact.* (4) *D. l. fin.*

cion en esto quando la quantía de lo que se debe al ausente fuese mayor que la de todos los otros; pues entonces no le dañaria la resolucion de los demas. Y que tampoco dañaria la remision que hicieron los acreedores simples ó no hipotecarios al ausente hipotecario, ó que tuviese alguna cosa á peños. Y Greg. Lop. en la *glos.* 6. *de d. l.* 6. prueba, que aunque el hipotecario estuviese presente, no le perjudicaria sino consintió (1); y en la *glos.* 2. dice, que no valdria el perdon de la mayor parte contra los otros, si los que lo concedian eran parientes del deudor, ó por otra parte sospechosos.

22 Los tres beneficios de los deudores que hemos referido, se ventilan en juicio en concurso de acreedores, que se forma, para que opongan lo que tuvieren que oponer, y justifiquen la legitimidad, quantidad y calidad ó privilegio de sus créditos para que se pueda ver en los dos últimos, quando proceda la espera ó quita, y en el primero cómo se ha de executar el pago del producto de los bienes que se hayan vendido. Refiere estos tres concursos Salgado *in labyrint. cred. part.* 1. *cap.* 1. *nn.* 3. 4. *y* 6. y al *n.* 5. el otro ó quarto, que segun su modo de contar es el tercero, porque cuenta por quarto al de cesion de bienes. Y explica suceder quando reconvenido ó executado el comun deudor por uno de sus acreedores, comparecen y se oponen los demas, formando entre sí un pleyto de concurso en que litigan sobre la antelacion ó preferencia de sus créditos, para que segun ella se hagan los pagos. Este concurso conviene con el otro de la cesion de bienes, en que ambos se mandan hacer los pagos al tenor de la preferencia de sus créditos pero hay entre ellos algunas diferencias, y es la una, que el de la cesion es universal, y por ello atrae por sí qualesquiera otros pleytos de pagos que se hubiere movido particularmente por alguno de los acreedores; quando el otro, de que ahora hablamos, es par-

(1) *D. l.* 10. *de pact.*

ticular entre solos los acreedores que concurrieron y disputan entre sí, y por lo mismo no obra contra los otros que no han concurrido á la disputa. Pero sin embargo, si fueren muchos los Jueces, ante quienes es reconvenido el deudor por sus acreedores, aunque todos sean competentes de por sí, procede se haga acumulacion de autos, remitiendo todos los suyos al Juez que empezó primero á conocer, para que no se divida la continencia de la causa, Salgad. *d. part.* 1. *cap.* 4. §. 1. De los privilegios de los acreedores, que tanto deben tenerse presentes en estos juicios de concurso, hemos hablado con extension en el *lib.* 2. *tit.* 18. *nn.* 11. *y siguientes.*

TITULO XVI.

DEL JUICIO CRIMINAL.

1. *Qué sea juicio criminal, su necesidad y fin.*
2. *Modos de proceder en los juicios criminales.*
3. *hasta el* 9. *Primeras diligencias antes de poner preso al reo.*
9. 10. *Quándo debe ser preso el reo, y de la declaracion que debe tomársele.*
11. 12. 13. *Quándo se le ha de tomar la confesion, y de lo perteneciente á ella.*
14. 15. 16. *De la continuacion de la causa desde la confesion del reo hasta la conclusion.*
17. *Del modo de procederse por pesquisas.*
18. 19. 20. *Del modo de procederse contra reos ausentes.*

1 Vamos á tratar del juicio criminal que ha hecho tan necesario la conservacion de la pública tranquílidad, que sin él no podria subsistir, ni estar ninguno seguro en su casa, ni en parte alguna: expuesto de continuo

á insultos, robos y aun á la misma muerte, segun la fragilidad y corrupcion en que ha quedado la naturaleza humana por el pecado de Adan, *l.* 7. *tit.* 34. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* Para preservar pues á los hombres de estas fatalidades esta instituido este juicio, que es por lo mismo el mas respetable y digno de atencion de todos. Pusimos su definicion arriba *lib.* 3. *tit.* 2. *n.* 3. diciendo ser aquel: *Que se dirige á la vindicta pública para que se imponga al reo la pena que exíge el rigor de la pública disciplina.* Su fin es, que los delinqüentes sean castigados, segun exîge el rigor de la pública disciplina, para que á exemplo de estos se reformen otros de mal hacer, lo qual conviene, y los mismos delinquentes reciban escarmientos de los yerros que hicieron, *l.* 1. *tit.* 31. *P.* 7. En todos los títulos en que hemos hablado de delitos en el *lib.* 2. de este *tit.* 24. hasta el 31. hemos manifestado las penas correspondientes á cada uno de ellos; por lo que solo nos falta hablar del modo de seguirse este juicio.

2 Los modos de proceder en las causas criminales son tres: I. Por querella ó acusacion. II. Por denuncia. III. De oficio por el Juez. De las acusaciones tratamos ya latamente en su propio título, y por ello tocaremos solo ligeramente algo de ellas, quando sea preciso. Denuncia es: *Manifestacion del delito cometido, y por lo regular tambien del delinqüente, no para tomar venganza ó satisfaccion para sí, sino solo para apercibir ó excitar al Juez para el castigo.* La *l.* 1. *tit.* 1. *P.* 7. la llamó tambien acusacion; pero segun ella misma manifiesta impropiamente, á diferencia de la propia, en la que debe el acusador probarla con imposicion de penas, si no lo hiciere, quando el denunciador no tiene obligacion alguna de probar la denuncia, *d. l.* 1. *l.* 26. *d. tit.* 1. y no hace parte en el juicio en que no llega á entrar. Es muy raro este modo de proceder, á causa de que no queriendo incurrir en enojos el que habia de denunciar, toma el medio de avisar secretamente á los Alguaciles,

Escribano del Juez ó á este mismo, para que si lo tiene por conveniente, emprenda de oficio la causa: lo que junto con la vigilancia de los Jueces y sus subalternos, contribuye á que casi todas las causas criminales se sigan de oficio. Y con respecto á este modo de proceder, expondremos lo que nos parezca conveniente del juicio criminal, indicando de paso lo perteneciente á querella ó denuncia.

3 Quando asi se procede, el principio ó cabeza del proceso, como suele decirse, es un auto de oficio en que dice el Juez, que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de *la mañana ó tarde* del dia de hoy, que en tal sitio se ha cometido tal delito, para averiguar la verdad del hecho y castigar como corresponde á los delinqüentes, manda formar dicho auto cabeza de proceso, á cuyo tenor y demas circunstancias que resultaren se examinen los testigos que pudieren ser sabedores del caso, á cuyo fin, y para practicar las demas diligencias oportunas, pasará personalmente el mismo Juez. Si el Juez estuviere ocupado en otros asuntos de la administracion de justicia, y el delito no es muy grave, se puede y debe cometer la averiguacion al Escribano de quien se tenga experiencia ser hombre de buena conciencia y habilidad: pero siempre ha de constar en el auto, que se le ha dado la tal comision, porque si esto no precediese seria nulo todo lo actuado. Esta permision solamente tiene lugar, tanto en las causas criminales como en las civiles, en las causas que no son arduas y de importancia, porque si lo fueren, siempre debe el Juez tomar y exáminar por sí los testigos ante el Escribano, y cada testigo por sí, sin cometerlo al Escribano ni á otro, so pena, que el Juez que asi no lo hiciere, por primera vez incurra en pena de cien mil maravedís, y el Escribano de dos mil, y por la segunda doblados, y por la tercera sean privados de los dichos oficios que así tuvieren, *l.* 16. *tit.* 32. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* y manda, que se guarde lo que

dispone *d. l.* 16. como en ella se contiene; y añade, que dicho contenido se observe sin la cautela de tomar los testigos á solas los Escribanos, y leer sus dichos despues ante el Juez.

4 Si se procede á instancia, querella ó acusacion de parte, es el primer paso presentar la parte que la hace pedimento en que dice: Que se querella y pone acusacion criminal contra N. vecino de tal parte, y de tal oficio y profesion, porque en tal dia, hora y lugar, ha cometido tal delito en perjuicio del honor ó interes del que se querella: y que por ello pide se le admita sumaria *informacion* de testigos, para justificar lo que expone; y que constando en la parte que baste se le mande prender y embargar sus bienes, como tambien á los que resultaren cómplices, y condenarles en la pena que han incurrido con resarcimiento de daños y perjuicios. A este pedimento se suele dar el auto de que afianzando el querellante de calumnia en tanta cantidad, se proveerá; y dada esta fianza, se provee otro auto en que se admite la acusacion en quanto há lugar en derecho. y manda se dé la informacion ofrecida. Sino hubiere auto de afianzamiento de calumnia, que no es preciso, pues pende del arbitrio del Juez, este otro será el primero.

5 Si dado el auto cabeza de autos, quando se procede de oficio si tuviere noticia judicial ó extrajudicial del injuriado, y pudiere ser habido, se practica tomarle declaracion jurada del hecho para mejor instruccion, haciéndole sobre él las preguntas que se tuvieren por convenientes, y una de ellas, que diga quienes se hallaron presentes; y si se resistiere á hacer la declaracion, se le apremiará á ello con cárceles y prisiones, no estando herido gravemente, y si lo está, bastará con guardas de vista; y resultando culpado, se le asegurará. Y ademas se le dirá si quiere querellarse, y respondiendo que no, se continuará de oficio la causa. En seguida se pasa al juicio informativo que llaman de sumaria, que se reduce á recibir las deposiciones de los testigos, y prac-

ticar otras diligencias conducentes á la averiguacion del delito, delinqüentes y cómplices: lo que se hace sin citacion de los reos, aunque se supiere entonces quienes son.

6 A los testigos de la sumaria no se les debe manifestar el nombre del que se cree reo, para que sus deposiciones sean mas sínceras é imparciales, évitando el que las regulen por amistad, ó enemistad sin saber quien es; y se les debe preguntar del hecho con las circunstancias del lugar, dia, hora, si habia otros, y quienes eran, y demas conducentes á la averiguacion, y principalmente del reo, si le conoció, ó de su vestido y demas señales que puedan tambien servir para venirse en conocimiento de quien es. Si algun testigo se le encotrare vario, y que no dice la verdad, se le debe poner preso, por las sospechas que produce este su modo de deponer, de que es reo ó cómplice en el delito; y al que resiste á deponer, apremiarle con embargo de bienes y prisiones á que deponga. No puede ser testigo el que se supone fue compañero en el delito contra el acusado, *l.* 21. *tit.* 16. *P.* 3. (1). Gomez 3. *var. cap.* 12. *n.* 16. en donde habla de esto latamente, y exceptúa las causas privilegiadas, y las de aquellos que no bastaba uno solo para cometerlos. Ni tampoco el que está preso, mientras lo estuviere, por rezelo de que podria dar falso testimonio, rogado por alguno que le prometió le sacaria de la cárcel, *l.* 10. *tit.* 16. *P.* 3.

7 Las deposiciones de los testigos en la sumaria, solo sirven por entónces para prender los reos, y embargarles los bienes. Resultando por ellas indicio contra alguno, se le debe prender siendo el delito de los graves, por ser mas fácil soltar que prender, y no infamar la prision injusta, al paso de convenir mucho á la pública disciplina, que estos delitos se castiguen; pero en los delitos, por los quales no se puede imponer al reo pena corporal ó confiscacion de bienes, siendo arraygado, debe preceder prueba para la prision y embargo de bienes. Pero ningun Algua-

(1) *L.* 11. *Cap. de testib.*

cil puede prender á persona alguna sin mandamiento del Juez, salvo al que hallare haciendo delito: y quando prenda á alguno que lo está haciendo, lo debe llevar antes de meterle en la cárcel al Juez, dándole razon de la causa de la prision para que haga justicia; y si lo prendiere de noche, lo puede llevar á la cárcel, y luego por la mañana al Juez para hacer lo que este le mandare, *l.* 4. *tit.* 33. *lib.* 5. *de la Nov. Rec.*

8 Entre las diligencias que se han de practicar al principio de la causa, quando se acude al lugar en que se cometió el delito, ó luego que se pueda, debe mandar el Juez, que se recoja y reconozca por peritos lo que se llama cuerpo de delito, esto es, el cuepo del hombre que fue muerto ó herido, la cosa robada que se llevaba ó se llevó el ladron, quebrantamiento de puerta ó arca, y armas ó instrumentos con que se hizo. Si no pudiere ser hallado el cuerpo de delito, se pasa adelante la causa, averiguando ser cierto el delito, y quales fueron los delinqüentes, por los medios que se pueda; pero si constase que no pudo haber cuerpo de delito, porque no hubo el tal delito de que se acrimina al reo, se le debe inmediatamente absolver, libertándole de la cárcel si estuviese en ella, aunque hubiere confesado el delito, no dañándole nada su confesion, *l.* 5. *tit.* 13. *P.* 3. que pone el exemplo en uno que confesó haber muerto ó herido á Pedro, al que depues se le encuentra vivo y sano sin herida alguna.

9 Luego que en las causas graves resulte algun reo por el todo de la sumaria ó por parte de ella, sino está concluida, ó por otras diligencias ó sospechas fundadas, se le debe poner preso para asegurar que no haga fuga, y concluida la sumaria, y evacuadas las diligencias que se practican en el principio de la causa, se le toma la declaracion, en la qual jura que dirá la verdad sobre lo que fuere preguntado, y se le ha de preguntar ante todas cosas, que diga cómo se llama, de dónde es natural y vecino, y qué oficio y edad tiene: cuya pregunta debe ser la primera, porque si dixere ser menor de 25. años, se debe

suspender el preguntarle, para que se le provea de curador, nombrándole el mismo, sino lo tuviere, ó estuviere ausente, ó por su rebeldía el Juez para su defensa, sin cuya intervencion seria nulo todo lo declarado, por habérsele recibido el juramento sin su asistencia. Pero habiendo jurado el menor con la autoridad del curador, no debe intervenir en su deposicion, porque esta la debe hacer segun su ciencia y conciencia y en secreto, para que cesen las fraudes. Curia Filípica *juicio criminal* §. 13. *n.* 14. Sirve tambien dicha primera pregunta para saberse si el reo tiene algun privilegio ó fuero especial.

10 Tambien se le ha de preguntar, que diga dónde estuvo en el dia en que se cometió el delito, en compañía de quiénes, y de qué asunto habló con ellos, lo que se ha de hacer para que con estas citas se pueda tomar luz para la averiguacion. Y se le harán las demas preguntas que se consideren oportunas al mismo fin; pero no se le ha de preguntar si él ha cometido el delito, sino solo si sabe quien le ha cometido como ya lo diximos en el *lib.* 2. *tit.* 31. *n.* 2. Y en seguida se evacuarán las citas de las personas que los testigos en sus deposiciones, ó el reo en sus declaraciones dixeron que estuvieron presentes, ó que podrian saber alguna otra cosa que pudiese aprovechar. Y si exâminadas estas personas al tenor de la cita, dixeren otra cosa de lo que ella expresa, deberá el Juez mandar carear al citante y al citado, para que oyéndolos en careo, pueda tomar mas luz para averiguar la verdad. Y convendrá que despues de tomarse el juramento al citado, y antes de recibirse su deposicion, se le lea lo que dice el que le cita para que no encubra la verdad. Si algun testigo dixere en causa grave, que vió al que cometió el delito, pero no le conoce, ni sabe como se llama, y que le conoceria y diria quién es si se le pusiere delante, manda el Juez se forme rueda de presos, esto es, que se pongan en fila en una pieza de la cárcel ocho, diez ó mas de ellos, vestidos todos de una misma suerte; é introduciendo despues al testigo, que los reconozca uno por uno, y manifieste quién es, si

está entre ellos, cogiéndole de la mano, y deponiendo de nuevo con juramento ser aquel.

11 Efectuado quanto queda dicho, se toma la confesion al reo, que es la contestacion de la causa, y última diligencia de la sumaria, cuya diligencia no puede omitirse, aunque conste del delito, para averiguar qué motivo tuvo el reo para cometerlo, y porque oyendo del mismo en voz sus descargos; se hace mejor el concepto del hecho y sus causales. La declaracion se hace para inquirir, y la confesion para gravar; y por quanto á las veces hay urgencia de definir alguna cosa que no es de las graves, se suele entonces para salir con mas brevedad mandar, que se tome la declaracion para inquirir y gravar; y en este caso tiene la declaracion fuerza tambien de confesion, y no se considera que falta esta, aunque no se tome con separacion. Esto solo se hace no siendo grave la causa; y es preciso, que quando se hace, tiren las preguntas no solo á inquirir como en la simple declaracion, sino tambien á gravar.

12 Para tomarse al reo la confesion con separacion, como es lo regular, debe preceder auto de Juez, que lo mande: y las preguntas que se hagan al reo, deben hacérsele con relacion á las respuestas que dió en la declaracion, y formándole cargo de lo que resultare de ellas contra él, por las deposiciones de los testigos, y por las otras diligencias que se hayan practicado. Y se le han de hacer tambien reconvenciones, quando niega el cargo que se le hace, constando en autos ser cierto, aunque no sea mas que por indicios. Si el reo se resistiere á hace la confesion, se le debe apremiar á que la haga con mas estrecha cárcel, y si ni aun con esto quisiere hacerla, se le declara por confeso en el delito.

13 Y al fin de la confesion, da el Juez otro auto, en que manda suspenderse la confesion, dexandola en abierta para continuarla siempre que convenga; lo que tambien se hace en la declaracion, y en todo lo perteneciente á reclbir deposiciones de testigos, ú otras diligencias. Aunque

la confesion es como hemos dicho, la última diligencia de la sumaria, si sucediere que despues de tomada aparecieren por algun medio nuevos reos, ó algun hecho ó circunstancia, que se necesita que conste, se ha de proveer auto, para exâminar y probar tal cosa, que de nuevo ha resultado, y que se reciban testigos, y practicar las diligencias conducentes, siguiendo estas diligencias el mismo método que en el juicio principal. Si evacuada la confesion resultára ser el delito de los ligeros, por los que no puede imponerse al reo pena corporal, puede mandar el Juez á pedimento del mismo reo, que se le saque de la cárcel, y ponga en libertad, dando fiador que prometa restituir y presentar de nuevo en la cárcel al reo, siempre que por el Juez se le mande, cuya fianza se suele llamar de *la haz*, ó que estará á derecho, pagando por el reo lo que contra él fuese juzgado y sentenciado. Y es tambien práctica en estas causas leves, cortar la causa despues de tomada la confesion, sin entrar en juicio plenario, dando el Juez un auto definitivo, con condenacion de costas, y alguna multa si el reo lo consiente.

14 Contestada la causa por la confesion del reo, y quedando con ello concluido el sumario, se da auto en que se nombra Promotor Fiscal, y se abre la causa á prueba por un breve término comun, que á peticion del Promotor ó del reo, se puede alargar hasta los 80. dias de la ley, en los mismos términos que hemos notado, hablando del juicio civil ordinario. El nombramiento de Promotor no es absolutamente necesario, de manera que sin él fuera nulo el proceso, porque no hay ley alguna que lo prescriba, y en su defecto se suple por el mismo oficio del Juez, que hace sus veces, ó las de acusador quando no la hay; pero con todo, como no dexa de contribuir á la mejor expedicion de la causa, solo se suele omitir alguna vez en las causas leves, mas no en las de gravedad. En este auto se expresa, que dentro del término deben ratificarse los testigos del sumario, con

abono de los muertos ó ausentes, y recibir las deposiciones de los que se presentaren despues; cuyas diligencias deberán actuarse, antes de entregarse los autos por su órden, para evitar sobornos; pero podrá el reo pedir, que señale el Juez dia y hora en que se hayan de ratificar los testigos, y recibir las deposiciones; para ver quiénes son, y poder decir de ellos lo que pueda convenirle.

15 Si por haberse gastado mucho tiempo en las ratificaciones y nuevas disposiciones contra el reo, se viere quedar poco tiempo de prueba, podrá el Juez prorogarlo de oficio, para que las partes no queden indefensas. Y evacuado todo esto, y no antes, se han de entregar los autos al reo, para que corriente el término de prueba pueda presentar su interrogatorio, y decir lo que le convenga, y tambien poner tachas á los testigos contrarios, si reconociere que las tienen: de cuyas tachas debe darse traslado al Promotor ó acusador, por si tuvieren algo que decir sobre ello: como tambien del pedimento que haya presentado el reo; y en vista de todo puede pedir el actor saber quiénes son los testigos del reo, y que señale el dia en que han de jurar, para verlo, y poner tachas: de suerte que en esto corren parejas iguales las partes. Pasado el término de prueba, se da auto de que se haga publicacion de probanzas, y hecha la publicacion se comunican los autos, primero al Promotor, y despues al reo, y alegando ambos de bien probado, se provee auto de estar conclusa la causa, y se da la sentencia, en la que siendo de pena capital, se pone la cláusula: *Se execute*, que significa no deber admitirse apelacion ni suplicacion que pueda retardar su execucion, y con efecto se executa al tercero dia.

16 Quando se abren á prueba las causas leves y de urgencia, se dice á las veces en el auto, que se abren con la calidad de todos cargos, de publicacion, conclusion, y citacion para sentencia definitiva, y que dentro del tiempo que se señala, se han de ratificar los tes-

tigos de la sumaria, y abonar á los muertos ó ausentes. Si alguna de las partes quiere poner tachas á los testigos de la otra, lo debe hacer dentro del mismo término, á cuyo fin se le ha de dar nota de ellos. Y alegando cada parte en el propio término lo que resultará á su favor y contra la otra de las probanzas, que no llega á ver, porque las debe tener bien y secretamente custodiadas el Escribano, queda conclusa la causa, y se procede á la sentencia.

17 Quando los Jueces proceden de oficio para castigar á los delinqüentes, lo hacen por medio de inquisiciones y averiguaciones, á que les obliga su oficio, sin cuyo recurso quedarian sin castigo muchos delitos. Estas inquisiciones se llaman *pesquisas*, *princ. y l.* 1. *tit.* 17. *P.* 3. Se dividen en generales y especiales. General se dice la que se dirige á averiguar si en alguna Ciudad ó territorio se cometen delitos, sin expresar quáles, ni los nombres de los delinqüentes Especial la que se hace con dicha expresion. Si esta fuere del nombre del reo, pero no de delitos que haya cometido, se dice especial en quanto á la persona, y general en quanto á delitos; y al contrario quando se expresa el delito, y no la persona. Aunque qualquiera Juez Ordinario puede hacer pesquisas en los términos que luego veremos, suelen á las veces nombrarse Jueces peculiares, dichos *Pesquisidores*, para que las hagan; de las quales tratan con extension el *tit.* 17. *P.* 3. y el 34. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* Para nuestro oficio de Institutista bastará decir que la *l.* 2. *d. tit.* 17. y la *l.* 3. *tit.* 34, prohiben que se pueda hacer pesquisa general sin concesion del Rey, cuya doctrina entienden nuestros Autores, no solo de las pesquisas en todo generales en quanto á personas y delitos, sino tambien de aquellas de que lo son tan solamente en quanto á delitos, y especiales en quanto á personas; pero no de las que siendo especiales en quanto á delitos son generales en quanto á personas. Estas están muy en uso, y las puede hacer qualquier Juez. Sin ellas apenas se podria averiguar delito alguno, Curia Filípica

part. 3. *juicio criminal*, §. 10. Azev. *d. l.* 3. y en la *l.* 7. *d. tit.* 34. *n.* 42.

18 En el proceder contra reos ausentes se han de observar algunas formalidades que deben tenerse presentes. La *l.* 7. *tit.* 8. *P.* 3. mandó casi todas las mismas que establecieron las Romanas (1); pero en intencion á que la *l.* 1. *tit.* 37. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.* establecida en el año de 1566. mudó algo, y puso una relacion completa de lo que debe observarse en la actuacion de estas causas, bastará que las notemos aquí. Si el reo, pues, contra quien se ha de proceder criminalmente, no puede ser habido para prenderle, y fuere de aquellos en que deben seqüestrarse los bienes, se han de seqüestrar sin esperar ningun pregon: y el Juez que del tal delito conociere, le ha de hacer emplazar de nueve en nueve dias, sin hacer diferencia de que el ausente esté dentro ú fuera de la jurisdiccion, pregonándole públicamente á cada plazo, y haciéndolo notificar en su casa, si allí la tuviere, y fixando una carta ó edicto de emplazamiento en lugar públco de la Ciudad ó Villa en cada uno de dichos plazos, en el qual se contenga el delito de que es acusado, y el término, pregones y rebeldías que á la sazon fueren acusadas, y la acusacion que le fuere puesta, para que acuda á salvarse del delito que se le imputa.

19 Si acusada asi la rebeldía no pareciere al primer plazo, debera ser condenado en la pena del *desprez*; esto es, de haber despreciado el edicto, que segun Azev. en *d. l.* 3. *n.* 56. y otros que allí cita, es de sesenta maravedís; y si pareciese ante el Juez al segundo plazo, ha de pagar la misma pena y las costas, y ser oido: por cuyas costas entiende Azev. en *d. l.* 3. *n.* 56. las que se hubieren causado para buscarle ó cogerle y generalmente por su ausencia ó rebeldía: diciendo que las demas, que de qualquiera manera se hubiesen hecho estando él presente, se reservan para la sentencia definitiva. Y si aun entonces

(1) *Tit. de req. et abs. damn.*

no pareciere, siéndole acusada la segunda rebeldía, y el delito fuere de muerte, ó tal por que merezca muerte, ha de ser condenado en la pena del homecillo (600. maravedís). Pero debemos advertir, que estas penas del desprez y del homecillo, como á pecuniarias, se han convertido en arbitrarias, por lo que hemos dicho en el *lib.* 2. *tit.* 30. *n.* 12. Y si al tercer plazo pareciere, ha de pagar las dichas penas de desprez y homecillo y costas, y ser oido.

20 Si tampoco pareciere el reo al tercer plazo, se le debe acusar tambien la rebeldía, cuya acusacion es necesaria en todos los referidos grados; y se manda, que le sea puesta la acusacion en forma, como si fuese presente, y que responda á ella dentro de tres dias; y señalándose los Estrados por Procurador, y seguida en ellos la causa, se continúa asi con trámites regulares, hasta que se dé por conclusa para sentencia definitiva, que se deberá pronunciar al tenor de la resultancia del proceso. Pero si se presentare ante el Juez para purgar su inocencia, ó fuere preso antes de la sentencia definitiva, ó dentro de un año desde el dia de la data de la sentencia en rebeldía, deberá ser oido sobre las penas corporales y pecuniarias, pagando las referidas costas, y los despreces y homecillos, quedando en su fuerza y vigor las probanzas que se hicieron durante su ausencia, como si fuesen hechas en juicio ordinario. Y últimamente, si se pasare dicho año sin presentarse ni ser preso, se deberá executar la sentencia en las penas pecuniarias ó de bienes, asi en las que se aplican al fisco, como en las que se aplican á la parte, sin poder ya ser oido sobre ellas, aunque pasado el año se presentase á la cárcel; pero será oido sobre las penas corporales. Si muriere durante el año, serán oidos los herederos en quanto á las penas pecuniarias, en los casos de que los delitos sean de aquellos que no se extinguen por la muerte. Y previene al fin de la misma *l.* 3. que si el reo no pareciere dentro de 30. dias, y los bienes seqüestrados fuesen tales, que no se pudiesen conservar, los haga vender el Juez en pública almoneda, pregonándolos de

tres en tres dias, y mande se ponga su precio en el seqüestro. Y que en lo que toca á términos de los emplazamientos y pregones en esta *ley* contenidos, no se entiende con los Alcaldes de Corte y Chancillerías, ni con los Jueces de Real comision.

TITULO XVII.

DE LA SIGNIFICACION

DE LAS PALABRAS.

Tit. 33. P. 7. (1).

1 Queremos concluir esta ilustracion hablando de la significacion de las palabras, y de las reglas del derecho, con relacion á los *títulos* 33. *y* 34. *últimos de la P.* 7. pero ligeramente, porque mucho de lo que podia decirse, lo hemos ya tocado en el cuerpo de esta obra, sin necesidad de recordarlo, y otras cosas son por sí claras, y no de momento. En las cosas dudosas se debe atender á lo mas verosímil: y quando la duda ocurra en alguna palabra, se debe interpretar contra el que la dijo obscuramente, *l.* 2. *d. tit.* 33. De la *l.* 5. *d. tit.* 33. sacamos lo siguiente: I. Si el testador mandase á alguno en su testamento todas las cartas, no se debe entender que le manda sus libros, salvo si el testador fuese hombre letrado, y lo manda á quien aprendiese á ser sabio, y no tenia otras cartas sino sus libros. Las leyes Romanas que lo establecieron tambien asi (2), hablaron con mucha mas extension en este particular. II. Si alguno que tuviese muchas aves y de muchas maneras, dixese en su testamento: mando mis aves á Pedro, pertenecerán todas á este con

(1) *Tit. pen. Dig.* (2) *L.* 52. §. 4. *l.* 96. *de legat.* 3.

las jaulas, con las lorjas, y con las prisiones en que las tiene puestas; y no solo las aves silvestres ó de caza, que están en jaulas, sino tambien los pavos, las gallinas y los pollos (1). III. Si teniendo el testador sus vinos encerrados en cubos ó tinajas, dijera: mando todo mi vino á Juan, se entiende que se lo lega con los vasos en que está encerrado; pero creemos deber exceptuarse en este legado las tinajas que estan empotradas en la tierra, porque segun diximos en el *lib.* 2. *tit.* 10. *n.* 23. son parte de la casa, y asi lo distingue la ley Romana, que habla de este legado (2). IV. Quien lega los alimentos entiende legar lo necesario para comer, beber, *vestir y calzar* (3), y lo que necesita el enfermo para recobrar la salud (4).

2 Con relacion á la *l.* 6. *d. tit.* 33. decimos, que aun en lo penal comprehende la palabra *hombre* á la muger; salvo en aquellas cosas en que las leyes las exceptúan, y la palabra *muger* á todas las que han cumplido 12. años, aunque no se hayan casado (5). Por la palabra *enemigo*, en términos de podérsele desechar para ser testigo contra otro, se entiende aquel que mató al padre de este, madre ú otro pariente hasta el quarto grado, ó que le movió pleyto de servidumbre ó esclavitud: ó que le acusó de tal yerro, que si le fuese probado, le matarian por ello, ó perderia miembro, ó le desterrarian, ó le tomarian lo suyo ó la mayor parte, ó si lo tiene desafiado, ó es su enemigo segun el fuero de España: los otros malquerientes por otra razon ya no son de esta clase. Por la palabra *armas* no solo se entienden las lanzas, espadas y otras semejantes, con las quales los hombres acostumbran defenderse y ofender, sino tambien los palos y las piedras, *l.* 7. *d. tit.* 33. (6). Por parte de alguna cosa se entiende su mitad, *l.* 9. *d. tit.* 33. (7).

3 De la *l.* 10. *d. tit.* 33. sacamos lo que se sigue:

(1) *L.* 66. *eod.* (2) *L.* 3. §. 1. *de trit. vin. olei legat.* (3) *L.* 6. *de alim. v. cib. legat.* (4) *L.* 152. *de verb. sing.* (5) *L.* 13. *eod.* (6) *L.* 41. (7) *L.* 164. §. 1. *eod.*

I. *Enagenar* significa transferir á otro el dominio ú otro derecho que tenemos sobre alguna cosa, y por ello aquel á quien está prohibido enagenar, no puede vender la cosa, ni cambiarla ni empeñarla, ni poner servidumbre sobre ella, ni darla á censo (1). II. *Propiedad* es el señorío de la cosa, y la *posesion* la tenencia de ella; pero á las veces la una de estas palabras se toma por la otra, como si uno dijera en su testamento, que mandaba á Pablo todas sus posesiones que tenia en tal lugar, en cuyo caso se entenderia, que le legaba, no tan solamente la posesion, sino tambien el señorío de ellas. Las otras cosas contenidas en *d. l.* que es bastante larga, son tan claras, que no necesitan de explicacion alguna. De la doctrina de las dos otras *leyes*, que son las últimas de *d. tit.* 33. hemos hablado completamente en el cuerpo de esta obra.

TITULO XVIII.

DE LAS REGLAS DEL DERECHO.

Tit. 34. y últ. P. 7. (2).

1 Regla es ley dictada brevemente con palabras generales que demuestran la cosa sobre que habla, y ha fuerza de ley; salvo en aquellas cosas de que hablase en contrario alguna ley señalada, que en este caso se deberia guardar, y no lo que dice la regla, *princ. del tit.* 34. *P.* 7.

2 Todos los Jueces deben ayudar á la libertad por ser amiga de la naturaleza, *l.* 1. *d. tit.* 34. *l.* 4. *tit.* 5. *P.* 3. (3). Por lo contrario, servidumbre es cosa que aborrecen los hombres naturalmente; y á manera de servidumbre vive

(1) *L. ult. C. de reb. alien. n. alienan.* (2) *Tit. ult. Dig.*
(3) *L.* 20. *de div. reg. jur.*

no tan solamente el esclavo, sino tambien el que no tiene libre poder de salir del Lugar de su morada, *l.* 2. *d. tit.* 34.

3 No se deben considerar bienes los que nos traen mas daño que provecho, *l.* 3. *d. tit.* 34. (1), y son bienes lo que quedare, pagadas las deudas (2).

4 En gran culpa es aquel que se mete en hacer lo que no sabe ó entiende, *l.* 5. *d. tit.* 34. (3).

5 Ninguno sale obligado por el consejo que dió, sino es que lo hubiese dado engañosamente, *l.* 6. *d. tit.* 34. (4).

6 El dueño de una cosa, si ve que le hace daño en ella alguno, á quien pudiendo prohibir que lo haga, no lo prohibe, se entiende que lo consiente, *l.* 7. *d. tit.* 34. (5).

7 No merece pena el que hace daño por obedecer á su amo ó padre: la deben entonces pagar estos, *l.* 9. *d. tit.* 34. (6). Tiene lugar esta regla en las penas pecuniarias, y no en las corporales, porque estas las deben sufrir los dos dos, mandante y mandatario.

8 Quando uno da por firme lo que otro hizo en su nombre, vale tanto como si le hubiese mandado que lo hiciera, *l.* 10. *d. tit.* 34. (7).

9 Ninguno puede dar á otro mas derecho del que tiene, *l.* 12. *d. tit.* 34. (8).

10 Cosa que es nuestra, no puede pasar á otro sin nuestra palabra y nuestro hecho, *l.* 13. *d. tit.* 31. (9).

11 No hace daño á otro el que usa de su derecho, *l.* 14. *d. tit.* 34. (10).

12 Lo que uno hace ó dice por saña ó ira, no debe ser juzgado por firme, antes que se vea que dura en ello sin arrepentirse (1): lo que debe entenderse quando no lo hace ó dice á denuesto de otro, porque si lo hiciera asi no está excusado de pena, aunque disminuye la culpa si el movimiento de la saña fue con razon, *l.* 16. *d. tit.* 34.

(1) *L.* 83. *de verb. sign.* (2) *L.* 39. §. 1. *de verb. sign.*
(3) *L.* 132. *de div. reg. jur.* (4) *L.* 47. *eod.* (5) *L.* 3. *de noxal. act.* (6) *L.* 4. *de div. reg. jur.* (7) *L.* 152. §. 2. *eod. cap.* 10. *de reg. jur. in* 6. (8) *L.* 54. *de div. reg. jur.* (9) *L.* 11. *eod.*
(10) *L.* 155. §. 1. *eod.* (11) *L.* 48. *eod.*

13 Ninguno debe enriquecerse con perjuicio do otro, *l.* 17. *d. tit.* 34. (1). Esta regla llena de equidad debe tenerse muy presente, porque juega en todas las partes del derecho.

14 La culpa de uno no debe dañar á otro que no tuvo parte, *l.* 18. *d. tit.* 34. (2).

15 Los malhechores, aconsejadores y encubridores, deben llevar igual pena, *l.* 19. *d. tit.* 34. (3).

16 El que da razon, esto es, ocasion para que venga daño á otro, se entiende que lo hace, *l.* 21. *d. tit.* 34. y en su glos. Greg. Lop. (4).

17 Del daño que uno recibe por su culpa, á sí mismo se debe culpar, *l.* 22. *d. tit.* 34. (5).

18 El que calla, ni otorga ni niega, *l.* 23. *d. tit.* (6).

19 A ninguno se puede dar beneficio contra su voluntad, *l.* 24. *de tit.* (8).

20 El que se deja engañar entendiéndolo, no puede querellarse como hombre engañado, *l.* 25. *d. tit.* 34. (8).

21 Las palabras sobrepujantes ó supérfluas, no dañan las escrituras en que se hallan, *l.* 26. *d. tit.* (9).

22 Los privilegios dados por razon de la persona no pasan á los herederos, sino es que se exprese en la carta en que se conceden, *l.* 22. *d. tit.* (10).

23 Las palabras obscuras de los privilegios, se deben interpretar largamente, cuidándose siempre que concuerden con la voluntad del concedente, *l.* 28. *d. tit.* 34. Cuya doctrina, en quanto á que deben interpretarse latamente, la entienden los Autores, quando se trata de darles interpretacion hácia el que les concedió; pero contra los particulares á quienes perjudica, son de interpretacion estrecha, ó deben restringirse como lo prueba Gutier. *lib.* 3. *prac. quæst.* 22. *n.* 10. *y lib.* 4. *quæst.* 11. *n.* 2.

24 Segun el derecho natural, aquel debe sentir el daño que siente el provecho, *l.* 29. *d. tit.* (11).

(1) *L.* 206. *eod.* (2) *L.* 74. *eod.* (3) *L.* 11. *de injur.* (4) *L.* 30. §. 3. *ad leg. Aquil.* (5) *L.* 203. *de div. reg. jur.* (6) *L.* 142. *eod.* (7) *L.* 69. *eod.* (8) *L.* 145. *eod.* (9) *L.* 94. *eod.* (10) *L.* 196. *eod.* (11) *L.* 10. *eod.*

25 Quien entra en lugar de otro por heredero de lo suyo, tiene justa causa de ignorar si pide bien ó mal, *l.* 30. *d. tit.* 34. (1).

26 Por hombre bueno se entiende el Juez Ordinario de la tierra; y de ahí es, que siempre que se encuentra en las leyes ó pactos, que alguna cosa se ha de librar por albedrío de hombre bueno, se entiende que lo ha de librar dicho Juez, *l.* 31. *d. tit.* 34. (2).

27 La cosa juzgada por sentencia que no se puede revocar, se considera verdad, *l.* 32. *d. tit.* (3).

28 El que una vez ha sido dado por malo, siempre lo deben tener por tal, hasta que se pruebe lo contrario, *l.* 33. *d. tit.* (4): en cuya glosa advierte bien Greg Lop. debe entenderse en el mismo género de malo; y con efecto, se ven con freqüencia hombres buenos por una parte, y malos por otra.

29 Para hacer cosas de nuevo, debe verse bien la mejoría respecto de las viejas tenidas por buenas, *l.* 37. *d. tit.* 34. (5).

Hasta aqui hemos sacado las reglas del *tit.* 34. *y últ. P.* 7. Nos parece añadir otras, que se hallan en los dos *últimos títulos del* Digesto Romano, que aunque no estan en los nuestros, no dexan de tener equidad y razon; y otras esparcidas en muchas leyes de otros títulos, y por ello las guardamos.

30 No se dice que muere sin hijos el que dexa un solo hijo (6). Ni tampoco aquel que dexó la muger preñada (7): lo que se debe entender con tal, que el parto nazca despues vivo (8), y haya vivido 24. horas, en los términos que hemos explicado en el *lib.* 2. *tit.* 8. *n.* 3.

31 Por heredero no solo se entiende el inmediato, sino tambien los herederos de este, y los que le siguen (9).

(1) *L.* 42. *eod.* (2) *L.* 137. §. 2. *de verb. oblig. l.* 18. *jud. solv.* (3) *L.* 107. *de div. reg. jur.* (4) *Reg.* 8. *de reg. jur. in* 6. (5) *L.* 2. *de const. Princ.* (6) *L.* 148. *de verb. sign.* (7) *L.* 187. *de div. reg. jur.* (8) *L.* 129. *de verb. sign.* (9) *L.* 65. *de verb. sign.*

32 Siempre debe seguirse lo mas benigno, especialmente quando se trata de penas (1).

33 No hay cosa mas natural, que el que se disuelva cada cosa del mismo modo que se hizo, *l.* 2. *tit.* 10. *lib.* 3. *del fuero Real* (2).

34 Los frutos pendientes son parte de la cosa (3).

35 Quando no se expresa tiempo en los testamentos, se interpreta á favor del heredero, como no aparezca ser otra la voluntad del testador; y en las promesas á favor del promisor (4). Esta doctrina se funda en otra ley que dice ser mas favorable la causa del reo, que la del actor (5).

36 A quien se le permite lo mas, le es permitido lo menos (6).

37 Lo que es vicioso en su principio, no puede tomar fuerza por el transcurso del tiempo (7). Se exceptúan de esta regla las usucapiones.

38 En causa igual es mejor la condicion del que posee (8).

39 Es culpa meterse uno en lo que no le pertenece (9): salvo si se metiese por caridad á cuidar de los negocios de alguno, que por viage repentino ú otra causa los dexó desamparados sin encomendarlos á otro (10).

40 Asi como no alcanza á los heredoros la pena del delito del difunto, asi se les ha de quitar la ganancia que en su razon les haya llegado (11).

41 Las acciones que perecen por la muerte del reo, pasan contra los herederos, si se habia contestado el pleyto, *l.* 20. *tit.* 14. *P.* 7. (12).

42 Los menores de 10. años y medio no pueden ser acusados por los yerros que hicieren; pero sí los que pasaren de dicha edad, aunque no hayan llegado á la de

(1) *L.* 56. *l.* 155. §. 2. *de div. reg. jur.* (2) *L.* 35. *eod.* (3) *L.* 44. *de rei vindic.* (4) *L.* 17. *de div. reg. jur.* (5) *L.* 125. *eod.* (6) *L.* 21. *eod.* (7) *L.* 29. *eod.* (8) *L.* 128. *eod.* (9) *L.* 39. *eod.* (10) §. 1. *Inst. de obl. quæ. quas. ex cont. nasc.* (11) *L.* 38. *de div. reg. jur.*
(12) *L.* 139. *eod.*

14. pero se les debe dar castigo muy leve, *l.* 9. *tit.* 1. *P.* 7. y de ahí suele decirse que los impúberes próximos á la pubertad son capaces de dolo; pero no los próximos á la infancia (1).

43 Lo que está constituido á favor de alguno, no se debe interpretar con rigor contra él (2). Mientras puede tener lugar la sucesion testamentaria, no tiene lugar la intestada (3).

44 En los testamentos las voluntades se interpretan latamente (4).

45 Quando á uno compete un derecho por muchos títulos, si desecha el primero que le toca, puede valerse del que le pertenece despues (5). En conformidad de esta regla, si el pariente mas próximo instituido heredero desecha la sucesion testamentaria, podrá admitir despues la intestada (6).

46 En el todo se contiene la parte (7).

47 Lo que se ha introducido contra la razon del derecho, no debe extenderse á conseqüencias. Ni lo que se ha admitido por necesidad, se puede producir por exemplo (8).

48 Lo que toca á todos se ha de aprobar por todos (9).

49 Lo útil no se vicia por lo *inútil*, *l.* 1. §. 5. *de verb. obl.* (10).

50 Quando no subsiste lo principal, no puede subsistir lo accesorio (11).

51 Al género se le deroga por la especie (12).

52 Las cosas especiales se incluyen en las generales (13). Pero de esta regla contiene excepcion otra del derecho canónico, que dice no venir en la concesion general

(1) *L.* 111. *eod.* §. 18. *inst. de obl quæ ex del. nasc.* (2) *L.* 25. *de legib.* (3) *L.* 39. *de adq. v. om. her. l.* 89. *de div. reg. jur.* (4) *L.* 12. *eod.* (5) *L.* 91. *eod.* (6) *L.* 27. §. 1. *de adq. v. om. her.* (7) *L.* 113. *de div. reg. jur.* (8) *L.* 141. *l.* 162. *de div. reg. jur.* (9) *L.* 8. *de aq. et aq. plu. arc. reg.* 29. *de reg. jur. in* 6. (10) *L.* 1. §. 5. *de verb. obl. reg.* 37. *de reg. jur. in* 6. (11) *L.* 129. §. 1. *de div. reg. jur.* (12) *L.* 80. *eod.* (13) *L.* 147. *eod.*

aquellas cosas, que no es verosímil que uno hubiera concedido especialmente (1).

53 La locucion plural se salva en dos (2).

54 Se reputa poseedor el que por dolo dexó de poseer, porque el dolo se tiene por posesion (3).

Aunque las reglas que estan en el cuerpo del derecho canónico, son en la mayor parte las mismas que hemos notado del derecho civil, hay tambien otras que no estan en este, y son dignas de saberse por todos, y son:

55 Conviene restringir lo odioso, y extender lo favorable (4).

56 Lo que plació una vez, no puede desplacer despues (5).

57 Al que sabe y consiente, no se le hace injuria (6).

58 Quando á uno se le prohibe una cosa, se le prohiben las que se siguen de ella (7).

59 Se presume la ignorancia, quando no se prueba la ciencia (8).

60 En las cosas comunes se atiende mas al que prohibe (9).

61 En las malas promesas, esto es, quando uno promete lo que no es justo, no debe observarse la fé (10).

62 Lo que uno hace por otro, es lo mismo que si lo hiciera por sí (11).

63 No se debe cumplir la palabra al que se niega á cumplir la que se dió (12).

64 Al que se le prohibe algo por algun camino, no se le debe admitir por otro (13). Hemos querido hacer tambien memoria de estas reglas, porque sobre ser justas y juiciosas tienen trascendencia á los negocios civiles.

(1) *Reg.* 81. *de reg. jur. in 6.* (2) *L.* 12. *de testib.* (3) *L.* 191. *de div. reg. jur.* (4) *Reg.* 15. *de reg. jur. in.* 6. (5) *Reg.* 21. *eod.* (6) *Reg.* 27. *eod.* (7) *Reg.* 39. *eod.* (8) *Reg.* 47. *eod.* (9) *Reg.* 56. *eod.* (10) *Reg.* 69. *eod.* (11) *Reg.* 72. *eod.* (12) *Reg.* 75. *eod.* (13) *Reg.* 84. *eod.*

NOTA.

Creemos serán pocas las equivocaciones que se encuentran en las 1958. leyes Españolas, y 1094. Romanas que citamos, porque todas las hemos leido con mucho cuidado: la que menos una vez, y las otras dos ó mas, segun la substancia y dificultad que presentaban.

Y con el mismo cuidado hemos leido las doctrinas de los siguientes 53. Autores Españoles, que *igualmente* citamos.

Angulo.
Asso.
Avendaño.
Ayllon.
Ayora.
Azevedo.
Baeza.
Bas.
Bobadilla.
Carleval.
Castillo.
Castro.
Cervantes.
Cifuentes.
Cornejo.
Covarrúbias.
Escobar.
Faria.
Febrero.
Feliciano.
Galindo.
García.
Comez.
Gonzalez.
Gutierrez.
Guzman.
Hermosilla.
Hevia Bolañ.
Larrea.
Leon.
Lopez.
Maldonado.
Martinez.
Mateu.
Matienzo.
Maymó.
Mesa.
Mieres
Molina Jurista.
Molina Teólogo.
Olano.
Parladorio.
Pastor.
Pichardo.
Roxas Hermenegildo.
Roxas y Almansa.
Salgado.
Sarmiento.
Socueva.
Torres.
Valeron.
Vela.
Vizcaino.

FIN.

INDICE

DE LOS TITULOS DE ESTA OBRA.

TOMO I.º LIBRO I.º

TIT. I. *De la Justicia y del Derecho.* . . . . . Pág. 1
TIT. II. *Del estado de los hombres, y del derecho que en su razon corresponde.* 8
TIT. III. *Del poder que tienen los padres sobre sus hijos.* 19
TIT. IV. *De los desposorios y matrimonios.* 24
TIT. V. *De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones entre marido y muger.* 48
TIT. VI. *De la legitimacion, y del porfijamiento ó adopcion.* 59
TIT. VII. *De la tutela y curadoría.* 65
TIT. VIII. *De la restitucion de los menores.* 89

LIBRO II.

TIT. I. *De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio.* 96
TIT. II. *De las prescripciones y de la posesion.* 116
TIT. III. *De las servidumbres reales y personales.* . . . 127
TIT IV. *De los testamentos.* 137
TIT. V. *De la institucion de heredero, substituciones y desheredaciones.* 147
TIT. VI. *De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, ley Falcidia, y de los codicilos.* 175
TIT. VII. *De los mayorazgos.* 201
TIT. VIII. *De las sucesiones intestadas.* 219
TIT. IX. *De las obligaciones y contratos en general.* . . . 233
TIT. X. *De las ventas y compras.* 242
TIT. XI. *De los retractos.* 270
TIT. XII. *Quándo y cómo se paga la alcabala y el luismo*

por rescindirse, ó deshacerse la venta..... 290
TIT. XIII. *De los logueros é de los arrendamientos*... 295
TIT. XIV. *De los censos*..... 306
TIT. XV. *De la compañía ó sociedad, y del mandato*... 345
TIT. XVI. *Del contrato verval ó de palabras*..... 355
TIT. XVII. *De las fiaduras*..... 363
TIT. XVIII. *De los peños ó prendas*..... 373
TIT. XIX. *Del contrato literal y de los reales*..... 388
TIT. XX. *De las donaciones*..... 399

TOMO II.º LIBRO II.º

TIT. XXI. *De los que llamamos quasi contratos*..... 1
TIT. XXII. *De los delitos y quasi delitos, en quanto producen pena pecuniaria*..... 12
TIT. XXIII. *Modos de extinguirse las obligaciones*.... 24
TIT. XXIV. *De los delitos en general, de las traiciones, de los omicidios, de los rieptos, lides y desafios*..... 36
TIT. XXV. *De los hurtos, robos, fuerzas y asonadas*.. 46
TIT. XXVI. *De las falsedades*..... 58
TIT. XXVII. *De los adulterios y demas delitos contra castidad*..... 64
TIT. XXVIII. *De las usuras y de los juegos y jugadores*..... 75
TIT. XXIX. *De los Blasfemos, Judíos, Moros, Hereges, Agoreros ó adivinos, y de los enfamados.* 85
TIT. XXX. *De las acusaciones, y de las penas*..... 94
TIT. XXXI. *De los tormentos, cárceles, perdones ó indultos y asilos*..... 104

LIBRO III.º

TIT. I. *De las acciones, y de las excepciones*..... 120
TIT. I. *De los juicios*..... 128
TIT. III. *De los Abogados y de los Procuradores*.... 162
TIT. IV. *De los Escribanos, Ayuntamientos, Diputa-*

dos y Personeros..... 173
TIT. V. *De los emplazamientos, y modo de comenzarse los pleytos por demanda y por respuesta*..... 183
TIT. VI. *De las pruebas*..... 195
TIT. VII. *De las ferias y las dilaciones*..... 214
TIT. VIII. *De la sentencia*..... 220
TIT. IX. *De las apelaciones, suplicaciones y recursos*.. 229
TIT. X. *De los juicios sumarios, de cuyas sentencias no se admite apelacion en quanto al efecto suspensivo*. 246
TIT. XI. *De los juicios de alimentos, y de la posesion momentánea*..... 247
TIT. XII. *Se propone otra division de interdictos baxo de otro aspecto, y se explican los principales*.... 261
TIT. XIII. *De la ritualidad de los juicios, y modo de ordenar los procesos*..... 282
TIT. XIV. *Del juicio civil ordinario*..... 283
TIT. XV. *Del juicio executivo*..... 291
TIT. XVI. *Del juicio criminal*..... 308
TIT. XVII. *De la significacion de las palabras*..... 321
TIT. XVIII. *De las reglas del derecho*..... 323

FIN.

INDICE

DE LAS COSAS MAS NOTABLES.

EN ALGUNAS PALABRAS NOS REFERIMOS Á SUMARIOS QUE SIRVEN MUY BIEN DE ÍNDICE.

El número romano significa el tomo, el siguiente la página, y los otros el aparte.

A

Abogados: Véase el sumario del II. 162.
Abortivo: Quién sea hijo abortivo, y que no tiene derecho de heredar. I. 221. 2. y sig.
Accion: Qué sea, y se esplican varias de sus especies, sumario del II. 120.
Por quánto tiempo se prescriben las acciones. I. 122. 10. y 11.
Se explican las acciones *redibitoria* y *quanti minoris*. I. 266. 33. 34. y 35.
Acreedores: Sus clases, en quanto tener unos preferencia sobre los otros: y los que la tienen en la misma clase. I. 381. 11. y sig.
Acrescer: Solo tiene lugar en la institucion de heredero, por la voluntad del testador, y no por necesidad, de la misma manera que en los legados; y exemplos de esta doctrina. I. 153. 6.
Acusacion: Qué sea, y lo demas perteneciente á ella, sumario del II. 94.
Adivinos: Véase agoreros.
Adopcion, ó porfijamiento: Véase el sumario del I. 58.
Adulterio: Véase el sumario del II. 64.
Agoreros, Adivinos ó Sorteros, y Hechiceros: sus penas. II. 91. 8.
Afinidad ó cuñadez: Qué sea. I. 36. 14.

Alcabala: Quándo y cómo se paga, si se rescinde ó deshace la venta, sumario del I. 290.
Alcahuetes: Sus especies, y penas. II. 69. 8. y sig.
Alimentos: Véase el sumario del II. 247.
Cómo se han de dar á los pupilos que estan en tutela. I. 82. 32. y sig.
Amancebados, y mancebas: Sus penas, y cómo ha de portarse el Juez en su execucion. II. 72. 12. 13.
Amojonamientos: Véase deslindes.
Apelaciones: Sumario del II. 229.
Arbitros y Arbitradores: En qué se diferencian entre sí: y qué se observa en sus juicios. II. 148. 28. y sig.
Arra: Se suele llamar así la señal que se da en el contrato de venta: y efectos que causa. I. 243. 4.
Arras, que se prometen ó dan con motivo de casamientos: Véase dote.
Arrendar y arrendamiento, sumario del I. 295.
Asesores: Son responsables de las sentencias que asesoran. II. 136. 11. Solo puede recusar á tres cada una de las partes, *d. n.* 11.
Asilo: En qué delitos no tienen lugar: su coartacion á una ó dos Iglesias en cada Ciudad; y como se han de extraer los reos de las Iglesias, que no gozan del derecho de asilo, II. 117. 15. y 16.
Aventura: Véase caso fortuito.
Ayuntamiento: Prohibidos de entrar en él por parentesco ó falta de luces. II. 181. 13. Y lo demas perteneciente á este asunto. II. 173. n. 9. y sig.

B

Beneficio de ceder las acciones: Qué sea: á quiénes compete, qué efectos produce. I. 369. 10. y 11.
Beneficio de competencia: Qué sea, y aquien se concede. II. 302. 16. y 28.
Beneficio de division: Qué sea: y á quienes se da. I. 362. 12. 368. 10.

Bienes gananciales: Véase compañía legal.
Blasfemos: Sus penas. II. 86. 2. 3. y 4.

C

Cárcel: Lo perteneciente á ella: Véase el sumario del *II.* 104.
Benignidad con que debe tratarse en ella á los pobres. II. 298. 10.
Casados: Privilegios de los reciencasados. I. 44. 27. 28. y 29.
Caso de Corte: A quiénes compete. *II.* 176. n. 46. y sig.
Caso fortuito: Qué sea: en ningun contrato se presta, *sino* por especial convencion, ó haber precedido culpa ó tardanza. I. 269. 38.
Caucion Muciana: Qué sea: quándo tiene lugar: sus efectos. I. 158. 9.
Causa: La falsa causa no vicia el legado. I. 190. 19.
Caza: Tasa en el derecho de cazar. I. 104. 14.
Censo: Véase el copioso sumario del I. 306.
Cesion de bienes: Véase lo perteneciente á este asunto en el II. pág. 302. nn. 16. y sig.
Citacion: Véase emplazamiento.
Clérigos: Véase Eclesiásticos.
Codicilo: Sus solemnidades. I. 140. 4. y 5.
Colacion: Qué cosas entran en colacion, y quáles no. I. 183. 10. y sig.
Comodato: Se explica lo perteneciente á este contrato. I. 394. 9. y 10.
Compañía ó sociedad: Véase el sumario del I. 345.
La legal entre marido y muger I. 37. 18. hasta 27.
Compensacion: Qué sea: su utilidad: quándo tiene lugar: en qué se diferencia de la retencion. II. 31. 9. y sig.
Competente: De donde se toma ser el Juez competente II. 157. 41. 42. 43. 44. y 45.
Compra y venta: Véase el sumario del I. 242.
Compromisarios: Véase Arbitros.

Concordia: Véase transacion.
Condesijo: Véase depósito.
Condicion: Qué sea: sus efectos: sus divisiones. I. 154. 7. y sig.
De la condicion de no casarse. I. 159. 10.
La imposible, ó bien por la naturaleza, ó por el derecho, se tiene por no escrita en el testamento: y por lo contrario vicia los contratos: y la razon de esta diferencia. I. 154. 7.
Las perplexas y las imposibles de hecho vician en la parte que estan los testamentos, dicho núm. 7.
Consejo: Ninguno sale obligado por el consejo que da, sino es que sea dado engañosamente. I. 353. 14.
Contestacion: Qué sea; sus formularios en causas de accion real y personal. II. 286. 5. 6.
En las causas criminales lo es la confesion del reo. II. 315. 11.
Contrato: Que sea: sus efectos: sus divisiones. I. 234. 2. 3.
Si en los contratos se añade alguna convencion especial, se presta lo que en ella se expresa, á excepcion de la que no se preste el dolo que no vale. I. 269. 38.
Qué cosas son esenciales, naturales ó accidentales en los contratos con sus exemplos. I. 268. 37.
Costas: Quando procede su condenacion. II. 278. 11.
Costumbre: sus requisitos y fuerza. I. 6. 10. 11. y 12.
Culpa: Qué sea: sus tres especies: y la regla de quál se presta en cada uno de los contratos. I. 269. 38.
Cuñadez: Véase afinidad.
Curador: A quiénes se da curador, y cómo. I. 73. 15. y 16.

D

Daño: Cómo se vindica el que se nos hace. Modo de precavernos del que nos amenaza por los edificios vecinos.
Deliberar: Qué sea derecho de deliberar: quánto tiempo dura: su fin y efectos. I. 163. 16.
Desheredar: Qué sea: quienes pueden desheredar: cómo

debe hacerse la desheredacion. I. 169. 21.
La desheredacion con justa causa priva al desheredado de la herencia de quien le desheredó. Las justas, segun las leyes de las Partidas, para desheredar á los hijos son 14., para desheredar á los padres 8., y para los hermanos 3., y basta pruebe una el heredero. Y ademas, lo son el haber contraido matrimonio clandestino, y casarse los hijos sin el consentimiento de sus padres. I. 170. 22.
Deshonra: Véase injuria.
Demanda: Qué sea, y sus requisitos. II. 184. 1. y sig.
Denuncia de obra nueva. II. 262. *n.* 2. y *sig.*
Deslindes: ó amojonamiento de tierras: cómo debe gobernarse el Juez en las causas en qué se trata de ellos. II. 227. 9. y 10.
Sus formularios en acciones reales y personales. II. 283. 1. y 2.
Depósito: Lo que se observa en este contrato. I. 396. 11.
Dilaciones: Véase Ferias.
Diputados y Personero del comun: Sus nombramientos, facultades y circunstancias que deben tener. II. 187. 14. y sig.
Dolo: Qué sea: y qué se presta en todos los contratos. I. 172. 38.
Dominio: Qué sea: se explican latamente los modos de adquirirle, sumario del 1. 96.
Dote, demas donaciones que se hacen por causa de matrimonio: Véase el sumario del I. 47.
Qué circunstancias han de concurrir para que sean nulas las donaciones ordinarias entre marido y muger. I. 58. 21.

E

Eclesiásticos, ó Clérigos: sus privilegios. I. 15. 16. 17. 18.
Emancipacion: Qué sea; y qué es menester para que valga. I. 23. 8.
Emplazamiento ó citacion: Sin él es nulo el juicio, su-

mario del II. 183.
Enagenar: Es transferir qualquier derecho que uno tenga en las cosas. II. 322. 3.
Enfiteusis ó censo enfitéutico: Qué sea: efectos que produce: y en qué se diferencia del censo reservativo. I. 308. 2. y sig.
Se puede redimir, y cómo. I. 322. 23.
Error: Quándo vicia el legado y quándo no. I. 189. 18.
Y lo mismo en la compra y venta. I. 247. 7.
Escribanos: Véase de lo perteneciente á ellos el sumario del II. 173.
Espera: Se explica este beneficio en el II. 305. 20. y dónde se ventilan. 307. 22.
Expósitos: Cédula á su favor. II. 186. 11.
Eviccion: Quiénes están tenidos á ella, y quando: sus efectos. I. 261. 28. y sig.
Excusa: Se necesita de justa causa, para excusarse de la tutela ó cura: y qué causas son justas ó legítimas. I. 74. 17. y sig.
Los tutores legítimos no la necesitan, d. n. 17.
Tiempo en que debe proponerse la excusa, y decidirse en su razon. I. 78. 23.
Execucion: Véase el sumario del II. 291.
Extrangeros: Quiénes son: y quáles son los oficios que no pueden tener. I. 18. 20.

F

Falcidia ley: Por ella debe quedar la quarta parte de la herencia al heredero: si tiene lugar en España, y cómo. I. 196. 25. y 26.
Falsedad: Qué sea: sus especies y penas: Véase el sumario del II. 58.
Ferias y dilaciones, sumario del II. 214.
Fianza ó fiadura y fiadores, sumario del I. 363.
Fideicomisos: Qué sean, y su division en universales y singulares ó particulares. I. 198. 27. y 28.

Fieras bestias: Las que se cogen en campo ageno, prohibiendo su dueño que el cazador entre ó cace en él, son del dueño del campo. I. 103. 13.

Forzadores de mugeres: Sus penas. II. 75. 15.

Fuero: El actor debe seguir el fuero del reo, y quál es el competente. II. 156. 40. y sig.

G

Grados de parentesco: Cómo les cuenta el derecho civil, y cómo el canónico. I. 34. 13.

La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos. I. 34. 13.

Grados de Universidades: No se imputan en legítima, ni en mejoras de tercio y quinto. I. 185. 12.

H

Hechiceros: Véase Agoreros.

Herederos: No es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento. I. 139. 3.

Para que esté bien hecha, debe hacerse con palabras que señalen claramente la persona del heredero. I. 151. 4.

Puede hacerse puramente á cierto dia, ó baxo de condicion. I. 154. 7.

El heredero puede admitir ó desechar la herencia, ó con palabras ó con hechos; y circunstancias que deben concurrir. I. 167. 19. y 20.

Quiénes no pueden ser instituidos herederos. I. 148. 1. 2. y 3.

Herencia: Se puede dividir en las partes que quiera el testador: y cómo han de hacerse quando el testador en unos herederos las expresó, y en otros no. I. 125. 5.

Cómo debe portarse el Juez en las divisiones de herencia. II. 225. 7. y 8.

Hijos: Quáles son legítimos. I. 211. 13.

Quáles naturales. I. 222. 4. Legitimados: Véase legitimacion.

No se dice morir sin hijos el que dexa uno solo, ni el que dexó la muger preñada: lo que debe entenderse con tal que el parto nazca despues vivo, y no sea abortivo. II. 326. 30.

Hijos de familias: No pueden casarse sin el consentimiento de su padre, madre &c. y si el disenso fuese irracional, da el Juez el permiso. Y hay en este asunto varias cédulas que notamos despues de la Pragmática del año de 1776. I. 26. desde el n. 3.

Pero nótese la recientísima Pragmática publicada en 30. de Abril del año 1803. I. 29. 9.

Hombre: *Esta palabra* comprehende tambien á las mugeres, aun en lo penal, salvo en aquellas cosas en que las leyes las exceptúan II. 322. 2.

Homicidio: Penas de los homicidas, segun sus circunstancias: casos en que los homicidas no merecen pena alguna: y otros en que merece las del homicidio quien no mata: Véase el sumario del II. 35.

Hurto: Qué sea y las penas pecuniarias que produce. II. 14. 3. En lo demas, véase ladrones.

I

Impedimentos que impiden el valor del matrimonio por razon del parentesco. I. 36. 15.

Imperios mero y mixto: Qué son, y qué respecto dicen á la jurisdiccion II. 141. 17.

Incesto: Quándo se comete y sus penas. II. 67. 4. y 5.

Infamia: Sus especies: quiénes la padecen: y sus efectos II. 92. 10. y sig.

Injuria ó deshonra: Sus especies: sus penas. II. 18. 9. y siguientes.

Inquisiciones: Véase pesquisas.

Intestado: Todo lo perteneciente á la sucesion intestada: Véase en el sumario del I. 219.

Puede uno morir parte testado, y parte intestado. I. 153. 5.

Inventario: Qué sea: todo lo pertenciente á este asunto. I. 165. 17. y 18.
Interdictos: De adquirir, retener y recobrar la posesion: sumario del II. 247.
Interdicto: De denuncia de nueva obra, y otros, sumario del II. 261.

J

Juegos: Su prohibicion, sumario del II. 75.
Juez: Qué edad debe tener. II. 134. 9. y 10.
Debe ser cumpetente, y de dónde se toma que lo sea II. 156. 40.
Penas de los que perturban la jurisdiccion Real. II. 147. 26. y 27.
Juicio: Qué sea: sus divisiones II. 128. 1. 3. y 4.
Juicio civil: Su ritualidad, sumario del II. 283.
Juicio criminal: Su ritualidad, sumario del II. 308.
Jurisdiccion: Qué sea: el Rey funda su intencion acerca de ella en todos los Pueblos. II. 139. 15.
En este Reyno de Valencia son muchísimos los Pueblos en que por concesion la tienen sus Señores particulares, y quan útil seria que en todos fuese del Rey, d. n. 15. y sig.
Divisíon de la jurisdiccion en ordinaria, delegada y prorogada, y se explica lo perteneciente á ellas II. 141. 18. y sig.

L

Labradores: su prohibicion de ser fiadores y sus privilegios. I. 366. 4. y sig.
Ladrones: Sus penas, segun las circunstancias de los hurtos: Véase el sumario del II. 46.
Legados: Sobre este asunto sirve de índice el sumario del I. 175. desde el n. 13. hasta el 25.
Legítima: De los hijos y de los padres, quál sea. I. 176. 1.
Legitimacion: Qué sea, y se explican sus especies. 1. 59. 1. 2. y 3.

Línea de parentesco: Qué sea, y sus especies. I. 33. 12.
Luismo ó laudemio: Se causa á favor del dueño directo, quando se enagena la cosa enfitéutica, y es la quinquagésima parte del valor de dicha cosa. I. 308. 3.
En el Reyno de Valencia es la décima parte del precio en conformidad de sus fueros, que en esto se observan, sin embargo de su abolicion, y quán gravoso es para los pobres enfiteutas. I. 310. 6.

M

Mancebías: Su prohibicion. II. 74. 14.
Máscaras: Su prohibicion. II. 57. 16.
Matrimonio clandestino: Qué sea, y sus penas. I. 36. 16.
Mejoras de tercio y quinto: Véase el sumario del I. 175.
Menores de 25. años: tienen restitucion *in integrum*, quando en los actos y contratos reciben daño: y casos en que cesa la restitucion: Véase el sumario del I. 89.
Los que siendo casados han entrado en los 18. años, consiguen la libre administracion de sus bienes, y de los de su muger: y se exâminan algunas qüestiones relativas á esta facultad de administrar. I. 44. 27. y 28.
Se prohibe con varias penas, que se venda cosa alguna al fiado á menores que tengan tutor ó curador, sin licencia de estos. I. 249. 10.
Mayorazgos: Véase el copioso sumario del I. 201
Minas de oro, plata y qualquier otro metal, y las de sal son del Rey, y qué parte se da al que las halla. I. 107. 19.
Minutario: sus circunstancias y fé que merecen. II. 206. nn. 17. 18. 19. 21. 22.
Mostrencos: A quiénes pertencen. I. 107. 18.
Muger casada: Qué cosas no puede hacer sin licencia de su marido: y quándo la puede dar el Juez. I. 45. 28.
Mútuo: Se explica este contrato. I. 390. nn. 4. y sig.

N

Naturales en contraposicion de extrangeros: Quiénes lo son: y que ellos solo pueden tener beneficios, y otros varios oficios. I. 18. 20.

Nobleza: Qué sea, y diferentes modos de tenerla. I. 13. 12. Privilegios de los Nobles. I. 13. 13.

Novacion: Qué sea: sus requisitos, y efecto. II. 29. 7. y 8.

O

Obligacion: Modo especial de constituirse con solo querer uno obligarse. I. 356. 2.

P

Pactos reprobados. I. 236. 4. De estos es uno el llamado *comisorio*. I. 257. 22.

Se explican los pactos válidos de la ley *comisoria* y *adicion en el dia*. I. 256. 20. y 21.

Y el de retraer, llamado de *retrovendo*. I. 287. 26. 27. y 28.

Palabras y cosas dudosas, cómo deben interpretarse. II. 321. 1.

Papel sellado: La necesidad de su uso: y sus especies. II. 178. 8.

Palomas: Quándo y cómo puede qualquier matar y hacer suyas las amansadas que tienen dueño. I. 106. 17.

Parentesco: Sus especies. I. 32. 11.

Patria potestad, ó poder que tienen los padres sobre sus hijos: Es solamente sobre los hijos legítimos, y modos de constituirse. I. 20. 2.

Modos de acabarse. I. 22. 5. y sig.

Efectos y derechos que produce á favor del padre. I. 21. 4. Y véase la palabra usufruto.

Peculio: Qué sea: se explican sus quatro especies y derechos que en cada uno de ellos se observa. I. 20. 3. y 4.

Personero del Comun: Véase Diputados.
Pesquisas ó inquisiciones: Sus especies, y quáles, y cómo estan prohibidas. I. 126. 17.
Posesion ó tenencia: Modos de adquirirse y perderse. I. 122. 13. y sig.
Su division en civil y natural. II. 256. 14.
Preferencias entre los acreedores: Véase el sumario del I. 381. 12. y sig.
Prescripcion ó usucapion: Véase el sumario del I. 116.
Privilegios: Qué son, y su division en personales y reales. I. 5. 8.
Quándo se deben obedecer, y no cumplir. I. 5. 9.
Se deben interpretar latamente contra el concedente, y estrechamente contra aquel á quien perjudican. II. 325. 23.
Pro, ó utilidad: No es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunalmente, se estorbe por el pro de alguno; cuya regla debe entenderse siempre. I. 99. 4.
Prueba: Véase el sumario del II. 195.
Procurador: Véase el sumario del II. 162. desde el n. 7.

Q

Quasi contratos: Se explica lo que sean, y sus quatro especies sumurio del II. 3.
Quasi delitos: Se explica lo que sean, y sus especies. II. 23. 16. 17.
Quita: Se explica este beneficio, y dónde se ventila. II. 306. 21. y 22.

R

Recurso de injusticia notoria. II. 243. nn. 23. y 24.
Recurso de fuerza. 244. nn. 25. 26. 27.
Recurso de nuevos diezmos. II. 148. 28.
Recursos ordinarios. II. 246. 29.
Recusacion: Quándo es necesaria, y efectos que produce. II. 137. 12. 13. y 14.

Repetir: Quándo se puede repetir lo que se pagó mediante causa torpe. II. 9. 11. y sig.
Reservacion: Qué bienes ha de reservar el cónyuge que sobrevive al otro, y á favor de quién. I. 230. 14. y sig.
Restitucion in integrum de los menores, sumario del I. 89.
Otros que la tienen. I. 92. 9. y sig.
Retencion: En qué se diferencia de la compensacion. II. 34. 13.
Retractos: Véase el copioso sumario del I. 170.
Rifas: Su prohibicion. 85. 7.

S

Segunda suplicacion II. 239. 16. y sig.
Sentencia: Lo perteneciente á este asunto véase en el sumario del II. 220.
Secuestro. II. 192. nn. 14. 15. 16.
Servidumbres: reales y personales, sumario del II. 127.
Sociedad: Véase compañía.
Sodomía: Sus penas. II. 69. 7.
Sorteros: Véase Agoreros.
Substitucion: Qué sea, y sus especies, se explica la vulgar. I. 159. 11.
Se explica la pupilar con sus efectos. I. 159. 12. y 13.
Se explica la exemplar ó quasi pupilar, con las diferencias entre ella y la pupilar. I. 161. 14.
Se explica la compendiosa, y la que se llama brevilocua, recíproca ó mútua, y la fideicomisaria. I. 162. 15.
Suplicacion ordinaria. II. 238. nn. 13. 14. 15.
Stupro: Quándo se comete: sus penas. II. 68. 6.

T

Tenencia: Véase posesion.
Tesoros hallados: Son del Rey, y se da al denunciador la quarta parte. I. 107. 19.
Testamentos: Qué sea, y sus especies; y lo perteneciente

á sus solemnidades y valor; Véase el sumario del I. 137.
Cómo se puede conceder á otros el poder de testar. I. 144. 10. 11. 12. y 13.
Cómo debe hacerse la abertura de los testamentos. I. 146. 14.
Modos de romperse los testamentos sin intervencion del Juez. I. 171. 25. y 26.
Otro modo de romperse por sentencia del Juez á consequencia de la justa acusacion ó querella de que es inoficiosa: Y si es nulo ó se rompe quando en la desheredacion no se expresó causa. I. 173. 27.
Testigos: Lo perteneciente á ellos: Véase en el sumario II. 195. desde el n. 4.
Transeuntes: Véase vecinos.
Transacion: Véase el sumario del 233. n. 5. y sig.
Tutores y curadores: Véase el sumario del I. 65.
Pueden serlo la madre y la abuela, y cómo. I. pág. 18. n. 6. y pág. 81. n. 29.

U

Uso: Qué sea, y á qué se estiende. I. 136. 13.
Usufructo: Qué sea y qué cosas pertenecen al fructuario I. 134. 11.
Modos de constituirse y acabarse I. 135. 12.
El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba ademas por el casamiento con velacion de este; pero no el que tiene el cónyuge supérstite en los bienes que ha de reservar para sus hijos del primer matrimonio, dicho n. 12.
El referido legal que tiene el padre, goza de varias prerogativas sobre los otros usufructos, dicho n. 12. y la pág. 87. n. 40.
Vecinos: Se explican las dos maneras en que puede tomarse esta palabra, y en qué se diferencian de los transeuntes que no tienen derecho de vecindad en el Pueblo. I. 17. 19.

Vénia: La ha de pedir el hijo siempre que ha de litigar contra su padre. II. 132. 6.

Vénia de edad. I. 73. 15.

El título 18. que es el último de esta obra. II. 323. Se puede considerar índice de las reglas del derecho, por la concision con que en él se propone. Es muy digno de tenerse bien presente.

Venta: Véase compra.

Obras que se hallan venales en Madrid en la librería de Martinez, frente á las gradas de San Felipe el Real, con sus precios en pasta.

Ilustracion del Derecho Real de España: ordenada por don Juan Sala, Paborde de la metropolitana iglesia de Valencia, y Catedrático de Prima de leyes de la universidad de la misma ciudad: segunda edicion, corregida y adicionada por su autor y arregladas las citas de leyes á la Nov. Recop.: 2. tomos en 4.º 52.

Instituciones Romano-Hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatæ. opera Joannis Sala (ó bien sea el Vinio castigatus), cuarta edicion. 2. tomos en 4.º 60.

Digestum Romano-Hispanum ad usum tironum Hispanorum ordinatum: opera Joannis Sala: edicion segunda, 2. tomos en 4.º 52.

El mérito de estas tres obras es bien conocido por la grande aceptacion que han tenido del público, y lo prueban bien el haber sido adoptadas para la pública enseñanza en las universidades del Reyno en el último plan de estudios.

Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico práctico de los delitos y delincuentes en género y especie, para la segura y conforme expedicion de las causas de esta naturaleza. Obra útil y precisa á los jueces, fiiscales, abogados, asesores escribanos y demas que versan sus facultades en el foro; su autor D. Senen Vilanova y Mañes.

Esta obra ha merecido la aceptacion pública por ser la única en su clase y mas completa que se conoce. Dedicada á S. A. R. el Serenísimo Sr. Infante D. Francisco de Paula, 4. tomos en 4.º 100.

El Febrero adicionado, ó *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces*, aumentado últimamente, reformado y arreglado en su testo y notas á las leyes y decretos vigentes; suprimidos los apéndices de Reales órdenes literales que se hallaban al fin de varios capítulos, por haber colocado en los lugares oportunos lo dispositivo de ellas, y añadidas las posteriores hasta el año 1824. por el Lic. D. Mgul-Aznar, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Las repetidas ediciones que se han hecho acreditan el justo concepto que merece, y el uso general que de ella se hace en el foro español.

Al fin de los capítulos van los formularios de escrituras y pedimentos sobre las materias que trata, habiéndose aumentado en esta edicion varios pedimentos, y añadido el capítulo once relativos á la materia de particiones, y los autos correspondientes, utilísima á los jueces, abogados, escribanos, procuradores, agentes de negocios y á toda clase de personas: octava impresion en 6. tomos en 4.º los mismos 7. de que constaban las ediciones anteriores en beneficio del público, 150.

Para que no le falte al *Febrero adicionado* el requisito de un tratado sobre el Juicio criminal, acaso se tardará poco en que este vea la luz pública.

Historia del Derecho Real de España: su autor Don Antonio Fernandez Prieto y Sotelo: comprende la noticia de algunas de las primitivas leyes, y antiquísimas costumbres de los españoles; lo del fuero antiguo de los godos, y las que se establecieron despues que comenzó la restauracion de esta monarquía, hasta los tiempos del Rey Don Alonso el Sabio, en que se instituyeron el fuero Real y las siete Partidas. 20.

Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos Nacional y Romano en España, é interpretar aquel por este y por el propio origen: su autor D. Tomas Ma-

nuel Fernandez de Mesa 20.

Cartas eruditas y criticas del P. Andres Marcos Berriel, de la Compañia de Jesus, á Don Juan José Ortiz de Amaya. Un tomo en 4.° 16.

La República de Platon, ó coloquios sobre la Justicia, traducidos en castellano é ilustrados con varias notas por D. J. T. y G. Estraño parecerá que del filosófo Platon no se haya hasta ahora, que se sepa, traducido nada en castellano, cuando sus obras se tuvieron siempre por lo mas selecto, instructivo y docto que escribieron los filosofos de la Grecia sábia. Sus grandes pensamientos y sublime genio le grangearon el sobrenombre de divino, y no se detuvo Ciceron en compararle á Homero y Demóstenes, respetándole como á su maestro: 2. tomos en 8.° marquilla. 36.

Coleccion de pragmáticas, cédulas, circulares y otras providencias expedidas por el Consejo Real desde el año de 1760 hasta el de 1804 inclusive, 4. tomos en 4.° tercera edicion. 100.

Aventuras de Gil Blas de Santillana: obra traducida del frances por el célebre P. Isla, edicion en cinco tomos en 8.°, aumentada con la continuacion de la historia del héroe hasta su muerte, y adornada con 16. estampas finas, impreso en papel fino de Capellades, preferible á cuantas se han hecho hasta el presente. 72.

Aviso al pueblo acerca de su salud, ó Tratado de las enfermedades mas frecuentes de las gentes del campo, por Mr. Tissot, doctor y catedrático de medicina de la sociedad Real de Londres, &c. &c. Séptima edicion, corregida y aumentada con un Catecismo ó Instruccion sobre las asfixias ó muertes aparentes. Compuestó por Mr. Gardanne, publicado de órden del gobierno de Francia, y traducido al castellano. un tomo en 4.° con tres laminas, 30.

Aforismos de Cirugía de Hernan Boerhaabe, catedrático en la universidad de Leiden, comentados por Gerardo Vans-Wieten, y traducidos al castellano con las notas de Mr. Luis, y varias memorias de la Real Academia de cirugía de Paris: 8 tomos en 4.° 170.

Observaciones acerca de las enfermedades del egército en los campos y las guarniciones, con las Memorias sobre las substancias sépticas y antisépticas, leidas á la Sociedad Real, por Mr. Pringle, caballero Baronet de la Gran-Bretaña, y médico ordinario de la Reyna. Traducidas del frances, segun la séptima edicion de su autor: 2 tomos. 40.

Prontuario de la Teología moral, compuesto primeramente por el P. Fr. Francisco Lárraga, del órden de Predicadores, ilustrado y reformado cuarta vez por Don Francisco Santos y Grosin, presbítero y profesor de Teología: un tomo en 4.° 24.

Instrucion sobre las rúbricas generales del Misal, ceremonias de la Misa rezada y cantada, oficios de Semana Santa y de otros dias especiales del año, con un índice copiosísimo de decretos de la Sagrada Congregacion de Ritos, corregido y añadido por su autor Don Fermin de Irayzos: un tomo en 4.° 16.

Curso de hipiatrica, ó tratado completo de la medicina de los caballos, por Mr. Lafosse, célebre hipiatra, traducido del frances al castellano.

El nombre solo del autor hace el elogio de esta obra, la cual ha merecido un aprecio tan general de todos los sábios de la Europa, que la han traducido á la mayor parte de idiomas; solo nuestra España carecia de ella, á pesar de la bondad de sus caballos. Por tanto, no puede dexar de convenir y ser muy útil su lectura á los oficiales de la caballería y dragones; á los piariegos y criadores de caballos y mulas, á los picadores y aficionados á los ejercicios ecuestres, y con especialidad á todo maestro de herrador y albeytar ó veterinario. En ella

se encontrará un tratado completo de hipotomia, ó de la anatomía del caballo, reglas de higiene para criarlo, educarlo y conservarlo en la salud mas perfecta, tanto en el trabajo como en el descanso: un método simple, sencillo, y poco costoso para curar las enfetmedades que padece con mas frecuencia, y un tratado de herrarlo para conservarle los cascos en toda su perfeccion: 2 tomos en 4.º con 5 láminas. 50.

El Kempis ó la imitacion de Jesucirsto: un tomo en 12.º traducido al castellano. 7.

Joannis Devoti, Dei et Apostolicæ sedis gratia Episcopi Ananiensis Institutionum Canoninacarum libri IV. Editio tertia Matritensis, á plurimis quibus anteriores scatebant mendis expurgata.

Esta obra, para cuya recomendacion basta el haber sido adoptada en el último plan de estudios formado para las universidades del reino, es apreciable por su método, claridad, concision, latinidad y erudicion. Trata de quanto puede y debe entrar en una obra elemental, destinada á la instruciou de la Juventud, y la enseña á recurrir á las verdaderas fuentes de la ciencia canónica, que cita menudísimamente. 4. tomos en 4.º

Sermones del Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Masillon, obispo de Clermont, traducidos al español por D. Pedro Diaz Guereño. Comprende los sermones de adviento, misterios, cuaresma, panegíricos, fúnebres y profesiones religiosas, con el paráfrasis moral de alguuos salmos, y el compendio de toda la obra: consta de 11. tomos en 4.º 176.

Año panegírico, ó coleccion escogida de sermones panegíricos para los principales misterios de Jesucristo nuestro Redentor, y festividades de su santa Madre y santos que celebra la santa Iglesia, repartidos por los meses del año, sacados de los mas clásicos autores por el P. D. Pedro Diaz Guereño, presbitero de la congregacion de reglares de S. Cayetano 6. tomos en 4.º 96.

El Kempis ó la imitacion de Jesu-Cristo, traduccion nueva del latin al castellano por D. José de Camino, eclesiático residente en esta Corte, preferible á quantas han salido en nuestro idioma. Este libro inimitable, que contiene sin duda la parte mas preciosa de la filosofia cristiana, lleva en sí mismo su mayor elogio. Dificil será nombrar otro de autor no sagrado, que mas sencilla y fuertemente proponga las importantísimas verdades del desprecio que merece el mundo, de la abnegacion de la propia voluntad y de la obligacion indispensable de imitar á Jesucristo: tercera edicion, un tomo en 8.º 10.

Via-Crucis esplanado é ilustrado con los Breves y declaraciones de los Sumos Pontífices Clemente XII. y Benedicto XIV. y de la sagrada congregacion de Indulgencias, y con la resolucion de todas las dudas suscitadas para impedir tan santa y devota devocion. Ponese al fin un modo fàcil de oir con mucho aprovechamiento de las almas el santo sacrificio de la Misa. Tercera edicion. Compuesto en idioma italiano por el R. P. Fr. Leonardo de Porto Mauricio, Menor reformado, y misionero apostólico. Traducido á nuestro castellano, y añadidas algunas cosas en las oraciones de la visisa de las Estaciones, por el P. Fr. Julian de S. José, ó Gascueña, lector de teología y procurador de la provincia de la Purísima Concepcion de Franciscos descalzos en Castilla la Nueva. 8.

Visitas al Santísimo Sacramento y á María Santísima para todos los dias del mes; actos de preparacion y deaccion de gracias para la sagrada Comunion. Obra compuesta en italiano por el Ilmo. Sr. D. Alonso de Liguori, vertida al español por un Sacerdote del oratorio de S. Felipe Neri de Barcelona. Sesta impresion, un

tomo en 12.º 6.

Cartas Físico-químicas escritas en italiano por el Sr Compagnoni, y traducidas al castellano.

Todos los dias vemos hacerse mas general el esudio de la Química, y aun en medio de las mayores turbulencias brillar sus rápidos é interesantes progresos, por lo que me resolví á traducir estas cartas, y dar á luz pública su version en favor de aquellos que carecen de principios, ó no frecuentaron aun las clases de física ó laboratorios de química: 2 tomos en 8.º 24.

Institutiones Thæologicæ sub auspiciis Pii Sexti Pontificis optimi maximi editi á Fr. Agustino Arbustio, minorita conventuali in collegio romano dogmatice professore. Editio secunda de locis theologicis. 24.

Acciones cristianas, ó Discursos morales para la octava del Santísimo Sacramento, escritos en frances por el P. Fr. Simon de la Vírgen, religioso carmelita en la provincia de Turena: traducidos al castellano por el P. Fr. Agustin García de Quesada, Benedictino, y predicador de S. M. un tomo en 4.º 16.

Tratado del uso de la Quina, por Don Tomas de Salazar, médico en la ciudad del Puerto de Santa María: un tomo en 4.º 20.

Ensayo histórico apologético de la literatura Española, del abate Lampillas: 7. tomos en 4.º 100.

La noche entretenida, compuesta de tres novelas por D. J. M. H. un tomo en 8.º 8.

Los Salmos de David y Cánticos sagrados, por el P. Lallemant, y en castellano por el P. Serrano, sesta edicion, con una lámina. 12.

Educacion física y moral de las mugeres, por Doña Josefa Amar y Borbon. un tomo en 8.º mayor 12.

El sabio en la soledad: filosofía de los adorables augustos atributos de la Divinidad. Un tomo en 8.º 12.

La Carolina de Lithfield, 3. tomos en 12.º 24.

Voz de la Naturaleza: coleccion de anécdotas históricas y novelas, nueva edicion, en 8. tomos en 12.º 44.

Ordinario de la santa Misa: prácticas de devocion y el compendio de la Fé: nueva edicion considerablemente mejorada y añadida, con una lámina fina. 9.

Pablo y Virginia: nueva edicion, adornada con una lámina fina. 12.

Discursos predicables, ó las Homilías del Ilmo. Sr. D. Fr. Gerónimo Bautista de Lanuza, dispuestas por órden de materias, para el uso de los señores párrocos y oradores, segunda edicion 6. tomos en 4.º 130.

Cirugía expurgada de Juan de Gorter, traducida del latin al castellano, y añadidas con notas y dos láminas, la una iluminada, que diseñan las enfermedades de túnicas y humores de los ojos: segunda edicion. 34.

Real Declaracion sobre puntos esenciales de la Ordenanza de Milicias provinciales de España: un tomo en 8.º 8.

La Curia Filípica, un tomo, 48.

Capmany, Filosofía de la elocuencia, 2 tomos, 28.

El nuevo Robinson. 2 tomos, 26.

Los Santos Evangelios en castellano, por el P. Petite. 14.

Coloquios con Jesucristo en el Santísimo Sacramento del Altar, 8.º 14.

Villamil, Compendio de las leyes de Toro, un tomo 18.

Concordia de los cuatro Evangelios en castellano, 8.º 10.

Espectaculo de la naturaleza, ó conversaciones acerca de las particularidades de la historia natural, por el Abad M. Pluche: cuarta edicion, 16 tomos, 280 rs.

Elementos de Fisiologia, por Ventosa, 10.