R_4755

GOMEZ, Antonio

Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro... / escrito por... Pedro Nolasco de Llano

... Tercera impresión nuevamente corregida. — * Madrid: En la Imprenta Real. Se hallará en la librería de Manuel Hurtado..., 1795

COMPENDIO

DE LOS COMENTARIOS

EXTENDIDOS

POR EL MAESTRO ANTONIO GOMEZ

Á LAS OCHENTA Y TRES LEYES

DE TORO,

En que con presencia de las notas de su Adicionador queda comprehendido todo lo substancial de ellos, y se ilustran infinitas doctrinas del Autor (en los lugares en que omitió hacerlo el dicho Adicionador) con varias citas, que ó confirman las proposiciones á que corresponden, ó remiten al Lector para que sobre ellas tome mas individual instruccion.

Lleva tambien varias advertencias que explican, extienden, alteran ó corrigen las especies á que van llamadas.

ESCRITO

POR EL LICENCIADO DON PEDRO NOLASCO DE LLANO, Abogado de la Real Chancillería de la Ciudad de Granada, y de su Ilustre Colégio, Corregidor y Capitan á Guerra que ha sido de la de Medina-Sidonia.

TERCERA IMPRESION NUEVAMENTE CORREGIDA.

CON LICENCIA.

MADRID EN LA IMPRENTA REAL.

AÑO DE 1795.

Se hallará en la Librería de Manuel Hurtado, calle de las Carretas.

PRÓLOGO.

Este pequeño trabajo que te presento (juicioso Lector) es efecto de un vivo deseo que me dictaron los afanes con que pude adquirir algun conocimiento de los célebres Comentarios extendidos por nuestro Maestro Antonio Gomez á las ochenta y tres Leyes de Toro; pues advirtiendo mi cortedad lo lato de tan importante obra, acaso por esta razon odiosa para algunos principiantes, que queriendo tomar á costa de poco tiempo y trabajo individual noticia de sus doctrinas, no consiguen este fin, tomé el rumbo de reducirlas en nuestro idioma á un corto volumen con la claridad á que alcanzase mi pluma, sin omision de punto alguno principal y de substancia que pueda encontrarse en el original. Creo que con gusto recibirás este resumen, advirtiendo lo decisivo de sus puntos con aquel fundamento sólido é inmediato que los apoya; pues lo escolástico de las qüestiones que nuestro Maestro extendió para disputarlas, queda suprimido en el Compendio, á fin de evitar tiempo en cosa, que aunque buena para instruccion, nada precisa para los Prácticos. Las demas utilidades de este extracto tú las conocerás, porque de este modo

do no seré notado de prometer mucho, y executar poco. Conozco los muchos defectos que hallarás; pero á estos no los darás mucha graduacion, reflexando mi buen fin, y que para conseguirlo he hecho quanto mi cortedad ha podido. *Vale.*

AD-

ADVERTENCIAS.

Á los números que encierran los paréntesis corresponden en el original las doctrinas que hasta ellos se encuentran desde los antecedentes, y van acompañados con la ley Real, que en apoyo del todo ó parte de aquellas se traen por el Antonio Gomez; bien que las del Ordenamiento ó del Fuero Real, que como tales se hallan citadas por el mismo, y se incluyeron despues en la nueva Recopilacion, quedan reducidas en el Compendio al órden con que se colocaron en este cuerpo de Leyes Reales.

En el número de los paréntesis y doctrina que á él corresponda, no solo se incluyen las del Comentario, sino tambien las Notas del Adicionador, de forma que muchas veces la proposicion que se halla por cima de dicho número es del Adicionador, por parecer mas conforme, y no del Antonio Gomez.

Aunque este Compendio lleva el mismo método que el original, suele en alguna otra parte alterarse, anteponiéndose las proposiciones de número posterior á las de anterior, esto por haber parecido mas bien coordinado, como se manifiesta en el primer Comentario, en que se toma principio por el número 2., mediante á que tratándose de la ley, es muy conforme explicar primero su esencia que no los demas particulares que sobre ella se tocan.

Algunas proposiciones se hallan muy repetidas en diferentes lugares del original; y asi como en este Compendio se evita toda extension insubstancial, no se extrañará la omision que se descubra de algun

gun otro particular, pues sin duda se encontrará sentado en otra parte, y en ella citado tambien el número donde esté omitido.

LEY PRIMERA DE TORO.

Primeramente por quanto el Señor Rey Don Alfonso en la Villa de Alcalá de Henares, Era de mil y trescientos y ochenta y seis años, hizo una ley cerca de la orden que se debia tener en la determinacion, y decision de los pleytos, y causas: el tenor de la qual es este que se sigue:

Nuestra intencion, y voluntad es que los nuestros naturales, y moradores de los nuestros Reynos sean mantenidos en paz y justicia; y como para esto sea menester dar leyes ciertas por donde se librasen los pleytos, y las contiendas que acaescen entre ellos, é maguer que en la nuestra Corte usan del fuero de las leyes, y algunas Villas del nuestro Señorío lo han por fuero, y otras Ciudades y Villas han otros fueros de partidos: por los quales se pueden librar algunos de los pleytos. Pero porque muchas son las contiendas, y los pleytos que entre los homes acaescen, y se mueven de cada dia, que no se pueden librar por los fueros: por ende queriendo poner remedio convenible á esto, establescemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron: salvo en aquello que Nos hallaremos que se deben emendar, y mejorar, y en lo al que son contra Dios, y contra razon, y contra las leyes que en este nuestro li-

libro se contienen. Por las quales leyes de este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos civiles, y criminales; y los pleytos, y las contiendas que no se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro, y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las siete Partidas, que el Rey D. Alfonso nuestro visabuelo mandó ordenar, como que hasta aquí no se halla que fuesen publicadas por mandados del Rey, ni fueron avidas ni recibidas por leyes. Pero Nos mandamos las requerir, y concertar, y emendar algunas cosas que cumplia, y asi concertadas y emendadas, porque fueron sacadas, y tomadas de los dichos de los Sanctos, y de los dichos, y derechos, é dichos de muchos sabios antiguos, y de fueros, y constumbres antiguas de España, damoslas por las nuestras leyes. Y porque sean ciertas, y no haya razon de tirar y emendar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos hacer de ellas dos libros, uno sellado con nuestro sello de oro, y otro sellado con nuestro sello de plomo: para tener en nuestra camera para en lo que oviere duda que lo concertedes con ellas, y tenemos por bien que sean guardadas, y valederas de aqui adelante en los pleytos, y en los juicios, y en todas las otras cosas que en ellas se contienen, en aquello que no fueren contrarias á las leyes de este nuestro libro, y á los fueros sobredichos: y porque los hijosdalgo de nuestros Reynos han en algunas comarcas fuero de albedrio, y otros fueros porque se juzgan ellos, y sus vasallos: tenemos por bien que les sean guardados sus fueros á ellos, y á sus vasallos, segun que lo han de fuero, y les fueron guardados fasta aqui

Otrosi en echo de los rieptos sea guardado aquel uso y aquella costumbre que fue usada, y guardada en el tiempo de los otros Reyes, y en el nuestro.

Otrosi tenemos por bien que sea guardado el ordenamiento que Nos agora hecimos en estas Cortes para los hijosdálgo: el qual mandamos poner en fin deste nuestro libro: y porque al Rey pertenesce, y ha poder de hacer fueros, y leyes, y de las interpretar, y declarar, y emendar donde viere que cumple: tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las Partidas sobredichas, ó en este nuestro libro, ó en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaracion, y interpretacion, ó emendar, añadir, ó tirar, ó mudar por Nos, que lo hagamos. E si alguna contrariedad paresciere en las leyes sobredichas entre sí mesmas, ó en los fueros, ó en qualquier dellos, ó alguna duda fuere hallada en ello, ó algun hecho, porque por ellas no se pueda librar, que Nos seamos requeridos sobre eso, porque hagamos interpretacion, y declaracion, ó emienda do intendiéremos que cumple, ó hagamos ley nueva, la que intendiéremos que cumple sobre ello, porque la justicia, y el derecho sea guardado: empero bien queremos, y sufrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos hicieron, que se lean en los estudios generales de nuestros Señoríos, porque hay en ellos mucha sabiduria: y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, y sean por ende mas honrados. Y agora somos informados que la dicha ley no se guarda, ni executa enteramente como debia: y porque nuestra intencion, y voluntad

es que la dicha ley se guarde, y cumpla como en ella se contiene: ordenamos, y mandamos que todas las nuestras Justicias destos nuestros Reynos, y Señoríos, ansi de Realengos, y Abadengos, como de Ordenes, y Behedrias, y otros Señoríos qualesquier, de qualquier calidad que sean, que en la dicha ordenacion, decision, y determinacion de los pleytos, y causas, guarden, y cumplan la dicha ley en todo, y por todo, segun que en ella se contiene: y en guardándola y cumpliéndola en la dicha ordenacion, y decision, y determinacion de los pleytos, y causas, asi civiles, como criminales, se guarde la orden siguiente. Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos, y pragmáticas por Nos hechas, y por los Reyes donde Nos venimos, y los Reyes que de Nos vinieren, en la dicha ordenacion, y decision, y determinacion, se sigan, y guarden como en ellas se contiene: no embargante que contra las dichas leyes de ordenamiento, y pragmáticas se diga, y alegue que no son usadas, ni guardadas. Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros ansi del fuero de las leyes, como las de los fueros municipales que cada Ciudad, Villa, ó Lugar tuviere en lo que son, ó fueren usadas, y guardadas en los dichos lugares, y no fueren contrarias á las dichas leyes de ordenamientos, y pragmáticas, asi en lo que por ellas está determinado, como en lo que determináremos adelante, por algunas leyes, y ordenamientos, y pragmáticas, y los Reyes que de Nos vinieren: ca por ellas es nuestra intencion, y voluntad que se determinen los dichos pleytos, y causas, no embargante los dichos fueros, y uso, y guarda dellos. Y lo que por las dichas le-

leyes de ordenamientos, y pragmáticas, y fueros no se pudiere determinar: mandamos que en tal caso se recurra á las leyes de las siete Partidas hechas por el Señor Rey Don Alfonso nuestro progenitor: por las quales en defecto de los dichos ordenamientos, pragmáticas y fuero, mandamos que se determinen los pleytos, y causas asi civiles como criminales de qualquier calidad, ó cantidad que sean, guardando lo que por ellos fuere determinado, como en ellas se contiene; aunque no sean usadas, ni guardadas, y no por otras algunas. Y mandamos que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretacion, y declaracion de las dichas leyes de ordenamiento, y pragmáticas, y fueros, ó de las Partidas, que en tal caso recurran á Nos, y á los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretacion, et declaracion dellas: porque por Nos vistas las dichas dudas declararemos é interpretaremos las dichas leyes como se conviene á servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros súbditos, y naturales, y la buena administracion de nuestra justicia. Y por quanto Nos hemos fecho en la Villa de Madrid en el año que pasó de noventa y nueve ciertas leyes, y ordenanzas, las quales mandamos que se guardasen en la ordenacion; y algunas en la decision de los pleytos, y causas en el nuestro Consejo, y en las nuestras Audiencias: y entre ellas hecimos una ley, y ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bartolo, y Baldo, y Juan Andres, y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda á falta de ley: y porque agora somos informados que lo que hecimos por estorbar la prolixidad, y muchedumbre de las opiniones de los Doctores ha traido mayor daño, y inconveniente: por ende por la pre-

presente revocamos, casamos y anullamos en quanto á esto todo lo contenido en la dicha ley, y ordenanza por Nos hecha en la dicha Villa de Madrid: y mandamos que de aqui adelante no se use della, ni se guarde, ni cumpla, porque nuestra intencion y voluntad es, que cerca de la dicha ordenacion, y determinacion de los pleytos y causas solamente se haga, y guarde lo contenido en la dicha ley del Señor Rey Don Alfonso, y en esta nuestra.

1 Ley es una justa Sancion preceptiva de lo bueno, y prohibitiva de lo malo (n. 2. A). Sus requisitos son: que sea justa, no imposible en lo natural, util al público, comun á los súbditos, y reducida á público instrumento (n. 5. B) (I).

2 La ley solo puede constituirse, ó dudosa interpretarse por el Soberano (n. 6. y 7. C) (II); debiendo observarse aun en el fuero interno, por contemplarse divina su autoridad: cuya obligacion cesa quando ocasione á pecar, ó se funde en presuncion; porque constando otra cosa, no liga en conciencia (n. 3. D). Lo mismo siendo penal, por no verificarse en

(A) *L. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.*
(B) *Dict. l. 1. tit. 1. lib. 2.*
(C) *L. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.*
(D) D. Covarrub. *de Testament. cap. 10. n. 9. et 16.*

(I) Tambien para que obligue debe promulgarse por Pragmática, Cédula, Orden, Edicto, Bando, ó Pregon, segun se declaró en Real Cédula, y Auto-acordado de primero de Abril de 1767.

(II) El Real y Supremo Consejo tiene facultad para tomar ciertas resoluciones generales en varios casos para la mas recta administracion de justicia; y de cuya observancia nadie puede exîmirse, aunque aquellas no se hayàn consultado á S. M. *Lib. 29. tit. 4. lib. 2. Recop.*

en el fuero interno la razon de su establecimiento, reducida á que sirva de terror y exemplo al público el castigo que con el delinqüente se executa (n. 4. E).

3 No impide la subsistencia de la ley referente no aparecer la relata; ni la de una sentencia difinitiva respectiva á algun hecho, la incertidumbre de este, como si se condenase á Juan á que contribuya á Pedro anualmente con cierta cantidad, *segun los antecesores del primero lo habian executado*: de modo que aunque esta expresion no sea cierta, deberá Juan contribuir (n. 11.). Sin que obste no hacer fe el instrumento relativo á otro, si este no se manifiesta, aun afirmando el Escribano ó Notario haberlo visto y leido: por quanto en el primer caso media la autoridad de un Príncipe y el respeto judicial; y en el segundo la asercion de un particular (eod. n 11. F).

4 El Príncipe no puede privar á los súbditos del derecho adquirido, sino es interviniendo justo motivo, que por lo regular se presume: pues siendo el dominio de derecho Natural, no le puede quitar el Positivo. Causas legítimas son el delito por el que se confiscan los bienes á su perpetrador. La negligencia en tolerar que los bienes estén en poder de otro; en cuyo caso la ley induce prescripcion de ellos. Quando el esclavo descubre al homicida de su Señor para su condigno castigo, ó á este le liberta de algun inminente peligro de su vida; ó denuncia al traidor del Príncipe (en que se comprehenden los fabricantes de moneda falsa) ó á el raptor de alguna doncella; en cuyos casos consigue el tal esclavo su libertad, privan-

(E) *Vid.* Gutierr. *Practic. q.* 180. *lib.* 2.

(F) Castill. *de Tertiis cap.* 5. *n.* 3. Fontanell. *de Pract. nup. tom.* 2. *claus.* 14. *et fin. ex n.* 19.

vándose su Señor del dominio que en él tenia. El daño que hace qualquier animal á quien por lo mismo su dueño tiene que darlo *pro noxa*. El crimen bestial que motiva la muerte del animal partícipe (eod. n. 11. vers. *Item finaliter*). La utilidad pública, mediante la qual se le puede precisar á alguno á vender su cosa, debiendo entonces el Fisco alargar su importe: como tambien en el caso de concederse á qualquier persona la restitucion de sus bienes, aunque otro los tuviese adquiridos: bien que si el Fisco hubiese sido el adquirente, no se extiende aquella á los frutos por este prescribidos. Con advertencia, que el Príncipe puede justamente perjudicar á tercero en quanto al tiempo, por via de privilegio que á otro le conceda, como lo executa en franquear moratorias á fin de que el deudor reporte el beneficio de espera en la satisfaccion del crédito (eod. n. 11. vers. *Per rescriptum vero*. G).

5 Resta ahora manifestar el orden que deben observar los Jueces para la determinacion de qualquier negocio, entre los volúmenes del Derecho. Primeramente debe tener presentes las 83 leyes de Toro (III). En segundo lugar por las del Ordenamiento, Pragmáticas del Reyno (IV) y siete Par-

ti-

(G) Dom. Salg. 2. *p. c.* 4. *à n.* 107. *et Laberint.* 2. *p. c.* 30. *à n.* 2.

(III) Estas leyes, que se publicaron en la Ciudad de su nombre á 7 de Marzo de 1505, no constituyen hoy cuerpo separado, por haberse incluido despues en la Coleccion de que hoy usamos con nombre de *Recopilacion*, hecha en el año de 1567 por el Sr. D. Felipe II.

(IV) Dos son los Ordenamientos: el primero llamado de *Alcalá*, dispuesto por el Señor D. Alonso el IX, y el segundo establecido en tiempo de los Señores Reyes Católicos, con nombre de *Nuevo Ordenamiento Real*. Pero es de advertir, que asi la autoridad de sus le-

tidas (V), aunque se diga no hallarse en uso (H). Despues por las leyes del Fuero asi general, como municipal, en lo que se acredite su uso y observancia (VI). En defecto de no haber ley del Reyno decisiva del caso controverso, será atendible el derecho Romano (n. 1. 1) (VII). No encontrándose ley del Reyno canónica ó civil de los Romanos, se ha de estar á la costumbre legítimamente inducida por el tiem-

(H) *Aut. 2. tit. 1. lib. 2. Recop.*
(I) *Aut. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.*

---

leyes, como la de los libros de Pragmáticas, quedó derogada por la del Señor D. Felipe II de 14 de Marzo de 1567, colocada al principio de la Recopilacion, y mandada observar por la ley 9. tit. 1. lib. 2. de ella; en cuyas Reales disposiciones se previene, que solamente se juzgue por las leyes de dicha nueva Recopilacion. De forma que las que en esta se hallen inclusas tienen rigorosa observancia, no por otro motivo, que el de estar recopiladas. Dom. Larr. *Alleg.* 37. *n.* 34. Dom. Olea *de Cess. jur. tit. 2. q. 4. add. post. n. 51. n. 4.*

(V) A estas leyes quedó reservada su autoridad (aunque subsidiaria) en la citada Pragmática.

(VI) Parece haberse equivocado el Maestro Antonio Gomez en posponer las leyes del Fuero á las de Partidas, á presencia de lo expresivo de esta ley 1. de Toro, que á estas solo da autoridad subsidaria; cuya reflexion la hizo igualmente D. Juan Francisco Castro *en el Discurso sobre las leyes y sus intérpretes*, tom. 1. lib. 2. disc. 3. fol. 141. §. *Por mas que este orden.* Estas leyes del Fuero general son ciertas costumbres por las que gobernaban antiguamente los Pueblos de España; y á fin de que tuviesen mayor certeza y autoridad, el Señor D. Alonso el Sabio mandó, que reduciéndose á escrito se formase de ellas la coleccion que corre con nombre de *Fuero Real.*

(VII) El derecho Canónico, de que no hace memoria nuestro Maestro, merece lugar preferente al Romano: pues aquel y el Real se ayudan recíprocamente en los casos que alguno de ellos no menciona; segun la opinion de clásicos AA. Dom. Olea *de Cession. jur. tit. 4. q. 5. n. 32.* Igualmente es de notar, que el derecho Civil de los Romanos solo se recibe en España como razon natural, y no como leyes. *Aut. 1. tit. 1. lib. 2. Recopil.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 12. n. 11.*

tiempo de 10 años, y pluralidad de actos que á este fin se hayan practicado (n. 8. l. 1. y tod. el tit. part. 1.). En defecto de todo lo expuesto debe gobernar la razon natural, como cimiento de todo derecho, y de la qual este no puede desviarse. Si no bastase lo antecedente, será regular determinacion la que se arregle á la comun de los AA.: bien que siendo mas equitativa la particular de algunos, merece mayor recomendacion (n. 9. J). No siendo suficientes las leyes, costumbres, reglas naturales y opiniones apuntadas, debe determinarse el asunto por lo que en caso idéntico esté dispuesto por derecho (n. 10. K). Finalmente, si el Juez no sepa que hacer, ocurra al Soberano, de quien asi como es propio establecer leyes, lo es tambien el declararlas (eod. n. 10. L).

LEY II.

Porque nuestra intencion, y voluntad es que los Letrados en estos nuestros Reynos sean principalmente instructos, é informados de las dichas leyes de nuestros Reynos, pues por ellas, y no por otras han de juzgar: y á Nos es hecha relacion que algunos Letrados nos sirven, y otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia sin haber pasado, ni estudiado las dichas leyes, y ordenamientos, y pragmáticas, y partidas: de lo qual resulta que en la decision de los pleytos, y causas algunas veces no se guardan, ni platican las dichas leyes como se debe guardar, y platicar, lo qual es contra nuestro servicio. Y porque nues-

(J) *Vid.* Bobadill. *in sua Polit. lib. 2. cap. 7.*
(K) Dom. Salg. *de Retent. p. 2. cap. 31. n. 24.*
(L) *Aut. 1. tit. 1, lib. 2. Recop.*

nuestra intencion y voluntad es de mandar recoger, y emendar los dichos ordenamientos para que se hayan de imprimir, y cada uno se pueda aprovechar dellos: por ende por la presente ordenamos, y mandamos que dentro de un año primero siguiente, y dende adelante contado desde la data dellas nuestras leyes, todos los Letrados que hoy son, ó fuesen, asi del nuestro Consejo, ó Oydores de las nuestras Audiencias, y Alcaldes de la nuestra Casa y Corte, y Chancillerias do tienen, ó tuvieren otro qualquier cargo, y administracion de justicia ansi en lo Realengo, como en lo Abadengo, como en las Ordenes y Behedrias, como en otro qualquier Señorío de estos nuestros Reynos, no pueda usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos sin que primeramente ayan pasado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos y pragmaticas, partidas, y fuero real.

1 Las circunstancias que han de concurrir en el Juez se reducen á: haber estudiado las leyes del Reyno: ser sugeto de ciencia y experiencia, debiendo haber adquirido aquella en el preciso tiempo de diez años: y hallarse con la edad de veinte y seis (n. 1. M), de forma, que si en otros términos aceptare este ministerio, incurre en perpetua privacion de él. Debe igualmente ser de buena vida y costumbres; temeroso de Dios, y á sus preceptos obediente (eod. n. 1.): su oficio consiste en oir con benignidad á las partes, y Abogados de estas; exâminar con madurez los procesos; guardar secreto, y no manifestar cosa contraria á lo que siente (n. 4.): de que procede ser nula la confe-

(M) 2. *tit.* 9. *lib.* 3. *Recop.*

fesion executada por el reo impelido del perdon que se le ofreció (eod. n. 4. N).

2 Para obtener el empleo de Abogado se necesitan cinco años de estudio (n. 5. VIII): con advertencia, que el Procurador sin subscripcion y consejo de aquel no puede formar pedimentos, excepto en casos de nudo hecho, como pedir testimonio probatorio &c. (n. 6. O).

3 Para admitirse al grado de Bachiller ha de transcurrir el tiempo de estudio y asistencia á la Universidad donde se solicite obtener, que prevengan sus Constituciones; y asi en la de Salamanca se requieren cinco años de curso (n. 7. IX). Por cuyo intervalo verificándose ausencia de algun Escolar de ella, pierde los privilegios de tal, por presumirse olvidado en la continuacion de su estudio (n. 8.). Y el mismo tiempo de cinco años, ó la mayor parte despues del grado de Bachiller, con la circunstancia de continua asistencia á la Universidad, basta para el de Licencia, segun general Disposicion Pontificia (n. 9. X). Con

(N) Dom. Covarrub. *lib.* 1. *var. cap.* 2. *n.* 16. *et tibi Far.*
(O) *L.* 8. *tit.* 24. *y l.* 25. *tit.* 16. *lib.* 2. *Recop.*

(VIII) Para presentarse hoy á exámen de Letrado es indispensable se presente el grado de Bachiller con fecha de 4 años; certificacion de haber practicado otros 4 en estudio de algun Abogado, y partida de bautismo que acredite su legitimidad, y 25 años de edad (á lo menos en esta Real Chancillería de Granada): sin embargo de las leyes de Partida que contemplaron suficiente la de 17.

(IX) En Real Provision del Consejo de 1771, dirigida especialmente á dicha Universidad, y generalmente á todas las del Reyno, con motivo de haber aquella propuesto ciertas dudas, se declaró ser suficiente para admitirse al grado de Bachiller la asistencia de 4 años á las Cátedras de la Universidad donde se haya de recibir.

(X) En la citada Real Provision se declara, que todos los que justifiquen tener cinco cursos ó años de estudio despues del grado de Ba-

Con cuyas qualidades, sin necesidad de otras, puede qualquiera obtener el grado de Doctor (eod. n. in fine).

LEY III.

Ordenamos, y mandamos que la solennidad de la ley del ordenamiento del Sr. D. Alfonso, que dispone quántos testigos son menester en el testamento, se entienda, y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, *ora entre los hijos, descendientes legitimos, ora entre los herederos extraños: pero en el testamento cerrado, que en latin se dice* in scriptis, *mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos, y el testador si supieren, ó 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 el signo del Escribano. Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, y en los codicillos intervenga la misma solennidad que se requiere en el testamento nuncupativo, ó abierto, conforme á la dicha ley del ordenamiento: los quales dichos testamentos y codicillos si no tuvieren la dicha solennidad de testigos, mandamos que no fagan fe ni prueba en juicio, ni fuera dél.*

1 El origen é invencion del testamento proviene de derecho de Gentes secundario, como al segundo ca-

Bachiller, ó del tiempo en que lo pudieren recibir, sean admitidos á exâmen de Licencia.

capítulo de este pertenece la division de las cosas, motivándola varios conductos que este derecho halló; entre los quales se numera la disposicion testamentaria: medio, á la verdad, de adquirir el heredero legatario &c. la hacienda del que la formaliza: pues es naturalísimo que qualquiera disponga de sus bienes para un tiempo (que es el de la muerte) en que ya no le queda otro arbitrio. Por la forma y solemnidad del testamento es de derecho Civil (princip. huj. leg. P).

2. Siendo el testamento un acto permitido por derecho, es evidente que toda persona puede hacerlo no hallándose expresamente prohibida (n. 1.). Estas son: el impúbero, aunque sea *ad pias causas*, por carecer de juicio perfecto para semejante negocio: bien que respecto de otros, como contraer matrimonio teniendo aptitud para la cópula, obligarse por lo menos naturalmente, y *ex delicto*, la malicia suple el defecto de edad, siempre que se halle próximo á la pubertad (n. 2. l. 13. tit. 1. part. 6.), pudiendo muy bien el Príncipe dispensar en ello; porque aunque sea defecto natural, como quiera que la regla de perfeccion de juicio en los varones á los catorce años, y en las hembras á los doce está dada por la ley positiva, muy bien puede alterarse por otra, bien que hallándose el impúbero con un regular juicio, y la apuntada proximidad; mayormente quando él mismo es capaz de otros actos, segun queda dicho, en que sin duda se requiere capacidad y premeditacion (n. 3. Q). Debiéndose tener presente que el púbero baxo la potestad de su

(P) Dom. Covarrub. *lib.* 3. *var. cap.* 6. *n.* 7.
(Q) Antun. *de Donat. p.* 3. *cap.* 15. *n.* 18.

su curador, aunque no quiera, puede hacer testamento, disponer en su favor, y aun prevenir la venta de sus bienes sin decreto judicial; y aunque el menor baxo la sujecion de curador se equipara al pupilo baxo la de su tutor, esto milita en quanto á la imposibilidad de obligarse, no verificándose la intervencion de aquellos, y su autoridad; mas no respecto de un acto facultativo, qual lo es el testamento no subordinado á la voluntad de otro que á la del mismo disponente (n. 5.): y de aqui es, que la muger *etiam marito invito* podrá hacerlo; aunque para contraer sea necesario su permiso (eod. n. in fin.).

3 Tambien son prohibidos de testar el loco, mentecato, y el que por lo gravoso de la enfermedad que padece desvaría, pues carecen de juicio para dicho acto: diferenciándose el primero del segundo, en que aquel manifiesta su incapacidad con señales exteriores y descompuestas, y este con quietud en sus acciones; de modo, que en todo lo demas corre el argumento de uno á otro (n. 6. y 7. dict. l. 23. tit. 1. p. 6.). Debiéndose presumir el testamento del furioso, que tiene lucidos intervalos, practicado en tiempo de estos, quando el furor estuvo remoto á la sazon de hacerse la disposicion; *maximè* denotando la sanidad de juicio la serie de ella (n. 8. R). Siendo de advertir, que el fatuo ó simple, no siéndolo del todo, á exemplo del menor de veinte y cinco años, que carece hasta que los tenga de perfecta capacidad, puede formalizar testamento (n. 9. S).

4 El esclavo tampoco puede hacerlo por lo impar-

(R) Dom. Greg. Lop. *in leg.* 1. *tit.* 1. *p.* 6. *n.* 1.
(S) *Id.* Greg. *in leg.* 13. *ejusd. t. n.* 5.

partícipe que le constituye su condicion respecto de actos civiles, y la incapacidad que tiene para poseer bienes algunos (n. 12. T). Ni el cautivo y dado en rehenes, cuyo estado fixo se duda; bien que el testamento executado anteriormente lo recupera por el derecho de postliminio, como vuelva de la cautividad (n. 13. U); ni el que entra en Religion estando ya profeso (eod. n. X): en inteligencia, que los Religiosos que no son de la Orden Franciscana pueden aun despues de su profesion revocar la disposicion que anteriormente tuviesen executada, pues esta facultad es durable hasta la muerte natural (dict. n. 13.): ni el pródigo, á cuyos bienes está puesta judicial intervencion, por quanto esta supone lo insano de su mente; aun por lo mismo tampoco puede disponer en favor de causa pia, aunque sí respecto de sus hijos (n. 14. l. 13. tit. 1. p. 6. Y); sin que el testamento hecho antes de la prodigalidad dexe de subsistir por la adveniencia de ella (eod. n. 14.): ni el excomulgado de poderlo executar á pretexto de la prohibicion de otros actos, como son pedir en juicio, servir de testigo, patrocinar &c.; por quanto aquella no se versa respecto de asuntos extrajudiciales, como lo son contraer, testar, y otros infinitos (n. 15. Z); pudiendo igualmente hacer testamento, aun el público usurario, como dé caucion de restituir las usuras (n. 15.).

5 Es prohibido asimismo el mudo y sordo juntamente de naturaleza, por la ignorancia de hablar y es-

(T) *L. 16. tit. 1. part. 6.*
(U) *Dict. l. 16.*
(X) *L. 17. ejusd. tit.*
(Y) Dom. Greg. Lop. *in ead. l. 13. n. 7.*
(Z) Dom. Covarrub. *in rubric. de testam. p. 2. n. 56.*

escribir que tiene, unidos los modos de poder hacer testamento *nuncupativè*, ó *in scriptis*; pero si ambos defectos fueren casuales, bien puede disponerlo, como sepa escribir, y escriba de su puño toda la disposicion: aunque siendo únicamente sordo, bien sea por accidente ó por naturaleza, pudiendo hablar cesa la prohibicion, pues ninguno lo es en términos que hablándole en voz alta dexe de oir; y si fuese mudo solamente, mas de nacimiento, tampoco puede testar. Bien entendido, que el mudo y sordo juntamente, siendo por casualidad, puede celebrar contratos, mediante que para este fin basta la explicacion del consentimiento por medio de algunas señales ó demostraciones que se hagan, asistiendo á este fin un curador que se le nombre (n. 16. y dict. l. 13. tit. 1. p. 6.); y por lo mismo puede contraer matrimonio (eod. n. 16. A), y aun suceder en mayorazgo (eod. n. B).

6 El que actualmente carece de bienes, siendo capaz de tenerlos puede sin duda hacer disposicion testamentaria, á causa de que la herencia es *quid juris*, y consiste en la representacion del difunto testador, y no en sus bienes: pudiendo, sin embargo de no haberlos, verificarse efectos utilisimos, quales son, hacer substitucion pupilar al hijo; nombrarle tutor; que con motivo de la institucion se estimule algun amigo del testador á dexar de lo suyo al heredero de este; y últimamente, que instituido alguno, á quien el disponente en vida le habia hecho donacion de sus bienes, adquiera con sola la adicion el pleno dominio de ellos: y asi son distintos conceptos, herencia, adicion, y bienes de aquella (n. 17.).

7 Si alguno en el testamento nuncupativo que estuvie-

(A) Gutierr. *de Spons. cap.* 8.
(B) Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 21.

viere haciendo hubiere instituido heredero, dexado varias mandas &c., y prevenido con la muerte se imposibilite de finalizarlo, en duda deben subsistir los particulares ya dispuestos, aunque sean respectivos á legados únicamente, y sin que haya institucion, pues esta no es necesaria por derecho Real (n. 18. C). Pero si constase que el testador queria proceder *ad ulteriora*, nada será válido, aunque sea disposicion piadosa ó en favor de hijos; mediante á verificarse no defecto de solemnidad, pues esta se supone, sino de voluntad, como que pudiera haber mudado, alterado, extendido ó limitado lo ya dispuesto (eod. nn. 18. y 19. l. 24. tit. 1. p. 3. D). Y aunque es válido el testamento en que se instituye heredero *baxo las condiciones que despues se expresarian*, sin embargo de haberse finalizado sin ponerlas, esto es asi por quanto del mismo hecho de verificarse dicha omision, es visto haber mudado de dictamen el testador; cesando la relacionada disputa en el caso de ser el testamento cerrado, como que la solemnidad de este es posterior á su consumacion (dict. n. 19. in fin.).

8 El que hace su testamento en Reyno extraño cuyas leyes ó costumbres previenen distinta solemnidad, baxo de esta debe otorgarlo, y valdrá en el pais de su origen respecto de los bienes sitos en este; porque la solemnidad de qualquier acto debe ser conforme á los estatutos del pueblo donde se formaliza. Pero si la ley de aquel en que se hace el testamento se distingue de las de el del origen en punto de legitimidad de la persona del testador, no es extensiva á prohibirle, ó tolerarle á este su otorgamiento; y asi aunque el hijo de familia, que se-

(C) *L.* 1. *tit.* 4. *lib. Recop.*

(D) Dom. Covarrub. *de Testam. cap.* 11. *n.* 13. P. Sanch. *lib.* 4. *Consil. cap.* 1. *disp.* 9.

segun derecho de España puede hacerlo, se halle en distinto Reyno cuyas leyes lo resistan, no le servirán estas de obstáculo para que pueda testar, y producirá efecto su disposicion en quanto á los bienes sitos en este Reyno (n. 20. E). Advirtiéndose, que para la interpretacion de un instrumento extendido en otro idioma es suficiente la declaracion de una sola persona; pues esto no es testificar, sino exponer ó explicar lo que otros no entienden (n. 21. F).

9 Siendo dos los modos con que podemos explicar perfectamente nuestra voluntad, de palabra, ó por escrito, de aquí nace haber dos clases de testamento, nuncupativo ó abierto, *in scriptis* ó cerrado: consistiendo la solemnidad de este último en que el testador lo manifieste sin abrirlo ante Escribano que signe, y siete testigos que con aquel lo firmen, expresando ser aquella su voluntad. Y en caso que no supieren, ó el testador no pudiere firmar, los unos deben hacerlo por los otros, de modo que sean ocho firmas ademas del signo (n. 23. et ist. l. 3. Taur.); quedando derogado en esta parte el derecho Romano, que en caso de la expuesta imposibilidad pedia la adhibicion de octavo testigo (n. 31.). Y aunque en otro qualquier negocio bastan dos ó tres testigos, atendido el derecho Divino, no mudable por el positivo, sin embargo, prescindiendo de que este puede alterarlo, declararlo, ampliarlo ó limitarlo en ciertos casos, verificando para ello justa causa, debe entenderse aquella regla únicamente respecto de los actos en que solo se trata de prueba, mas no de los que ademas de ella necesitan solemnidad, qual es el testamento: esto ademas de ser facílimo en su faccion qual-

(E) Dom. Covarrub. *de Matrim. cap. 7. à num. 9.*
(F) *Vid.* Larr. *de Vit. homin. cap. 15.*

qualquier falsedad, si no interviniese un crecido número de testigos que pudieran evitarla (n. 24.); debiendo estos ser precisamente varones; porque las hembras, aunque en lo judicial se admiten á fin de que no quede el caso injustificado, como son frágiles, inconstantes, y de un sexô á la verdad ageno de asuntos públicos y civiles, de cuya naturaleza es el testamento, justamente se hallan prohibidas de ser testigos en él (n. 25. l. 1. 2. y 9. tit. 1. part. 6.). Y igualmente lo está el impúbero por no tener perfecta capacidad, cuyo defecto le impide asimismo testificar en otros actos; bien que en estos le es permitido, hallándose ya en la pubertad, deponer de lo que vió y percibió ya próxîmo á ella (n. 26. l. 9. tit. 16. p. 3.); debiendo tener para en lo criminal qualquier testigo veinte y cinco años (eod. n.) (XI). Con cuyas circunstancias ha de concurrir la de ser persona libre, y no esclava, ó por lo menos que asi se repute por comun opinion al tiempo de su adhibicion para testigo: lo qual se verifica asi en el testamento cerrado, en cuya apertura y publicacion solo se trata de reconocer las firmas puestas en tiempo hábil, como tambien en el nuncupativo reducido á público instrumento, como que para su validacion no tienen los testigos que hacer diligencia alguna; mas no en el que hecho verbalmente no se haya extendido en forma solemne, mediante á que en este caso deben deponer de todo su tenor, y por lo mismo como que de sus declaraciones resulta toda la substancia y virtud de la última voluntad, hallándose los testigos en esta sazon sin aptitud, y descubierta su condicion servil (lo mismo se entiende de otro qualquier defecto), se invalida sin duda el testa-

(XI) La ley de Partida 9. tit. 16. p. 3. citada por Antonio Gomez, solo requiere en el testigo para en lo criminal veinte años.

tamento por defecto de prueba (nn. 27. y 28. l. 9. in fin. tit. 1. patt. 6.): sin necesitarse ya por derecho Real la circunstancia de rogacion, que exîgia el Romano; pues era extraño que la falta de una solemnidad escrupulosa hubiera de viciar tan seria disposicion (n. 29.): no siendo de omitir, que el Clérigo Regular ó Secular pueden ser testigos, asi en testamentos como en lo demas, precediendo permiso de sus respectivos superiores (n. 28. G).

10 Aunque del mismo modo que los testigos testamentarios deben firmar la disposicion, les era tambien forzoso antiguamente hacerlo en los contratos, no obstante en estos se halla nuevamente dispuesto que sea suficiente la subscripcion de los contrayentes (n. 30. H). Bien entendido, que en el preciso caso de necesitarse de la de un testigo por los demas testamentarios ignorantes ó imposibilitados de firmar, no es suficiente una por todos, antes bien ha de formar tantas subscripciones quantas sean las personas por quienes supla el defecto de las suyas (n. 31.), sin que deban ya signar, como antiguamente, sino solamente el Escribano; cuyas solemnidades hasta aquí explicadas, no verificándose, se anula el testamento, por ser substanciales de êl (n. 32.): procediendo la propia nulidad si el otorgamiento no se hiciere á un mismo tiempo ante el Escribano y testigos, ó se verificare la intervencion de actos de distinta naturaleza; pues los legítimos y solemnes, qual lo es el testamentario, tienen esta particularidad; ademas de que en el primer caso faltaria la unidad de tiempo, y en quanto á él serian singulares los testigos: bien que la extension del testamento admi-

(G) *Vid.* Ayll. *lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 20.
(H) L. 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.*

mite interrupcion (n. 33. I), debiendo estar escrito por el mismo testador, ó persona de su confianza (n. 34. l. 2. tit. 1. part. 6.).

11 Aunque el testamento cerrado hecho privadamente y sin autoridad de Escribano requiere para su subsistencia que despues se verifique publicacion de él (n. 35.), y aun por lo mismo es peligroso disponerlo asi, porque si algun testigo falta al tiempo de ella se invalida la disposicion (n. 36. in fin. XII); no obstante en el hecho ante Escribano sucede lo contrario, pues la autoridad de éste motiva á que haga fe, sin el requisito de apertura y publicacion (n. 37. XIII); y aun es tan necesaria, que no verificándose en toda disposicion cerrada, se invalida esta misma, aunque despues se abra y publique, atendido lo literal de nuestra ley 3. (ex n. 38. ad 42.).

12 La solemnidad de apertura consiste en que el heredero ú otro interesado (cuya qualidad basta acre-

(I) L. 3. *tit.* 1. *p.* 6.

(XII) Lo contrario se practica; de modo que aunque los testigos hayan muerto, ó esten ausentes en términos que no puedan asistir á la apertura, no por esto dexa de subsistir el testamento, antes bien se hace informacion, que llaman de *abono*, reducida á que los testigos que deponen expresen, que los principales del testamento eran de buena vida y costumbres, que sus firmas son las mismas que aparecen puestas en el otorgamiento, y que son muertos, ó estan en partes longinquas, de modo que es imposible su asistencia; con cuya solemnidad se cubre el defecto de la otra, y queda firme el testamento. Colon, *Pract. de Escrib. tom.* 2. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 23.

(XIII) Parece confundirse en este lugar por el Maestro Antonio Gomez la apertura con la publicacion del testamento, siendo en realidad distintos actos. En aquella solo se trata de acreditar la identidad de la disposicion, y se ha de verificar precisamente en las que sean cerradas, aunque haya Escribano: y en esta, de poner en forma solemne la última voluntad, de que solo necesita el testamento nuncupativo verbal, ó extendido en escritura privada.

acreditarla por presunciones, como que es asunto sumario); tambien el hijo preterido ó injustamente desheredado, á fin de proponer este la queja correspondiente, solicita ante el Juez ordinario se abra y publique el testamento: y precediendo citacion de los que en ello puedan tener intereses, quales son los herederos *ab intestato*, se manda que los testigos reconozcan sus respectivas firmas, quienes asi lo hacen, deponiendo haber hecho el testador á su presencia el otorgamiento; y en vista de todo se extiende el auto, en que se preceptúa dicha apertura, y que de la citada disposicion se den los traslados que las partes pidieren, interponiéndose en todos y cada uno de ellos la autoridad y decreto judicial quanto ha lugar en derecho (nn. 35. y 36. l. 3. tit. 7. p. 6.). Debiendo tener tambien qualquier testamento hecho ante Escribano la circunstancia del dia, mes y año en que se otorgó, mediante á ser instrumento público (n. 42. l. 4. y 54. tit. 8. p. 3.): y asi los que no lo son, qual es el testamento nuncupativo verbal, ó extendido en escritura privada, disimulan el defecto de fecha, y mas quando los testigos da expresan al tiempo de la publicacion y exámen que se les hace sobre el tenor de la última voluntad (nn. 43. y 44.): en cuya sazon, si alguno hubiese muerto ó inhabilitadose en otra qualquier forma, se invalida la disposicion por defecto del número de testigos apetecido por la ley (n. 46.).

13 El testamento nuncupativo debe hacerse ante Escribano y tres testigos, ó ante cinco que sean vecinos del pueblo, en caso de no intervenir persona pública, ó extenderse en escritura privada; y aun bastan tres de dicha qualidad si sea parage desierto; siendo tambien suficiente la solemnidad de siete tes-

tigos no vecinos, aunque en este caso y demas, excepto el primero, haya en el pueblo Escribano que pudiese autorizar el acto (n. 47. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilac.).

14 Aunque parece que en el testamento hecho en tiempo de peste, atendida la necesidad del caso, debia disimularse á efecto de su validacion algun defecto de solemnidad en lo respectivo al número de los testigos, sin embargo no lo permite la generalidad con que se explica nuestra ley tercera de Toro, sin exceptuar aquella clase de disposicion (n. 48. XIV); previniendo tambien en las executadas en favor de hijos y descendientes la propia solemnidad que en las formalizadas entre extraños: siendo digno de advertir, que ínterin se otorga el testamento cerrado, ó el nuncupativo se propala, no se ha de verificar intervalo de tiempo, ni distincion de sitios, mezclándose otros actos (á excepcion de aquel que por lo natural fuese preciso, y refiere la ley 3. tit. 17. p. 6.); pues de lo contrario se verificaria singularidad en los testigos, ó serian muchas las disposiciones: aquello por no hallarse todos presentes á un mismo tiempo, y á idénticos particulares; y esto por la diversidad de sitios en que se hubiesen expuesto: bien que es tolerable que hecho el testamento á presencia de todos los testigos, unos depongan de algunas especies, y otros de las demas, á causa de no poder atraer á la memoria todo su contenido (nn. 49. y 50.).

15 En el testamento del ciego (se supone el nuncu-

(XIV) La validacion del testamento hecho en tiempo de peste con menos solemnidad de la que previene la ley en toda disposicion, se halla recomendada de muchos y clásicos Autores; y aun el Señor Cresp. de Valdaur. refiere en la observacion 100. cierto exemplar executoriado en el Real y Supremo Consejo.

cupativo, porque le falta capacidad para el cerrado, nacida de lo facil que era en él la comision de qualquier falsedad) se requieren cinco testigos, por contemplar la ley insuficientes en este caso las demas solemnidades del testamento que hace otro qualquiera que no tenga aquel defecto; con advertencia, que en el del ciego no son ya necesarias, atendida nuestra ley tercera, otras circunstancias que prevenian los derechos Romano y de Partidas (nn. 51. y 52.).

16 Aunque para la validacion del testamento hecho en favor de hijos y descendientes bastaban antiguamente las solemnidades establecidas por derecho Divino y el de Gentes, con ciertos requisitos que se proponen desde el n. 53 hasta el 59 exclusive; hoy con arreglo á nuestra ley tercera se requieren todas las que deben intervenir en los que se formalizan entre extraños: y esto aunque el practicado en favor de hijos sea cerrado, mediante á ser disposicion mas solemne que el nuncupativo, á fin de evitar fraudes menos fáciles en este que en aquel; y asi no es presumible quisiese esta ley tercera dexar el testamento cerrado hecho en favor de hijos, en las circunstancias de derecho antiguo, quando formalizándose abierto entre los mismos se apetece mayor solemnidad (n. 59. y 60.).

17 En los codicilos *in scriptis*, ó testamento de esta clase, que contenga cláusula codicilar, se requieren cinco testigos, pues la disposicion civil, que lo previene, no se halla alterada por derecho Real. Mas en los abiertos hasta la solemnidad del testamento abierto, segun lo expresivo de dicha ley (n. 60. in fin.). Cláusula codicilar es aquella en que el testador exptesa, que si su testamento no pudiere subsistir como tal, valga por lo menos en calidad de co-

di-

dicilo: bien que hay casos en que sin embargo de no verificarse la expresion antecedente, se entiende puesta virtualmente, como quando se dispone en favor de los hijos, produciendo de qualquier modo que sea dos efectos utilisimos: el primero respecto de la solemnidad; porque teniendo la de un codicilo, aunque le falte la de testamento (se habla del cerrado, porque el abierto tiene iguales requisitos que el instrumento codicilar), subsiste como codicilo; y el segundo terminante á la voluntad del disponente, que aunque no valdrá directamente, sí por lo menos con fideicomiso, quedando los herederos *ab intestato* obligados á entregar á los testamentarios lo que se les hubiese dexado en la disposicion; bien que reteniéndose por aquellos la quarta falcidia, que les corresponde como tales fiduciarios: de donde nace, que aunque la preterición del hijo anule el testamento, como siempre queda el efugio de que valga á lo menos como codicilo, tendrá aquel obligacion de restituir por concepto de mejora, legado ó fideicomiso á sus hermanos, reteniendo la legítima correspondiente, las quotas asignadas en el testamento, aunque lo sean en calidad de institucion, pues la *Authent. ex caus. de liber prætorit.* solo permite la directa subsistencia de legados y fideicomisos particulares en el propuesto caso de nulidad; y lo mismo en quanto á mejoras la ley 24 de Toro (nn. 62. 63. y 64.).

18 Ya queda sentado en los §§. antecedentes, que el codicilo nuncupativo pide las mismas solemnidades que el testamento abierto, y que el cerrado exîge precisamente cinco testigos y sus subscripciones, bien haya ó no intervencion de Escribano (nn. 66. 67. 68. y 69.): pero se duda *utrum* en los codicilos se admitan por testigos las hembras. La opinion afirmati-

tiva es mas sólida; pues aunque nuestra ley tercera establece la misma solemnidad en los codicilos que en los testamentos nuncupativos, en que solo se admiten varones, procede esta identidad en quanto al número de testigos, mas no respecto de su qualidad (n. 70.).

19 La cláusula codicilar que en el §. 17. se dixo entenderse virtualmente puesta *ex voluntate defuncti* testando entre los hijos, se extiende tambien al testamento, en que interviene juramento del testador, apeteciendo el absoluto cumplimiento de su última voluntad, ó le manda á su heredero jure lo mismo. Lo propio sucede quando aquel expresa que valga su disposicion en aquel mejor modo y forma que sea posible: tambien si el testamento se halle concebido con expresiones indicativas de fideicomiso; v. g. si qualquiera aprobare en su segundo testamento el anterior defectuoso: en cuyo caso los herederos instituidos en aquel deben restituir por via de fideicomiso á los de este los bienes del difunto. Lo mismo se verifica si el disponente previniese á su heredero no disponga de la herencia, pues tambien se conceptúa gravado tácitamente á la citada restitucion en favor de los parientes que le sucederian *ab intestato* (nn. 74. 75. 76. y 77.). Siendo digno de advertir, que si el padre preteriere al hijo sabiendo lo tenia (porque si lo ignorase es absoluto heredero de todo, sin obligacion de restituir cosa alguna, mediante á presumirse que si lo hubiese sabido, sin duda no le hubiera preterido, instituyéndole como correspondiera), é hiciere á un extraño su heredero; aunque la disposicion se anule en lo directo, no obstante el hijo, reteniendo su legítima (que hoy es todo el caudal, sacado el quinto) deberá restituir

al

al instituido por concepto de fideicomiso los bienes de su padre; bien que para ello ha de contener el tal testamento cláusula codicilar expresamente extendida (n. 78.): sin que pueda el hijo en el propuesto caso, *extra* de dicha su legítima, sacar del quinto, que ha de entregar al extraño, la quarta trebeliánica, por quanto aquí no se verifica la razon inductiva de esta deduccion, á fin de que el heredero fiduciario estimulado con dicho interese, no dexase sin aceptar la herencia, é hiciese restitucion de lo demas; pues el hijo, como que percibió todo lo mas del caudal, no puede excusarse á entregar íntegramente el quinto con pretexto de no quedarle util alguno (n. 84. l. fin. tit. 11. p. 6. verb. *De su parte legítima*): bien que en opinion de muchos no corre hoy la disputa antecedente, respecto á poder el padre disponer libremente del quinto en favor de extraños (n. 80.). Siendo digno de tener presente, que en otros muchos casos en que *jure directo* no es sostenible la última voluntad, queda obliquada en concepto de fideicomiso, como se verifica en la institucion hecha en un codicilo ó testamento en que haya cláusula codicilar (nn. 86. 87. y 88. K).

20 El testamento se revoca por la rotura, cancelacion, borradura, enmienda, sobrerascado en parte alguna substancial: valiendo en duda lo demas que no se halle con dicho defecto; excepto si el testador ó Escribano lo salven, en cuyo caso permanece firme todo lo dispuesto: como tambien quando fueren casuales los enunciados defectos, ó si el testador rompiese una de muchas copias ó exemplares que tuviese de su testamento, porque entonces solo se

(K) *L. 7. tit. 3. p. 7.*

se conceptúa renunciar aquel de esta prueba; y así no habiendo mas que una copia, y esta se rompiere ó quemáre *exprofessò*, quedará revocada la disposicion: á exemplo del acreedor que rompe ó entrega al deudor el documento de su crédito, con cuyo hecho es visto remitírsele á este la obligacion (nn. 90. y 91. l. 24. tit. 1. p. 6.).

21 Tambien se revoca el testamento por otro *æquè* perfecto, aunque el heredero de este no quiera ó no pueda adir la herencia; pues solo se atiende á que de él como completo de sus solemnidades pueda adirse, por mas que esta lo impida alguna casualidad: cesando aquella revocacion quando el testamento primero contiene cláusula derogatoria de los que en adelante se hicieren, mediante á ser un acto voluntario, en los quales sola la protestacion impide la subsistencia de los fueros: excepto si en el segundo testamento se exprese la revocacion del primero, *no obstante las cláusulas derogatorias que este contenga*; pues esta expresion produce la permanencia de aquel, como que ninguno puede imponerse tal ley que le quite la libertad de contravenirla (nn. 92. y 93. l. 22. y 23. tit. 1. p. 6.). Siendo digno de advertir, que si la primera disposicion contenga cláusula derogatoria especial, como si se dixese: *no quiero que valga otra alguna que formalizare, si no contenga esta ó esotra proposicion*; entonces basta que en la segunda se extienda esta expresion: *revoco mi anterior testamento, sin embargo de qualquier cláusulas derogatorias que comprehenda*; sin ser necesaria especifica mencion de ellas (n. 94.). Bien entendido, que se verifican varios casos en que se entiende virtualmente puesta la cláusula derogatoria; v. g. si se instituyere á algun amigo (n. 93.), ó

si

si la disposicion fuere jurada (95. y 96.); de modo que para la revocacion de semejantes testamentos es necesaria la extension de la citada cláusula derogatoria; y por el contrario, si son posteriores destruyen las antecedentes, aunque estos contengan iguales circunstancias (L).

22 Ya queda sentado en el §. 16. que atendida nuestra ley tercera, asi el testamento nuncupativo como el *in scriptis*, hechos en favor de los hijos, requieren hoy para su validacion las mismas solemnidades que respectivamente deben concurrir en los formalizados en beneficio de extraños; por cuyo motivo es superfluo disputar acerca de la subsistencia del testamento segundo en que son instituidos los parientes con la única asistencia de cinco testigos, á fin de que quede revocado el primero, en que lo estaba algun extraño; pues ni basta aquella solemnidad, aunque los instituidos sean hijos (que es mas), en las disposiciones cerradas; ni aunque sea suficiente en las nuncupativas podrá revocar la segunda hecha en favor de parientes, la precedente que lo esté en el de extraño por razon de esta circunstancia, y sí por el motivo de ser testamento solemne, qual lo es el nuncupativo hecho con cinco testigos (ex n. 97. usque ad 102.).

23 Aunque por derecho antiguo era disputable la revocacion de un testamento solemne hecho verbalmente sin institucion alguna de heredero (nn. 102. y 103.), como quiera que hoy no se requiere esta circunstancia (l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.); es inconcuso que esta última voluntad declarada solemnemente invalidará la anterior, aunque en aquella no ha-

(L) *Vid.* Dom. Covarrub. *in Rubr. de testam. 2. p. ex. n. 57. ad 761.*

haya heredero nombrado; mayormente quando la expresa verbal revocacion induce la presuncion de que el que la hace quiere morir *ab intestato*, con el fin de que sus parientes le hereden (n. 104.).

24 Si alguno, habiendo hecho perfectamente su testamento nuncupativo por escritura pública, falleciese antes que se le leyese (lo qual no es presumible, si no se prueba, ó el Escribano lo anote de algun modo, como si pusiese la expresion de haberse concluido enteramente el tal testamento), como que contiene un defecto de voluntad, pues pudiera haber extendídose la disposicion en distintos términos, no subsiste, aunque sea en favor de hijos ó causa pia; pero si se hubiese hecho por escritura privada, en cuyo caso al tiempo de su publicacion los testigos deponen del tenor de la última voluntad, cesa por lo mismo el narrado escrúpulo, y queda firme el testamento, aunque no hubiese verificádose su lectura (nn. 107. y 108. l. 54. in fin. et 102. t. 18. p. 3. M).

25 Puede muy bien el testador instituir heredero, siendo preguntado por este mismo ú otra persona, y responda *que sí*; porque aquí está clara la voluntad, y no dudosa, que es el reparo que pudiera haber; y aunque está prevenido que el nombramiento de heredero se haga por boca del mismo testador, esto procede quando no se verifica precedencia de dicha interrogacion, que viene á ser lo propio; pues á qualquiera es lícito hacer testamento del modo que pueda, siempre que su voluntad se dexe comprehender, y se explique á presencia del número de testigos ape-

(M) *Vid.* Escaño *de Testam. cap.* 14. Dom. Castill. *lib.* 4. *controv. cap.* 22. *n.* 35. *et lib.* 5. *cap.* 71.

apetecidos por la ley (n. 109. N): y por lo mismo si el testador estuviese tan agravado en su enfermedad que no pueda hablar, será nula la institucion que haga por señas (n. 110.), excepto si fuese en favor de los hijos ó causa pia, ó fueren legados y fideicomisos particulares; porque estos pueden dexarse por señales (n. 111.). Siendo tambien disimulable hacerse la institucion por palabras tardas y sin perfecta articulacion (eod. n. 110. O): sin que sea presumible carecia de juicio el disponente por haber fallecido inmediatamente que finalizó el testamento; porque no es incompatible tener perfecto el sentido en último trance de la vida (n. 112. P). Advirtiéndose que no se obliga en fideicomiso la institucion hecha por señas, sino que se execute *ad integrationem alterius* (n. 114.).

26 Si el testador á efecto de instituir heredero ó dexar algun legado se explicare con palabras que motiven duda en razon de ser ó no voluntad deliberada, v. g. si dixere: *yo he de instituir ó legar á Pedro, ó debo instituirlo ó dexarle tal cosa*, no se debe tener por testamento, porque solo es manifestar su voluntad para en adelante. Pero si dixese: *quiero instituir á Ticio*, y hubiese intervenido rogacion de los testigos para hacer esta expresion, se reputará por una voluntad para en lo presente; y lo mismo si aunque no se verificare la circunstancia de rogacion, se digan aquellas palabras en los términos finales de la vida, porque en esta razon no se pue-

de

(N) *Vid. eumd.* Dom. Castill. *eod. lib. cap.* 27. *et lib.* 5. *cap.* 73. Escaño, *cap.* 19. 20. *y* 21.

(O) *L.* 6. *tit.* 3. *p.* 6. *in fin.*

(P) Castill. *lib.* 4. *cap.* 27.

de conceptuar, que el testador manifestaba su ánimo para lo venidero, quando su muerte estaba tan inmediata (n. 115. ad 117.): debiéndose hacer igual presuncion de deliberacion por lo respectivo á legados y fideicomisos particulares, dexándose con juramento, aunque las expresiones sean algo dudosas, y no preceda la rogacion de testigos (eod. n. 117. in fin.) de suerte que asi en testamentos como en contratos que penden de la voluntad de uno, quales son la promesa, donacion &c., verificándose duda sobre si será ó no voluntad deliberada de disponer ú obligarse, es indispensable para hacer juicio de lo primero la concurrencia de rogacion, ú otra circunstancia que desembarace la perplexidad: y por lo mismo en los actos que se formalizan entre dos; v. g. la venta, locacion, sociedad &c., del hecho de intervenir ambos contrayentes se colige desde luego la expuesta deliberacion (nn. 118. y 119.).

27 Aunque en opinion de muchos el heredero instituido en testamento menos solemne, constándole con evidencia ser aquella la voluntad del testador, puede retener *in foro Poli* los bienes hereditarios, por cesar en este caso la sospecha de falsedad que pudiera haber intervenido: fundamento á la verdad que motivó tantos requisitos en las disposiciones testamentarias; infiriéndose de esta conclusion suceder lo mismo en otros casos en que el interesado está cierto de no haberse verificado la causa impulsiva de la ley; v. g. quando el heredero no habiendo hecho inventario, ni menos ocultado bienes algunos, no está obligado *in foro conscientiæ ultra vires hereditarias* (nn. 120. y 121.). No obstante en dictamen de otros infinitos no queda seguro en el mismo fuero el heredero, antes bien tiene obligacion de restituir

los citados bienes á los que lo fuesen *ab intestato*, quienes estando en posesion de ellos retendrán justamente, sin necesidad alguna de entregarlos á los testamentarios. Esta sentencia se persuade reflexando que las leyes humanas positivas, constituidas por legítimo Legislador movido de justa causa, y sobre cosa cierta, obligan á los súbditos aun en el fuero interno. De esta naturaleza es la disposicion que previene en los testamentos sus solemnidades, por quanto preceptúa su intervencion, aunque no se verifique falsedad, y por lo mismo no se funda en presuncion de esta: á que se agrega, que siendo nulo el testamento *ex defectu formæ*, no tiene el heredero escrito título alguno justo para retener la herencia. Y aunque por derecho Divino y el de Gentes es suficiente el número de dos ó tres testigos, ya queda dicho que puede alterarse por el positivo en ciertos casos, interviniendo para ello justa causa (nn. 122. y 123. Q) (XV).

28 De lo antecedente se infiere, que el que compra alguna cosa del menor sin autoridad de su curador ni permiso judicial; el adquirente de cosa dotal de marido y muger sin juramento; ó de esta sin permiso de aquel; ó de la Iglesia su Síndico ó Procurador sin la debida solemnidad; el Juez que compra en el territorio de su jurisdiccion, y el tutor ó curador de su menor, deben restituir en conciencia lo comprado y adquirido á sus respectivos dueños, aunque el derecho Natural disimule en estos casos la falta de las cir-

(Q) Card. de Luc. *de Donat. disc.* 21. *n.* 9.

(XV) Entre una y otra opinion puede elegirse una media via, y es que la primera tenga lugar quando no se hubiere declarado por el Juez la nulidad del testamento; y la segunda luego que se verifique esta declaracion: Terrar. *in sua Bibliot. verb.* Testamentum, *art.* 1. *n.* 52.

circunstancias establecidas por el positivo (n. 124); y por el contrario, el que se halle guarecido con legítimo título, aunque civil, retendrá lícitamente lo que atendido el natural debiera entregar; v. g. el hijo de familia respecto de lo que tuviere en mutuo (*nisi locupletetur*); la muger en lo tocante á la fianza que formalice; el comprador con pacto de retrovender, respecto de los bienes ó frutos producidos en aquel intervalo, en que con buena fe comprase cosa agena al Príncipe, como que es contrato *ipso jure* válido; y últimamente el que cumplido el tiempo de la prescripcion sea sabidor de ser la alhaja que poseia perteneciente á otro (n. 125.).

29 Si se hiciere el testamento en la sazon de hallarse el otorgante muy postrado, tal que no creia en lo natural pudiese convalecer de aquella enfermedad, y con efecto se mejorase, y despues viviese algun tiempo, no por esto dexa de subsistir la disposicion, aunque se hubiese puesto la condicion *si muriese de esta enfermedad instituyo ó lego á Pedro*; porque en esta expresion no manifiesta el testador la causa final, sino la impulsiva, para extender en forma su última voluntad: mayormente quando luego que se halla restablecido puede revocarla, y no haciéndolo es presuncion evidente de derecho querer su permanencia y continuacion: con lo que concurre ser muy factible le quede á dicho testador de aquella enfermedad alguna raiz ó reliquia que motive en adelante su muerte, y por lo mismo verificarse originada de su primer mal; de modo que es quasi inaveriguable si este ó el segundo que tuvo fuese el principal motivo de su fallecimiento (n. 126.).

LEY IV.

Mandamos que el condenado por delicto á muerte civil, ó natural pueda facer testamento, y codicillos, ó otra qualquier última voluntad, ó dar poder á otro que lo faga por él, como si no fuese condenado: el qual condenado, y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delicto fueren confiscados, ó se ovieren de confiscar, ó aplicar á nuestra camera, ó á otra persona alguna.

1 Por derecho Civil y de Partidas el condenado á muerte natural ó civil, qual es la deportacion, galeras &c., se hacia siervo de pena, inhábil é intestable; y esto aun antes que la sentencia se executase; bien que por el de Auténticas el sentenciado á muerte civil, siendo persona bien nacida, queda ileso de aquel borron (nn. 1. 2.); mas nuestra ley quarta de Toro deroga lo expresado, considerando exênto de dicha servidumbre de pena asi al condenado á muerte natural, como civil, bien sea ó no bien nacido, qual es el siervo que consiguió libertad, el espurio y otros, quedando hábil para testar, fundar mayorazgo, hacer mejoramientos á sus hijos, y demas que le parezca, de los bienes que no le hubieren sido confiscados (nn. 3. y 4.). Igualmente tiene facultad, aun verificada la confiscacion de toda su hacienda, para formalizar testamento con otros fines; v. g. á efecto de proveer á sus hijos de tutor ó substituto pupilar, ó que el heredero suceda en los bienes que el tal condenado adquiera despues de la sentencia, á cuyo caso no se extiende en duda la confiscacion, como ni tampoco á los que se le debiesen al reo *sub conditione*, que proven-

venga de última voluntad, y no de contrato; porque en el primer caso no es transmisible el derecho condicional al heredero ó fisco, y sí lo es en el segundo (n. 5.).

2 Pueden verificarse muchos casos en que desde la sentencia hasta su execucion medie intervalo suficiente para contemplar capaz al reo condenado en suceder á otro *ex testamento* ó *ab intestato*: primero, quando se apeló de dicha providencia, ó aunque no se hubiese interpuesto apelacion, se esté en el término de ella: segundo, si la execucion de la sentencia de muerte se suspenda porque el reo tenga que dar cuentas de alguna administracion, ó por estar preñada la delinqüente: tercero, quando se escape de la prision; y otros casos, que pudieran proponerse (n. 6.). En todos los quales es capaz el condenado de adquirir herencia, legado ó fideicomiso, transmitir á sus herederos &c.; pues concediéndosele la faccion activa de testamento, que es mas, se le debe permitir la pasiva, asunto á la verdad de menos importancia; comprobándose esto mismo de que el impúbero, religioso, dado en rehenes, mentecato y otros, se hallan prohibidos de testar, y sin embargo pueden heredar; ademas de requerirse la capacidad del testador en los mismos tiempos que en el heredero: conviene, á saber, en el de la institucion, en el de la muerte, y en el de la adicion respecto del último; porque el primero se supone haber ya fallecido. Y aunque esta ley quarta es correctoria, y por lo mismo no extensiva á los casos que no expresa; como es igual ó menor, qual es la testamentifaccion pasiva respecto de la activa se verifica lo contrario (n. 7. R). Y últi-

ma-

(R) Gutierr. *Pract. quest. civ. lib. 2. quest. 38.*

mamente puede el condenado aun á muerte natural celebrar contratos, obligarse, y adquirir derecho de ellos, mayormente quando estos pueden intervenir en los testamentos, cuya faccion no se le niega á aquel (n. 8.).

LEY V.

El hijo, ó hija que está en poder de su padre siendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder.

1 Aunque por derecho Romano el hijo de familia no podia hacer testamento, ni aun con permiso del padre de bienes algunos que tuviese, aunque fuese dueño de ellos en propiedad y usufructo, lo contrario establece nuestra ley quinta, permitiéndole al tal hijo, siendo de edad suficiente, disponer por testamento de sus bienes, como si no estuviese baxo la potestad de su padre; debiéndose tener presente lo expuesto en el §. 8 de la ley tercera para el caso de que el hijo de familia haga su testamento en Reyno extraño, y distinto del de su origen, produciendo su efecto respecto de los bienes sitos en este, y no de los que se hallen en aquel. Y aunque repugna morir *partim ex testamento, y partim ab intestato*, procede esta regla quando el testador puede disponer de todos sus bienes, mas no si solo tenga esta facultad respecto de algunos (nn. 1. y 2. XVI).

LEY

(XVI) Hoy atendida la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. puede qualquiera morir *partim ex testamento*, y *partim ab intestato*. Dom. Salg. *in Lab.* 1. *p. c.* 2. §. *unic. num.* 17. Dom. Larr. *deciss.* 40. *n.* 10. *y* 68.

LEY VI.

Los ascendientes legítimos, por su orden, y linea derecha succedan ex testamento et ab intestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar: pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren: lo qual mandamos que se guarde salvo en las Ciudades, Villas y Lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.

1 Los padres y demas ascendientes por su respectivo orden suceden á sus hijos y descendientes no *jure peculii*, y como si los bienes de estos fuesen propios de aquellos, segun estaba dispuesto por derecho antiguo, sino *jure hereditario*, y en defecto de no tener descendientes aquellos, á quienes se trata de heredarlos, en conformidad de lo prevenido en esta ley, que es correctoria del expuesto derecho Comun (nn. 1. 2. y 3. vers. *Sed hodie*): de suerte que por el del Reyno solamente heredará el padre *jure peculii* quando los bienes del hijo sean *meré* profecticios, como que este nada tiene en ellos (eod. n. 2. vers. *Hodie tamen*): debiendo suceder el padre al hijo con preferencia á los hermanos de este, aunque sean enteros, con arreglo á la siguiente ley 7 de

Toro, bien se halle ó no emancipado (n. 4.) Siendo digno de advertir, que la sucesion de padres á hijos no proviene de derecho Natural, como la de hijos á padres, sino de mero positivo por un concepto de piedad y conmiseracion (bien que en otro sentido, ya por la cognacion que entre ambos media de resultas de la generacion natural, y ya porque aun siendo extraños se verifica *lato modo* ser todos los hombres hijos de un padre, se puede llamar toda sucesion de derecho Natural): por lo qual el nieto se prefiere al abuelo para heredar á la persona media: se puede establecer ley ó estatuto prohibitivo de que los ascendientes sucedan á sus descendientes, y aun privarles de su legítima, anteponiendo á otro pariente, ó del todo extraño; y aun por esto mismo en la ley 10. de Toro, á voluntad del padre son preferidos los hijos naturales al abuelo: tiene aquel facultad para privar á la madre de lo que le perteneciere por muerte del hijo, dándole á este substituto pupilar; y últimamente al padre no se le impide renunciar sin juramento de la sucesion del hijo, siendo asi que á este no le es lícito hacerlo de la de aquel sin la dicha circunstancia (n. 5. vers. *Ex quo*).

2 Los ascendientes deben suceder segun la prerogativa del grado que ocupen respectivamente; y asi los que se hallen en primero deben heredar con exclusion de los del segundo, como se verifica en el padre y la madre, ó habiendo solo uno de estos: de modo que los padres del premuerto, y abuelos de aquel á quien se trata de heredar, quedan excluidos por estar en segundo grado de ascendencia (n. 6.), y carecer esta linea de derecho de representacion (n. 7.), á causa de que el padre no se subroga en lugar del hijo, como este en el de aquel, como imagen suya, y por

quien

quien se perpetúa mediante la substancia que le presta la generacion (eod. n. 6.).

3 Los ascendientes no entran á heredar (segun queda dicho) habiendo hijos de aquel de cuya sucesion se trata; y lo mismo hallándose otros que tengan derecho de heredarle, quales son el natural, ó espurio legitimados por subsiguiente matrimonio, ó rescripto del Príncipe respectivamente: tambien el substituido pupilarmente respecto de la madre y su linea ascendental, y aun del abuelo paterno, por hallarse fuera de su potestad el hijo á quien se le substituyó, y solo estar sujeto á la del padre substituyente; con advertencia, que á este no le excluye un extraño instituido por el hijo que desheredó al suyo, aun con justo motivo (n. 10.): siendo de tener presente, que aunque nuestra ley sexta equipara la sucesion de los ascendientes con la de los descendientes, procede esta identidad en quanto á la necesidad con que unos respecto de otros deben heredarse recíprocamente; pero la qualidad, privilegio y prerogativa es mayor y diferente la que en ello tienen los descendientes: de lo qual es suficiente testimonio provenir la sucesion de estos de derecho Natural y Divino, y verificarse en su linea el de representacion, segun queda expuesto en los dos párrafos antecedentes; transmitir á sus hijos la herencia no adida, y últimamente haber lugar entre ellos á colacionar por cuenta de sus legítimas lo que en vida hubiesen percibido de sus padres respectivamente: todo lo qual por el contrario acontece en la linea ascendental (eod. n. ex vers. *Advertendum tamen*).

4 Los ascendientes de segundo grado, que son abuelos paternos y maternos, y de ahí arriba, deben heredar igualmente al nieto, biznieto &c., sin distin-

tincion alguna de bienes adquiridos por linea paterna ó materna; de modo, que los abuelos paternos no sucederán únicamente en los que el nieto obtuvo del padre, ni los maternos en los adquiridos de la madre: por quanto ademas de estar ya unos y otros incorporados, unidos y mezclados en un mismo caudal y patrimonio, repugna semejante division y distincion, admisible únicamente en los casos expresos de derecho; con lo que concurre estar expresamente prohibida por nuestra ley sexta en las palabras: *Salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares donde segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la raiz á la raiz*: cuya excepcion arguye quedar por el contrario la regla general. Lo mismo acredita la expresion de la misma ley *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean* (n. 8.): advirtiéndose, que los ascendientes no suceden *in capita*, sino *in stirpes*; y asi concurriendo á heredar al nieto los abuelos paternos de una parte, y de la otra solo un materno, ó por el contrario, se debe hacer igual division entre aquellos y este, tomando el de la linea materna lo mismo que juntos los de la paterna (n. 9. l. 4. in fin. tit. 13. p. 6.).

5 Si el padre ú otro ascendiente tuviese el usufructo del hijo, nieto &c. al tiempo que este muriese, heredarán igualmente sus bienes con los demas que se hallen en el mismo grado, respecto de la propiedad; pues el usufructo permanece en el mismo padre usufructuario hasta que fallezca, á causa de que aquel derecho no espira por muerte del propietario. Y aunque la patria potestad, que es el motivo de dicho usufructo, fenezca en el citado caso, basta se verificase en la sazon de adquirirlo para la continuacion de sus efectos, como se advierte en otros

ca-

casos (n. 11. S). A conseqüencia de lo qual, concurriendo los abuelos paternos á heredar al nieto, la abuela tomará su mitad de la propiedad, quedándose el abuelo con la otra mitad, y ademas todo el usufructo que tenia en los bienes del nieto; bien que hoy atendida la ley 48. de Toro, en la que se proviene disolverse la patria potestad por el matrimonio, no se verifica este caso; porque la persona media, que se supone muerta por el casamiento de que tuvo al hijo, nieto del heredero, salió del poderio de este, y por lo mismo el tal, de cuya sucesion se trata, nunca estuvo, ni menos murió en la potestad del abuelo para que este pudiese tener el usufructo de sus bienes: teniendo únicamente lugar la expuesta doctrina quando el hijo murió casado, y no velado, como que entonces permanece todavía baxo el poderio paternal, y de consiguiente el nieto (n. 12. vers. *Secundo infero*): y con arreglo á esta distincion debe entenderse el caso en que herede el padre la propiedad, y el abuelo reserve el usufructo que tenia en los bienes del nieto (eod. n. vers. *Tertio infero*): y lo mismo el en que muerta la persona media, herede su hijo, queriendo el abuelo de este continuar usufructuando los bienes hereditarios (eod. n. vers. *Quarto infero*).

6 El padre, instituido por el hijo en las dos terceras partes del caudal, que es su legítima, no debe retener el usufructo de la otra tercera porcion que el hijo puede dexar y dexare á quien quisiere y como quisiere; de modo que el heredero en ella la adquiere en usufructo y propiedad. En prueba de lo qual

(S) Domin. Molin. *de Hisp. primog. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 20. *et lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 24. Dom. Castill. *lib.* 1. *de Usufruct. c.* 3. *n.* 44. *et c.* 63.

qual hace que el hijo tiene facultad *para hacer qualquier última voluntad por su alma* de dicha tercera parte con arreglo á esta ley sexta; y si el padre retuviera el usufructo de ella, se dilataria hasta que muriese aquel sufragio: asunto á la verdad repugnante, como tambien lo es el efugio de que vendiéndose la propiedad, no se verificaba dicho inconveniente; pues entonces quedaba el padre expuesto á sufrir un propietario díscolo y sedicioso que le molestase, á lo qual era especie de irreverencia diese lugar el hijo, ademas que este en conformidad de la ley quinta de Toro puede testar como si estuviese fuera del poder de aquel, en cuyo caso sin duda cesa el derecho de usufructo (ex n. 13. ad 14. exclusivè).

7 No obstante de que habiendo costumbre en dividirse los bienes adquiridos por linea paterna ó materna, deben heredarse los primeros por los abuelos paternos, y los segundos por los maternos; esto procede quando suceden *ab intestato*, porque siendo *ex testamento*, puede el hijo dexarles sus legítimas sin esta division, á causa de que la disposicion del hombre hace cesar la ley (n. 14.).

LEY VII.

El hermano para heredar ab intestato á su hermano no pueda concurrir con los padres, ó ascendientes del difuncto.

1 Por derecho Civil y de Partidas entraban á heredar ab intestado los hermanos juntamente con los ascendientes del difunto; pero nuestra ley lo prohibe, dándoles á estos preferencia respecto de aquellos (n. unic.).

LEY VIII.

Mandamos que succedan los sobrinos cum los tios ab intestato á sus tios in stirpem, y no in capita.

1 Los colaterales deben suceder ab intestado á los que lo fueren suyos, segun la prerogativa del grado que ocupen (n. 1.); para cuyo conocimiento se hará el cómputo de formar ascenso al padre comun desde el heredero, y despues descenso hasta el difunto colateral, de cuya sucesion se trata; de que proviene no haber primer grado en la linea de colaterales, pues el mas próximo es el segundo, en que se hallan los hermanos recíprocamente: debiéndose tener presente, que por derecho de Auténticas se admiten á la herencia todos los colaterales que esten en un mismo grado, abolida ya la preferencia que en lo antiguo tenian los agnados respecto de los cognados, aunque á estos asistiese mayor proximidad (la qual se gradúa respecto de último poseedor) (nn. 2. y 3. T); con advertencia, que el que tiene parientes pobres, ó de iguales facultades á las de un extraño, no puede á este dexarle su hacienda, ni él mismo retenerla con seguridad de conciencia (n. 4.).

2 Los descendientes suceden á sus ascendientes, y estos á aquellos *in infinitum*, aunque se hallen en remotísimo grado; pero los colaterales solo entran hasta el décimo (n. 5. XVII): por cuyo motivo la obligacion que tiene el padre de llamar en defecto de des-

(T) *L. 6. tit. 13. part. 6. verbo* Mas cercano.

(XVII) Por ley recopilada 9. tit. 10. lib. 1. sólo se admiten los colaterales hasta el quarto grado. Ayll. *c. 1. n. 21. in fin. lib. 1. Variar.*

descendientes y ascendientes á los colaterales en el tercio de sus bienes, en que impuso gravamen de restitucion conforme á la ley 27. de Toro, se extiende únicamente hasta dicho décimo grado (eod. n. 5. in fin. vers. *Ex quo infero.* XVIII); de modo que faltando consanguineos de esta qualidad, podrá tener efecto en un extraño la voluntad del disponente en quanto á la expresada tercera parte.

3 Tratándose de suceder en vínculo, mayorazgo, ú otro derecho que no sea de bienes sueltos y particulares, no disponiendo el fundador lo contrario, se deben admitir los colaterales de aquel por remoto que esté el grado en que se hallen, mediante á presumirse de la voluntad del instituidor la perpetuidad de sus bienes en qualquier consanguineo suyo (*n. 6. l. 2. tit. 15. p. 2.*); si bien es verdad que la sucesion feudal se deriva hasta el séptimo grado, y hasta los del quarto únicamente la de bienes prohibidos enagenarse fuera de la familia; porque el nombre de esta solo se conserva dentro de él (eod. n.).

4 El hermano de padre y madre, y en su defecto los hijos, excluyen de la sucesion al que lo sea solo de padre ó madre, y á los hijos del mismo, á causa de la mayor conjuncion que en los primeros se verifica (n. 7. l. 5. tit. 13. p. 6.). Dixe *y en su defecto los hijos*, porque en los de sobrinos que ya estan en quarto grado, y de ahí abaxo, no hay diferencia de que provengan de hermano mas ó menos conjunto del difunto; pues el derecho de representacion en la linea de colaterales lo hay solamente has-

(XVIII) Con arreglo á la nota antecedente cesa la propuesta obligacion que tiene el padre en llamar sus parientes despues del quarto grado.

hasta los hijos de hermano, como que estan en tercer grado; advirtiéndose, que si concurrieren á heredar un hermano solamente de padre, y otro únicamente de madre, el primero sucederá en los bienes que el difunto hermano hubiese adquirido del padre, y el segundo en los de la madre; pero si el caudal hubiese provenido por otras partes, entrarán igualmente asi el uterino como el consanguineo (n. 8. l. 6. tit. 13. p. 6.); cuya distincion no debe comprehender á los hijos de sobrinos, porque como no heredan por representacion, sino *jure suo*, nunca hay respecto de ellos diferencia de bienes (eod. n. vers. *Ex quibus notabiliter*). De todo lo qual se deduce, que en el retracto los hermanos consanguineos ó uterinos y sus hijos tienen derecho solamente, respecto de los bienes vendidos por su hermano y tio, que este hubiese adquirido del padre ó madre, de quien descienden, y no de los del padrastro ó madrastra; pero los hijos de sobrinos podrán retraer aun estos (eod. n. et vers.).

5 Si el testador dexase alguna cosa con esta expresion, *para mis hermanos*, y tuviere unos de padre y madre, y otros de solo alguno de estos, se debe interpretar semejante disposicion conforme á lo que la ley previene en el caso de intestado; y asi sucederán los primeros con preferencia á los segundos, por razon del mayor afecto que es presumible les tuviese el testador, nacido de mediar entre este y aquellos mayor recomendacion de parentesco (n. 9.): sin que le obste la especie de que muriendo el padre con hijos de dos matrimonios, repudiando alguno su parte se le acresce igualmente á los demas hermanos, sean mas ó menos conjuntos; por quanto en este caso no se trata de bienes adquiridos por el repu-

pudiante, y sí de los del padre respecto de quien todos tienen igual conexion (eod. n. vers. *Nec huic sententiæ*): bien que en otros casos no se gradúa la sucesion testamentaria como la de *ab intestado*; v. g. quando el padre pasa á segundas nupcias, pues aunque está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que de los hermanos de estos mismos heredó *ab intestado*, no sucede asi en quanto á lo que les hubiesen dexado por testamento; porque en este caso hereda el padre como extraño, y en aquel como tal ascendiente (eod. n. et vers.).

6 Como el derecho de representacion, segun queda manifestado en el párrafo quarto, se verifica tambien la linea de colaterales, y hasta los hijos de hermano únicamente; se infiere que estos concurriendo á heredar al tio con hermano de este y tio de aquellos, suceden *in stirpes*, y no *in capita*, percibiendo los sobrinos tanto como su tio; de modo, que en representacion de su padre, hermano del difunto, de cuya sucesion se trata, disfrutan los mismos beneficios, y sufren las propias sujeciones que el padre si viviese obtendria (n. 10. l. 5. in princip. tit. 13. p. 6.). Y aunque se disputa *utrum* deberá verificarse lo mismo en el caso de que muertos v. gr. dos hermanos del difunto, concurran los hijos de ambos á heredar; lo mas probable es que deben suceder *in capita* por lo expresivo de la ley quinta, tit. 13. p. 6., confirmada últimamente por nuestra ley octava de Toro, en quanto solo habla con respecto al caso de que concurran tio y sobrinos (n. 13. vers. *Unde teneo* in fin. U).

7 Si alguno muriese dexando tio, hermano de su padre, y un sobrino hijo de hermano, bien sea ute-

(U) Dom. Covarr. *de Succes. ab intest. n.* 12.

uterino ó consanguineo, sucederá este con exclusion de aquel; porque aun en los colaterales se contempla mas próxîma la descendencia que la ascendencia; y mas quando el tal sobrino representa á su padre, quien á la verdad si viviese hubiera excluido á su tio. Y aunque la ley solamente concede á los hijos de hermano el derecho de representacion en el caso de que concurran con algun tio suyo hermano de aquel, de cuya sucesion se trata; no obstante se debe extender esta concesion al caso primero por militar mayor razon para ello, como que se trata de excluir á una persona que está en tercer grado de linea ascendental de colaterales por otra de igual proxîmidad que se halla en la propia linea, pero descendental; siendo asi, que en el caso de nuestra ley octava el sobrino tiene la representacion de su padre para concurrir con el tio, hermano de este, sin embargo de estar en grado mas próxîmo que si fuera, no hermano, sino tio del mismo difunto: sin que pueda decirse que en representacion del abuelo de este, podrá sucederle su tio, porque en los ascendientes no hay tal derecho representativo. Advirtiéndose, que el tio sucede al sobrino con preferencia á los hijos de otro hermano, y primos del difunto (n. 14.).

8 Quando se instituye ó lega á alguna persona, y se le dan coherederos por un modo colectivo: v. gr. *Instituyo á Juan, y á los hijos de Antonio*, suceden estos *in stirpes*, percibiendo todos quanto aquel; excepto si se advirtiese tácitamente otra cosa: v. gr. si fuesen póstumos los dichos coherederos; porque mediante esta qualidad se presume, que no pudiéndolos nombrar separadamente por entonces, lo contrario haria el testador si estuviesen nacidos; si bien es verdad, que estando dichos póstumos instituidos subro-

gativamente, como si se dexaren los bienes á Pedro, y á Juan, y en su defecto á sus hijos, percibirán estos lo que respectivamente pertenezca á aquellos, en cuyo lugar se substituyen; tocándole de consiguiente á un póstumo que tuviere Pedro la misma porcion que á quatro que dexare Juan: con advertencia, que la institucion copulativa de muchas personas produce el efecto de que estas sucedan *viriliter*, esto es, en porciones iguales (nn. 15. y 16.).

9 Baxo el nombre de hermanos no se comprehenden sus hijos, por lo qual en la institucion de aquellos no se comprehenden los hijos de hermanos premuertos; á que contribuye la mayor proximidad y afeccion que para con sus hermanos es presumible tuviese el testador, que no respecto de los hijos de ellos, y sobrinos de este mismo (n. 17. X).

10 Los colaterales que se hallan fuera del tercer grado, como que hasta él se extiende solamente el derecho de representacion, suceden atendida la mayor proximidad en que se encuentren, tomando porciones iguales los que estén en un mismo grado (n. 18.). Bien entendido, que tratándose de suceder en derecho indivisible, como mayorazgo, procede el de representacion en los colaterales *in infinitum*, y entra el descendiente mayor de los hermanos del poseedor (n. 19. l. 40. Taur.).

11 En defecto de descendientes, ascendientes y colaterales dentro del grado prefinido, se suceden recíprocamente el marido y la muger con arreglo á la ley 6. tit. 13. p. 9. (XIX). Advirtiéndose, que no

(X) Dom. Molin. *de Hisp. primog. lib 2. cap. 15. n. 67.* Domin. Castill. *tom. 6. lib. 5. controv. cap. 167.*

(XIX) Atendida la citada l. 9. tit. 10. lib. 1. de la Recop. en de-

no tienen derecho de suceder el tutor ó curador al pupilo ó púbero ; el ama de leche, ni menos su marido al infante que muere en esta edad; el padrastro al hijastro, ni por el contrario: y últimamente el padre espiritual al ahijado, ni *viceversa*; por quanto entre todos los mencionados no hay consanguinidad alguna (n. 24. l. 3. tit. 2. p. 4.).

12 Muriendo alguno en hospital sin herederos legítimos, no sucede este, sino el Fisco en lo tocante á bienes raices; pues los que llevó consigo el enfermo deben entregarse al Obispo respectivo para su distribucion en fines piadosos (n. 25. l. 30. y 31. tit. 1. p. 6.).

13 Verificándose no haber parientes que hereden, ni tampoco cónyuge supérstite que suceda, entra el Fisco; debiendo á solicitud de este para acreditar aquel defecto fixarse edictos con señalamiento de término competente; de suerte, que no compareciendo dentro de él algun interesado, llega sin duda el caso de suceder el Fisco; por lo qual si algun Monasterio, Hospital, ú otra qualquier persona tuviese privilegio de suceder *ab intestado*, debe entenderse esto en el caso de que el Fisco hubiese de heredar; y por lo mismo el mencionado privilegio tendrá exercicio no habiendo parientes dentro del quarto grado (n. 26. Z).

LEY IX.

Los hijos bastardos illegítimos de qualquier qualidad que sean, no pueden heredar á sus madres ex

(Z) *L. 1. et 2. tit. 9. lib. 1. Recop.*

defecto de colaterales dentro del quarto grado, sucede cruzada; porque lo es superfluo quanto contienen los números 20. 21. 22. y 23.

ex testamento, ni ab intestato, en caso que tengan sus madres ó hijo, ó descendientes legítimos, pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrán disponer por su alma, y no mas, ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su orden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento, et ab intestato: salvo si los tales hijos fueren de damnado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni ab intestato. Pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de lo que podian disponer por su alma, y de la tal parte despues que la hubieren puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos, y mandamos, que entonces se entienda, y diga damnado, y punible ayuntamiento, quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clérigos, ó Frayles, ó Freyles, ú de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la succesion de los hijos de los Clérigos.

LEY X.

Mandamos que en caso que el padre, ó la madre sea obligado á dar alimento á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no se pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo: de la qual parte despues que la hubiere el tal hijo, pueda en su vida, ó en su muerte facer lo que quisiere, ó por bien tuviere: pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos, ó descendientes legítimos: mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere aunque tenga ascendientes legítimos.

LEY XI.

Y porque no se pueda dudar quales son hijos naturales: ordenamos, y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.

LEY XII.

Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de Nos vinieren, aun-

aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ó madres, ú de sus abuelos, y despues su padre, ó madre, ó abuelos hubieren algun hijo, ó nieto descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no puede succeder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes ab intestato, ni ex testamento: salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su alma le quisieren alguna cosa mandar: que fasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces, y no mas: pero en todas las otras cosas, ansi en succeder á los otros parientes, como en honras y preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legítimo matrimonio.

1 Hijo natural se llama aquel que es habido de soltero y soltera, quienes al tiempo de la concepcion, ó nacimiento de aquel podian haberse casado sin dispensa; siendo indispensable que el padre lo reconozca por tal hijo, á cuyo fin baste haberlo así hecho alguna vez, aunque despues lo niegue (n. 1. l. 8. tit. 13. p. 6.). Cuyo reconocimiento no se necesita quando la madre fue única concubina, y viviese recogida en sus casas; pues entonces á exemplo de los hijos habidos y procreados en las del marido, se presumen suyos; y esto aunque la muger fuese pública al tiempo del matrimonio, ó afirmase ser hijo de otro, ó el marido estuviese ausente; sino que fuese por tanto tiempo que naturalmente sea imposible lo hubiese engendrado. Pudiendo el

tal hijo sin escrúpulo de conciencia retener los bienes que le pertenezcan por muerte del padre, por mas que la madre afirme serlo otro que su marido; excepto si el hijo comprehenda ser cierto el aserto de aquella, por no ser presumible que la madre en perjuicio del hijo propusiese dicha falsedad (nn. 2. y 3. l. 9. tit. 14. p. 3.).

2 El hijo natural hoy por la ley nona, tit. 13. p. 6. cesando ya la disposicion antigua, sucede al padre que hubiese muerto *ab intestado* sin ascendientes legítimos, aunque dexase muger de esta qualidad, en la sexta parte de sus bienes (n. 4.). Mas si formalizó testamento, puede en él el padre dexarle el quinto, teniendo hijos legítimos, y si no los hubiere, todo quanto quisiere, con exclusion de los ascendientes que haya (n. 5. l. 10. de Tor. l. 8. t. 13. p. 6.). En inteligencia, de que aun careciendo el padre de descendientes y ascendientes legítimos, puede en dicha disposicion testamentaria preterir al hijo natural, con la seguridad de que á este no le queda remedio alguno para impugnar la última voluntad (n. 11. l. 8. tit. 13. p. 6.). Todo lo qual se verifica tambien en los nietos, bien sean legítimos de hijo natural, bien naturales de hijo legítimo, ó bien naturales de natural, pues teniendo capacidad de suceder el padre, en quien pudiera conceptuarse mas impedimento, deben tenerla con mayor razon los hijos del mismo (n. 6. y 7.). Debiéndose conceptuar el propio derecho de sucesion en los padres naturales respecto de dichos sus hijos, á exemplo de los legítimos, quienes se heredan recíprocamente (n. 8. l. 8. t. 13. part. 6.).

3 Si la madre careciese de legítima descendencia, aunque tenga ascendientes de la propia qualidad,

dad, le son herederos forzosos *ex testamento*, y *ab intestato* los hijos y descendientes naturales, expurios, ó de otro qualquier modo ilegítimos (nn. 9. 11. y 12.); y lo mismo *contra testamentum*, estando preteridos, ó injustamente desheredados para quejarse de lo inficioso de la disposicion (n. 10.). Todo lo qual cesa quando la madre sea persona ilustre, en cuyo caso son preferidos en su sucesion los ascendientes; y aunque nuestra ley nueve es general, y posterior á la que dispuso dicha particularidad, como quiera que la disposicion antigua que establece casos especiales, no se entiende derogada por otra mas nueva que hable generalmente; queda en pie la propuesta excepcion (n. 10. A). Con advertencia, que cesa el derecho de sucesion, asi respecto de la madre, como del padre, quando el hijo es habido de damnado y punible ayuntamiento de parte de aquella; y aunque por tal se conceptuaria, generalmente hablando, todo aquel que se verificase entre personas prohibidas, qual es el adulterino, incestuoso &c. (n. 13.), no obstante para el expresado efecto de no suceder se debe contemplar damnado y punible ayuntamiento solo aquel en que la madre incurriese en pena de muerte, mas no los que no merezcan este castigo, aunque tengan otros: v. gr. el estupro de doncella ó viuda honesta, el habido entre parientes dentro del quarto grado, el de casado con soltera, y otros (n. 14.); bien es verdad que los hijos de Clérigos, Frayles, Freyles, ó Monjas profesas, sin embargo de no incurrirse por este acceso en pena capital, están prohibidos de sucederles en modo alguno, á fin de sujetar por este medio á los perpetradores de semejante de-

(A) Parlad. *diff.* 50. §. 2. *n.* 7.

delito (l. 9. de Tor. B). Sin que pueda el Príncipe concederle á uno privilegio de que le suceda el hijo que en adelante tuviese de damnado y punible ayuntamiento, por ser remision de un delito futuro, y abrirse puerta para su comision: aunque sí tiene facultad para establecer ley en general permisiva de dicha sucesion; por quanto en este caso el objeto directo es el beneficio de los hijos, en quienes no puede considerarse delito alguno (n. 16. l. 29. tit. 11. p. 5.).

4 Aunque el hijo nacido de damnado y punible ayuntamiento sea incapaz de sucederle al padre, puede este muy bien, careciendo de prole legítima, instituir por su heredero al nieto habido de su hijo expurio ya difunto, como que ya faltó la causa de la prohibicion; ó aunque viviese, haciendo el abuelo la institucion por contemplacion del nieto, y no del hijo; lo qual es presumible, pues no es de creer que el testador fuese á buscar un medio que inutilizase su disposicion; en inteligencia, que en este último caso adquiere el nieto los bienes hereditarios en propiedad y usufructo, con exclusion del padre, á quien por su incapacidad se lo prohibió virtualmente el disponente (n. 17.).

5 De dos modos pueden los padres dexarles alguna cosa á semejantes hijos *extra* de los alimentos, sin contravencion á ambos fueros. El primero es instituir á algun íntimo amigo sin gravámen alguno tácito ó expreso; de suerte que en estos términos es muy factible que el instituido, haciéndose cargo que en ello agradaria al testador, si viviese, suministre algunos bienes al hijo de este; y así como esta adquisicion proviene de persona extraña, en cuyo pa-

tri-

(B) *L. 6. tit. 8. lib. 5. Recop.*

trimonio se incorporaron los bienes hereditarios por medio de la adicion, cesa la causa de la prohibicion de la ley extensiva únicamente para con los padres. Y el segundo consiste en que estos hagan la dexacion en el hijo baxo la condicion de legitimarse; en cuyo caso verificada esta circunstancia, como que se retrotrae al tiempo de la disposicion, es visto instituirse á persona legítima: y aunque las condiciones que penden de la voluntad del Soberano, se reputan imposibles, y por lo mismo se contemplan por no puestas en las últimas voluntades, no sucede asi en las que su concesion es fácil y freqüente, de cuya naturaleza es la de legitimacion (n. 18.): sin que entre tanto que llega este evento pueda el hijo mezclarse en el manejo y administracion de los bienes que se le dexaron baxo la expresada condicion, porque de lo contrario se contravendria á la ley por un modo indirecto; si bien es cierto que los herederos capaces instituidos baxo alguna condicion, ínterin que esta se verifique, pueden manejar los bienes hereditarios en el concepto de curadores de estos (n. 19.).

6 Aunque atendido el derecho Civil, podia el Clérigo substituir pupilarmente el hijo espurio é incapaz á otro legítimo que tuviese, bien que esto tenia efecto únicamente en los bienes propios del impúbero, y no en los del padre substituyente; hoy cesa esta permision, porque los tales hijos tanto son incapaces respecto de los bienes del padre, quanto de los de sus parientes (n. 20. C). Siendo de advertir, que el nieto de Clérigo, Monja, ó Frayle es capaz de ser instituido por estos, respecto á que la prohibicion es solo expresiva á los hijos; y por lo mismo como odiosa no

(C) *L. 6. tit. 8. lib. 5. Recop.*

no se extiende al caso de nietos de que no habló (eod. num. 20.).

7 Si el padre instituyere de hecho al hijo espurio é incapaz clara y abiertamente, corresponde su parte á los coherederos, y no habiéndolos, á los parientes mas inmediatos; porque el derecho que tiene el Fisco á los bienes dexados á personas indignas, solo tiene lugar quando este defecto proviene por culpa, ó hecho del mismo heredero, y no quando es otra persona, segun aqui se verifica. Mas si instituyó á persona capaz, gravándola expresamente en que restituyese al hijo incapaz, como asi no lo execute aquella, ni menos hubiese tenido con el testador á dicho fin alguna aunque oculta confederacion, debe retener la misma todo quanto se le hubiere dexado, debiendo el Fisco suceder en todo ello en el caso de que el rogado haya tenido la expuesta coligacion, ó hecho la restitucion que le ordenó el disponente; pues en este caso, ademas de la incapacidad del hijo, hay delito é indignidad de parte del heredero fiduciario: y lo mismo debe suceder, aunque se haga segundo testamento, revocando el gravámen de restitucion puesto en el primero, é instituyendo al mismo heredero, á causa de presumirse permanencia respecto de tácito fideicomiso (nn. 21. 22. y 23. l. 13. in fin. tit. 13. p. 6.).

8 Este tácito fideicomiso puede hacerse ver por algun instrumento público ó privado sobre el asunto hecho; por el sigilo con que se otorgó el testamento ante Escribano, amigo, y testigos domésticos, unido hallarse la oferta de restitucion; por confesion del mismo heredero, que haga á las posiciones que sobre el asunto pueden hacérsele, ó por conjeturas y presunciones que en el caso propuesto, como

mo oculto y doméstico, hacen plena prueba; bien que en duda no se estimará acreditado este fraude, porque de lo contrario entra el Fisco á lucrarse con los bienes hereditarios: particular á la verdad odioso (nn. 24. y 25.). Conjetura suficiente para el caso puede serlo: primera, quando hallándose en el testamento expreso, encargándole al heredero disponga de sus bienes segun le tenia comunicado, ú otras palabras semejantes, se verifique ademas que el tal instituido restituya al incapaz la herencia, ó parte de ella: segunda, si estando el testador en artículo de muerte, ó disponiendo su voluntad, hablase en secreto con el heredero, y despues se encuentre que este hace la expuesta restitucion: tercera, quando estando instituido sugeto capaz, se halla al hijo á poco de haber muerto el testador su padre, en la posesion de los bienes hereditarios á vista, ciencia y paciencia del heredero (n. 25. ex vers. *Ex quibus*). Debiéndose reflexar, que asi este, como el hijo incapaz estan obligados en ambos fueros á restituir al Fisco los bienes de la herencia con todos los frutos percibidos, como que se conceptúan poseedores de mala fe (26. y 27.). En inteligencia, que siempre se ha de atender á si el heredero que delinquió en la especie de tácito fideicomiso es Clérigo ó Secular, á fin de que verificándose aquello, se haga la aplicacion al Fisco Eclesiástico, y si ésto, al Erario Real; prescindiendo de que el testador sea de una ú otra qualidad; porque tratándose de delito cometido por el heredero, es correspondiente que el Fisco de su fuero lucre los citados bienes; y por lo mismo tampoco debe tenerse en consideracion al hijo á quien ya está hecha la restitucion de ellos por el instituido, y sí únicamente para reconvenirlo en su fuero co-

como mero detentador de dichos bienes, á efecto de que los restituya al Fisco á quien correspondan (28. y 29.).

9 El que delatare al Fisco algun fideicomiso dexado á hijo incapaz, bien sea un tercero, ó bien el mismo heredero fiduciario, descubriendo él mismo su delito, consigue la tercera parte de lo confiscado; pero si la delacion la executare el fideicomisario de lo que se le ha restituido, debe tomar la mitad (n. 3. l. 14. tit. 7. p. 6.): advirtiéndose, que el heredero que hubiese ofrecido sigilosamente restituir, y con efecto restituyere al hijo incapaz el dicho fideicomiso, ademas de la pena expresada incurre en las de deportacion y perdimiento de todos sus bienes (n. 31.).

10 El padre no puede darle cosa alguna á su hijo incapaz por título lucrativo, segun tambien le es prohibido hacerlo por última voluntad; pero si de hecho le donare, legare &c., entrarán por el orden de sucesion los parientes del padre, y en su defecto el Fisco, con exclusion de qualquier heredero que el padre dexare despues instituido quando la donacion fuese anteriormente hecha en vida de aquel (n. 32.): advirtiéndose, que aunque por derecho Civil y el de Partidas era permitida la venta, ú otro qualquier contrato oneroso entre el padre y el hijo incapaz (nn. 34. y 35.), hoy está expresamente prohibido por ley recopilada, 6. tit. 8. lib. 5.

11 Aunque los hijos de punible ayuntamiento son incapaces de suceder á sus padres, y aun atendido el derecho antiguo estos no podian prestarles alimentos, hoy con arreglo á la equidad canónica, y atendida la propension natural en la educacion de los hijos, que respecto de todos se verifica, bien sean legítimos, espurios, nefarios, ó incestuosos, reside en los

los padres obligacion de alimentar á todos estos, no vendiendo á este fin su hacienda, sino executando dicha prestacion de los frutos de ella, y á proporcion de las circunstancias que militen en el alimentante y alimentario (nn. 36. 37. 38. y 39.): á cuyo fin para evitar dudas nuestra ley 10. de Toro tasó la quota de dichos alimentos hasta la quinta parte de los bienes del padre respecto de los hijos de punible ayuntamiento, aunque no haya legítimos; bien que á los naturales *tantum*, puede dexárseles quanto se quiera en el propio caso, y sola la quinta parte, habiendo hijos legítimos: con advertencia, que bastándole al alimentario menor porcion que el quinto, no se le podrá estrechar al padre á que lo preste completo; porque la ley solo prohibe el exceso, por mas que se diga no ser suficiente, y al mismo tiempo permite al padre la prestacion de todo el quinto aunque no lo necesite el hijo expurio. Bien entendido, que si aquel asi lo executare, no sufriéndolo en realidad lo corto de su patrimonio, deberán extraerse de dicha quinta porcion el funeral, misas y entierro, con tal que para todo alcance; porque de lo contrario se sacaron estos gastos del todo del caudal, y despues el quinto para el hijo (n. 40.), quien despues que lo hubiere, puede disponer de él á su voluntad (n. 41. l. 10. Taur.); sin que el padre tenga facultad para gravarle en que restituya la expresada parte por su fallecimiento á otra persona, sino solamente en aquello que excediere de lo necesario para alimentos, como que pudo el padre habérselos dexado sin este sobrante (42.).

12 De lo antecedente se deduce que el padre podrá dotar á su hija expuria en sola la quinta parte de sus bienes, sin que le pueda poner gravamen algu-

guno, ni de consiguiente quitarle las facultades que para disponer de ella á su arbitrio le concede la citada ley 10. de Toro. Y si la dote excediere del quinto, interin dure el matrimonio no se le puede pedir al marido el exceso, por ser causa onerosa; pero para esto se ha de verificar en el marido ignorancia del defecto que su muger tenia en su nacimiento; porque sabiéndolo debe ser privado de dicha porcion excedente, y aplicarse, siendo dexada por testamento sin ocultacion alguna, á los herederos del padre, y si con ella al Fisco en pena del delito que asi el testador en dexar, como el marido en tomar un exceso indebido, cometieron; pero verificándose la dexacion de la expresada dote por contrato entre vivos, pertenece su sobrante á los hijos, padres ó hermanos de la dotada (n. 43).

13. Todo quanto queda dicho de los hijos habidos de damnado y punible ayuntamiento en quanto á la incapacidad de sucederles á los padres, tiene lugar con superior motivo en los padres respecto de la sucesion de dichos sus hijos, á causa de que estos no son los que delinquen, sino aquellos (nn. 44. y 45.).

14. Aunque conforme al derecho Civil el hijo natural *tantum* no sucedia á los consanguineos del padre, hoy atendida la ley de Partida fin. tit. 13. p. 6., sucede lo contrario, tanto respecto de algun hijo legítimo que el padre dexase sin otros de la propia qualidad, quanto de otro natural, siempre que no haya de parte de la madre: esto es, hermano uterino de aquel de cuya sucesion se trata, ni tampoco legítimo de parte del padre; porque entonces estos deben ser preferidos cada uno en su caso (nn. 46. y 47.). Advirtiéndose, que entre el hijo natural y consanguineos de la madre, se verifica recíproca su-

ce-

cesion *ab intestato*; porque como aquella siempre es cierta, respecto de la misma todos son verdaderos consanguineos (n. 48. l. fin. tit. 13. p. 6.); y por lo mismo muriendo un hijo natural de dos que la madre tuviese, entrará á la sucesion el que sobreviviere de estos juntamente con los legítimos que de aquella tambien hubiese, como que todos están en un mismo grado; excepto quando los dos ó mas hijos naturales son de unos propios padres, y los legítimos de distinto padre, pues entonces se prefieren los primeros con exclusion de los segundos en la sucesion del hermano natural que premurió. Bien entendido, que entre los consanguineos provenientes de hijos naturales, se guarda tambien la prerogativa de grado, quedando fuera los de mas remoto, aunque sean legítimos; bien que estos en la sucesion de la madre siempre tienen preferencia respecto de los naturales (eod. n. vers. *Dubium tamen*).

15 Siendo los hijos de damnado y punible ayuntamiento, ni suceden á los parientes del padre ó de la madre, ni menos estos á aquellos en conformidad de la citada ley 6. tit. 8. lib. 5. Recop., que asi lo previene expresamente en el padre y sus consanguineos, y esta ley 9. de Toro, que manda se observe lo mismo en la madre y los suyos (n. 50).

16 Aunque los hijos ilegítimos en los términos que quedan explicados, no pueden suceder en los bienes de sus padres, ni deben disfrutar los derechos respectivos á ellos; sin embargo son capaces de todo aquello que es concerniente al derecho de sangre, y natural afeccion; y por esta razon el hijo ilegítimo que mata á su padre incurre en la pena de parricida (n. 51. vers. *Ex quo primo infero*): debe aquel reverenciar á este, y por lo mismo lo ha de preceder su vé-

venia para demandarle (eod. n. vers. *Secundo infero*): puede acusar la muerte de su padre en qualidad de seguir su injuria, ó de los suyos (n. 52.): está prohibido de ser testigo en pro ó en contra del padre por la afeccion y reverencia que debe tenerle (eod. n. vers. *Quinto infero*): y por último, del modo que cometiendo un padre algun delito de lesa Magestad se le impone entre otras la pena de privacion é inhabilitacion de sus hijos legítimos, asi tambien se verifica respecto de los que no lo son (n. 53.): tambien siendo el padre noble, lo son igualmente semejantes hijos; bien que esto tiene mas bien lugar en los naturales *tantum* conforme á la ley 11. de Toro, que en los espurios, nefarios, incestuosos &c. (eod. n. vers. *Octavo notabiliter*), en los quales se verifica tambien el derecho de transmision en quanto son capaces de adquirir de sus padres, por dimanar del de sangre (eod. n. vers. *Nono infero*).

17 De dos modos acontece principalmente la legitimacion de los hijos. El primero por rescripto del Soberano (n. 54.); y el segundo quando contraen matrimonio aquellos que pudiendo anteriormente haberse casado sin dispensacion, tuvieron algun hijo en este tiempo; pues entonces este se legitima por el subsiguiente matrimonio (n. 55.): y esto aunque el padre al tiempo de contraerse estuviere en artículo de muerte, y en términos que no pudiese cohabitar ni tener generacion, ó constituido en edad decrépita y avanzada, pues basta haber tenido la prole, de cuya legitimacion se trata en distinta sazon, para que mediante la nueva circunstancia del matrimonio, se conceptúe habida en tiempo de este (n. 56.).

18 La legitimacion de los hijos por el subsiguiente matrimonio, contraido este con el fin de excluir

algun substituto llamado en defecto de legítima prole, no le perjudica en manera alguna. De este fraude podrá constar, ó porque el contrayente asi lo hubiese manifestado, ó por presunciones y conjeturas que pueden verificarse (n. 57.): bien que no será suficiente para el caso la de que se contraiga el matrimonio en artículo de muerte, edad avanzada, ó con muger no igual á las circunstancias del marido, por ser lícita la dicha contraccion en el sistema propuesto (n. 58.); debiendo el tal, aunque constituido en aquellos términos, tener su sentido completo; porque de lo contrario ni vale el matrimonio, ni menos habrá legitimacion por defecto de consentimiento (eod. n. vers. *Secundo* principalit.).

19 Si aquel que habiendo tenido hijos naturales *tantum* casare legítimamente con otra, y muerta esta contraxere con la de quien tuvo dichos hijos, estos sin duda quedarán legitimados, sin que para ello sirva de obstáculo el matrimonio celebrado en el medio tiempo (nn. 59. y 60.): pero el hijo legítimo habido en él, aunque sea menor que el legitimado, con exclusion de este, sucederá en el mayorazgo del padre; y aunque el tiempo de la legitimacion se retrotrae al de la concepcion, estas ficciones cesan quando redunda perjuicio de tercero como en nuestro caso; y mas quando luego que nació el legítimo adquirió inmediatamente el derecho de suceder en dicho mayorazgo; y por lo mismo seria extraño haberle de privar de él sin haber cometido de su parte culpa alguna (nn. 63. 64. y 65.).

20 Aunque al tiempo que el padre casare con aquella de quien tuvo al hijo natural haya fallecido este mismo, no obstante se legitima el nieto habido de él para con el abuelo, por quanto estas legiti-

ma-

maciones están inhibidas principalmente por favor del matrimonio, el qual verificándose si falta el hijo, participa de aquel beneficio el nieto ó el descendiente que se encontrare, á exemplo de la adopcion que se puede hacer de qualquiera en el concepto de nieto, aunque el adoptante carezca de hijos (nn. 61. y 62.).

21 El hijo legitimado bien por rescripto del Príncipe, ó bien por subsiguiente matrimonio, se conceptúa legítimo, asi para suceder á sus padres en qualquier manera, como para todo lo demas; y asi puede en caso de pretericion solicitar la nulidad del testamento, ó intentar la queja de inoficioso, si estuviere injustamente desheredado; y esto aunque se legitimase despues del otorgamiento de dicha disposicion; pues entonces por esta agnacion de heredero se destruye la última voluntad en ella contenida (n. 66). Todo lo qual tiene lugar quando no hay hijos legítimos, ó aunque los haya siendo los legitimados por subsiguiente matrimonio; porque verificándose serlo por rescripto del Príncipe, no pueden suceder con los legítimos en los bienes de padre; pues se presume, que si hubiera sabido haber hijos de esta calidad, no hubiera concedido el rescripto de legitimacion; excepto si en este se haga la gracia expresamente en perjuicio de los legítimos (á que sin duda se extienden las facultades de un Monarca, como que puede alterar las legítimas); porque entonces suceden con los legítimos en los bienes del padre lo mismo que los legitimados por subsiguiente matrimonio (n. 67.); pudiendo muy bien el padre mejorarles en el tercio y quinto en todos los casos en que tienen derecho á la sucesion con los legítimos (n. 68.) En inteligencia, que el legitimado por rescripto en tiempo que el padre aun no tenia hijos legítimos, tampoco sucede con los que

despues tuviere, atendida la ley 12. de Toro, que en este caso quiere subsista dicha legitimacion solo en quanto á la participacion de la dignidad y honores del padre, y tambien respecto á sucederle á los otros parientes (eod. n. vers. *Item adde*); sin que en esto último, y por el contrario en suceder los parientes á los legitimados, haya distincion en que lo sean por rescripto, ó por subsiguiente matrimonio (n. 69.): siendo de tener presente, que el Príncipe puede muy bien concederle á alguno su legitimacion para que suceda únicamente en la parte que el padre quisiere (n. 70.).

LEY XIII.

Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos, saber si son naturalmente nascidos, ó son abortivos: Ordenamos, y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, quando nasció vivo todo, y que despues de nascido vivió veinte y quatro horas naturales, y fue baptizado antes que muriese, y si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, ó no fue baptizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes: pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se provase que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente: mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural, ni legítimo.

El

1 El testamento en que algun hijo estuviese preterido, ó injustamente desheredado, es nulo; mas no lo es aquel en que lo está algun póstumo, pues hasta que nazca permanece válido, como que ínterin se halla en el vientre de su madre, ni está baxo de patria potestad, ni tiene qualidad de suyo, ni por último merece concepto cierto de cosa alguna (n. 1.); y si el póstumo naciere en vida del padre, y durante ella muriese, el testamento que ya por su natividad se habia invalidado, convalece otra vez, y queda en aquel estado de perfeccion que en sus principios tenia; lo qual no se verifica en la disposicion en que estaba preterido el hijo ya nacido, aunque este fallezca antes que el padre, por quanto siendo nula desde luego falta el supuesto de su convalidacion (n. 3.): siendo de tener presente, que para invalidar el testamento el póstumo preterido en él, es preciso que nazca naturalmente; á cuyo fin nuestra ley 13. correctoria del derecho Civil, que no las prevenia, requiere expresamente quatro circunstancias: primera, que nazca todo él vivo: segunda, que sea bautizado, aun por la comadre en el caso y términos que le es permitido (n. 1. vers. *Hodie verò*): tercera, que viva por lo menos veinte y quatro horas: quarta y última, que nazca en tiempo que segun la ausencia del padre ó contraccion del matrimonio se conceptúe parto legítimo y natural; v. gr. en el séptimo, nono, ó décimo mes (num. 4.); sino que la madre hubiese sido concubina de aquel con quien despues casó, y de cuyo matrimonio nació á poco algun hijo; en cuyo caso se presume engendrado y concebido en tiempo del concubinado, y en su virtud legitimado por el matrimonio subseqüente

te (eod. num. vers. *Quod item limita* XX).

LEY XIV.

Mandamos que el marido, y la muger suelto el matrimonio aunque casen la segunda, ó tercera vez, ó mas, pueda disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero, ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque haya habido de los tales matrimonios, ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios, los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviese leido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad, ni usufructo de los bienes.

LEY XV.

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primero matrimonio la propiedad de lo que oviere del primero marido, ó heredare de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda, ó tercera vez sea obligado á reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio. De manera, que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que pasaren segundo, ó tercero matrimonio.

LEY

(XX) Sobre este punto, y qual sea parto natural vital, y si lo es el de que se nace á los cinco meses del primer acceso marital, trae un dictámen el M. Martinez, *Librer. de fueces, t. 6. trat. 2. art. 16. ex n. 327.*

LEY XVI.

Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de aver de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas á la dicha mitad de bienes, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer.

1 La muger que casare segunda vez, aunque de este matrimonio no tenga hijos, queda obligada á reservar á los del primero la propiedad de lo que el marido le dexó, en pena de la injuria que le hace, ó heredare *ab intestado* de alguno de sus hijos; de suerte que queda mera usufructuaria de dichos bienes, y de consiguiente sin poderlos enagenar en modo alguno, no solo entre los hijos del matrimonio segundo, sino tambien respecto de qualquier extraño, excepto en el caso de no haberlos del primero. Cesando la obligacion de la madre en la propuesta reserva, por lo respectivo á aquella porcion que el marido viejo ó innoble le hubiese dado en premio de su virginidad (num. 1.). Dixe *ab intestado*, porque lo que el hijo dexa á su madre por testamento, como quiera que entonces esta no hereda en el concepto de tal, sino de extraña persona, y pudiéndosele haber puesto el gravamen de reserva, no se verificó asi, le pertenece el usufructo y propiedad; en inteligencia, que la expuesta obligacion á que está sujeta la madre casando segunda vez, milita únicamente en los bienes que el hijo premuerto tenia de abolengo, heredados de sus as-

ascendientes, mas no en los adquiridos en otra forma (num. 2. D).

2 La responsabilidad en la madre de lo que hubo de su primer marido se extiende al caso de que este le hubiese hecho donacion *propter nuptias*, ú otra qualquiera, aunque fuese en tiempo de los esponsales, con arreglo á la ley 53. de Toro (n. 3. E), excepto los gananciales, pues estos como los lucra inmediatamente en virtud de la ley los adquiere para sí en usufructo y propiedad (eod. n. 3. vers. *Ex quibus videbatur*, l. 14. Taur.). Con advertencia, que la madre luego que pasa á segundas nupcias pierde inmediatamente el dominio en los bienes reservables; y por lo mismo, como que es una mera usufructuaria, carece de facultades para dexar á unos hijos mayor porcion que á otros; antes bien se hará igual division entre todos ellos (eod. n. vers. *Item adde*); todo lo qual tiene tambien lugar en el padre que casa segunda vez con arreglo á nuestra ley 15. de Toro.

3 De todo lo expuesto se deduce, que el padre ó madre casando segunda vez no pueden enagenar los citados bienes, siendo raices, á cuyo fin induce la ley tácita hipoteca en todos los demas que tuviere el tal transeunte á segundo matrimonio: y siendo muebles, debe este dar fianza correspondiente para su restitucion, y de los menoscabos que tengan, ó la de su importe, que se tasará por peritos que las partes nombraren (n. 5.), sin que en vida del tal obligado á reservar puedan los hijos del primer matrimonio revocar qualquier enagenacion que aquel hicie-

(D) *Vid.* Aceved. *in leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop. et leg. seq. n.* 39.
(E) *Vid.* P. Sanch. *lib.* 6. *de Matrim. disp.* 41. *et lib.* 7. *disput.* 88. *et* 89.

ciere de los expresados bienes; antes bien deben para ello esperar su fallecimiento, porque puede verificarse que los hijos falten primero, en cuyo caso subsiste aquel contrato (eod. n. vers. *Dubium tamen*); bien que la enagenacion hecha antes del segundo matrimonio puede revocarse por los mismos, por el fraude con que es presumible practicarse (eod. n. vers. *Item adde*).

4 La obligacion de dicha reserva no tiene lugar quando el segundo matrimonio fue contraido con permiso y consentimiento de los hijos del primer cónyuge premuerto, ó del Soberano (n. 6.): con advertencia, que todo quanto va expresado acerca del que contrae segundas nupcias, tiene igualmente lugar respecto del que casa tercera, quarta, ó quinta vez &c. para con los hijos de estos matrimonios (eod. n. vers. *Item adde*).

5 La propiedad de lo que el marido hubiese de los parientes de su primera muger, ó por el contrario, está sujeta á la expuesta reserva siempre que la dexacion haya sido por respeto y contemplacion del cónyuge premuerto, porque se conceptúa la donacion como si á este en realidad fuese hecha. Y aunque nuestras leyes 14. y 15. de Toro solo hablan de lo adquirido por la muger del marido, ó *viceversa*, debe extenderse la disposicion de ellas al propuesto caso, como que milita la propia razon y equidad para con los primeros hijos (n. 7.).

6 La condicion de no casar, con que se dexa por los testadores alguna cosa, es torpe y contra buenas costumbres quando se impone á persona celibata, ó aunque haya contraido matrimonio si aun no lo haya consumado por la cópula carnal; de modo que en estos casos la expresada condicion nada obra, por te-

tenerse por no puesta en la disposicion. Pero imponiéndose á viudo ó viuda, ó por algun tercero, ó ellos mismos el uno al otro, debe cumplirse; en tanto que en su contravencion se pierde lo que se le haya dexado baxo dicha qualidad, y esto aunque el gravamen de no casar sea absoluto, y con exclusion de toda persona: debiendo correr lo mismo aun en los celibatos, siendo la prohibicion respectiva á determinada persona (n. 8.).

7 Si el marido á la muger, ó por el contrario, ó alguno de los hijos á su padre ó madre dexase alguna cosa baxo la condicion: *Si castè et honestè vixerit*, luego que se verifique segundo matrimonio, la pierde; porque respecto del cónyuge premuerto ó sus hijos no guarda honestidad; pero haciendo aquella dexacion algun otro pariente, ó del todo extraño, sucede lo contrario, como que respecto de estos no se quebranta la expresada condicion: siendo interese suyo evitar por tan justo medio, qual es el matrimonio, una vida luxuriosa, asunto á la verdad que cedia en deshonor de todos; á que se llega que el matrimonio en sí es lícito y honesto (n. 9.).

8 La madre ó abuela casando segunda vez pierden la tutela ó curaduría que de sus menores hijos les corresponde por ley, aun siendo naturales *tantum*, ó espurios, siempre que no sean de damnado y punible ayuntamiento (n. 10.): en inteligencia, que para la recepcion de dicha tutela y curaduría debe preceder renunciacion de las segundas nupcias, y del beneficio que les franquea el Senado Consulto Veleyano; bien que si asi no lo hubieren hecho, valdrán los contratos que como tal tutora ó curadora executaren con qualquier otro, como este no oponga el expresado defecto (n. 11. l. 4. tit. 16. p. 6.).

De-

Debiéndose practicar aquella renuncia de todo auxîlio que la ley concede á las mugeres; de modo, que verificándose asi pueden ser presas por razon de la deuda procedida de su tutela; bien es verdad, que podrán implorar contra el hijo el beneficio de competencia, reducido á no poder reconvenirse al que lo tiene en mas de lo que le es facultativo, como que es irrenunciable (eod. n. vers. *Item adde* F).

9 Tambien la madre y abuela por las segundas nupcias pierden la tutela testamentaria que sus respectivos maridos les hubiesen dexado de los hijos comunes, por militar aquí la propia razon y el mismo perjuicio que siendo tutela legítima; debiendo entonces entrar el pariente mas cercano al cuidado de la persona y bienes del menor, sin proveerse de tutor dativo, excepto quando la madre lo pida judicialmente, con motivo de ir á contraer segundo matrimonio, quedando por este evento responsable á la restitucion de los lutos que se puso por muerte del marido, en favor de los herederos de este; y asimismo obligada á traer con ellos á particion el lecho cotidiano, permitiéndosele á la tal la educacion de los hijos, siempre que estos se hallen proveidos de substituto pupilar, por cesar en este caso toda sospecha (eod. n. 2. vers. *Adde tamen*, et n. 12.). Bien entendido, que si el tutor dativo, que en el referido caso se proveyere, casase despues con la misma madre de los menores, no por esto se le removerá de la tutela, porque el padrastro no está prohibido de tenerla (eod. n. 12. in ult. verb.).

10 Del mismo modo que la muger casando segunda vez queda privada de la tutela y curaduría de sus

(F) Dom. Salg. 1. *p. lab. c.* 24. *n.* 2.

sus hijos, asi con mayor motivo la pierde viviendo luxuriosamente, y aun se le podrá poner intervencion en sus propios bienes; pues siendo pródiga de su cuerpo, mucho mas es creible lo será de su caudal y patrimonio, cuya presuncion, como que es *juris et de jure*, no admite prueba en contrario hasta que mude de costumbres (n. 13. l. 9. tit. 16. p. 6.). Y aunque el padre que vive en la propia forma debe tambien privarse de la tutela de sus hijos, no asi del manejo de sus propios bienes, por ser mas constante y menos fácil en disiparlos que una muger luxuriosa (n. 14.). Y aunque por esta diversidad de razon el marido que contrae segundo matrimonio permanece tutor y administrador legítimo de los hijos y sus bienes, conservando el usufructo de ellos; pues por lo regular no se sujeta el marido á la muger, como la muger al marido, para creer que este á persuasivas de aquella, y llevado de su cariño, se enfriara en el de los hijos de su primer matrimonio (n. 15.): advirtiéndose, que aunque la madre, que muerto el marido vive deshonestamente, no tenga obligacion de reservar á aquellos la propiedad de lo que de alguno de los mismos hubiese heredado, porque nuestra ley 15. solo tuvo á dicho fin por causa suficiente la contraccion de segundas nupcias, ni tampoco pierda la dote: no obstante debe ser privada de la mitad de gananciales adquiridos en tiempo de las primeras, y aplicarse á los herederos del marido (nn. 16. y 17. G); y lo mismo de la donacion, herencia ó legado que este le hubiere hecho ó dexado; perdiendo tambien la facultad que para testar le hubiese él mismo conferido (eod. n. vers. *Item et etiam adde*).

La

(G) *L. 5. tit. 9. lib. 5. Recop.*

11 La madre que siendo tutora de sus hijos casare segunda vez, y no solicitare judicialmente se les provea de otra persona que tome este encargo, y ademas sin dar cuentas algunas no pagare la deuda en que le alcanza la administracion, pierde el derecho de suceder á los tales hijos que murieren impúberos, aunque fuese substituta pupilar de ellos, en pena de su descuido en un asunto tan importante; y lo propio sucede respecto de los inmediatos parientes, que en defecto de aquella, y no habiéndose encargado en dicha tutela, dexaren de solicitar al año de la muerte del padre que el Juez les nombre tutor (n. 18. l. 12. tit. 16. p. 6.).

12 La regla antedicha cesa quando la madre ó parientes son menores de veinte y cinco años; ó aunque mayores, si muriesen púberos los tales hijos, ú tratando de sucederles dichos parientes por substitucion fideicomisaria, porque en este último caso á quien heredan es al padre: ó últimamente respecto del consanguíneo que se halla en grado ulterior á aquel que trata de heredar, sino que en vida del menor muera este inmediato; en cuyo caso, como que ocupa su lugar el otro que antes estaba mas remoto, incurren en la expresada pena, omitiendo practicar la apuntada solicitud de que al menor se le provea de tutor (eod. n. ex vers. *Limita tamen*). Sin que sea de omitir que el año asignado á la madre, ó en su defecto á los inmediatos parientes para hacer dicha pretension, debe completarse absolutamente para que omitiendo en su intervalo la expuesta diligencia, incurran en la pena arriba apuntada; de suerte, que no basta se verifique la muerte del menor á últimos del año, y sin que quede tiempo suficiente para que aun viviendo aquel pudiesen practicarse las diligencias

cias de discernimiento de tutor conforme á estilo de aquel Tribunal (n. 19.).

LEY XVII.

Quando el padre, ó la madre mejorare á alguno de sus hijos, ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder de padre que hizo la dicha mejoria, ó no, fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere: salvo si hecha la dicha mejoria, por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la hiciere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado ante Escribano la escriptura dello: ó el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero asi como por via de casamiento, ó por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar sin reservarse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa que segun leyes de nuestros Reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar.

1 La legítima de los hijos, hoy por derecho del Reyno, abolidos ya las novedades que en ello habia por el antiguo, se considera todo el caudal de los padres, sacado el quinto; bien que en el tercio tienen estos facultad para dexarlo al hijo que quisieren; de suerte, que esta tercera parte es legítima electiva entre ellos. Debiéndose deducir primero el quinto que el tercio, no obstante de estar este primero

en el orden en quantas leyes hablan de mejoramientos; por quanto costeándose regularmente del quinto los sufragios para el alma del testador, haya mayor fondo para un fin tan piadoso: lo qual cesa quando el padre ó madre previniese lo contrario, porque siendo lo primero en su beneficio, pueden justamente renunciarlo: lo mismo si hubiere precedido mejora del tercio irrevocable hecha por el padre; porque entonces la que se hiciere del quinto se sacará del resto del caudal á causa de ser inalterable el derecho que se le adquirió al mejorado en el tercio, en virtud del motivo que produxo su irrevocacion (nn. 1. y 2.).

2 No pueden los padres revocar las mejoras del tercio hechas á los hijos por contrato entre vivos, siempre que les fuere entregada la posesion de los bienes en que hubieren consistido, ó la escritura del contrato; ó si el mejoramiento fuese por causa onerosa, como por via de casamiento: bien esté el hijo mejorado baxo la potestad de su padre, bien fuera de ella. Mas si no se haya dado la dicha posesion, ni verificándose causa onerosa, es revocable, aunque en su principio válida la expuesta mejora, pudiendo alterarse hasta la muerte del que la hizo (n. 3.). Y aunque por derecho antiguo la donacion executada por el padre en favor del hijo sin entrega de posesion, no valia por la identidad de donante y donatario, subsistiendo solamente aquella en que se verificaba tradicion, bien que habia de confirmarse por muerte del donante: siendo en todo caso firme la donacion hecha por la madre ó por el padre en favor de hijo emancipado (nn. 4. y 5.); no obstante, como la mejora no es propia y rigorosa donacion, sino cierta asignacion y eleccion entre los hijos, no contiene repugnancia su validacion y subsistencia (n. 6.).

Si

3 Si algun heredero, legatario &c. fuese gravado á restituir quando muera á alguno de sus hijos, parientes, ó á otra persona incierta de ciertas, la herencia, legado, ó fideicomiso, y con efecto en vida exeçute la expuesta eleccion y restitucion, podrá revocarla aunque hubiese entregado la posesion de los tales bienes, por carecer de facultades para haber hecho en vida la restitucion de ellos: ademas de quedar en ello perjudicados los demas hijos; porque podia acontecer que el electo muriese en vida del restituyente, y quedarse fuera aquellos que exîstian al tiempo de su muerte, que es el legítimo en que debe practicarse la expresada eleccion y restitucion; pero si esta se hubiere mandado hacer en favor de persona cierta y determinada á pobres, ó á doncellas para que casen, entonces como que cesa aquel perjuicio, aunque se haga la restitucion en vida, es irrevocable si se hubiere entregado la posesion; verificándose tambien en estos casos la voluntad del testador, que no se dirigió á este ó á esotro pobre ó doncella, sino al cuerpo de ellos; y asi se cumple la última voluntad restituyéndose á qualquiera de los mismos (nn. 6. y 7.).

4 Aunque parecia que hoy atendida esta ley 17. juntamente con la 26. de Toro, que previene se conceptúe por mejoramiento toda donacion que los padres hacen á sus hijos, debian correr las donaciones en los mismos términos que las mejoras; sin embargo aquellas que simplemente hace el padre á hijo quedan sujetas enteramente á lo prevenido acerca de ellas por derecho comun; sin que sea de reparo la citada ley 26. de Toro, pues solo tiene lugar en las donaciones válidas, perfectas y formalizadas con las solemnidades de derecho; mas no en las que por su an-

naturaleza y circunstancias no pueden subsistir (n. 9.).

5 La mejora de tercio y quarto, cuya posesion fuese entregada al mejorado, es revocable en quanto al quinto, por lo menos en la parte precisa para el funeral; porque siendo aquel el único caudal que al padre le queda para disponer libremente, queda reducido dicho mejoramiento á una donacion de todos los bienes, cuya prohibicion es notoria en la ley 23. de Toro; y aun por esta razon la 17. hizo solamente expresion del tercio (n. 10.). En inteligencia, que si el mejorado hubiere tomado posesion, y el padre adquiriese despues mas caudal, á cuyo total se extiende sin duda la mejora, conforme á la ley 23. de Toro, es irrevocable, no sólo en los bienes que al tiempo de hacerla tenia el padre, sino tambien en los posteriormente adquiridos; bien fuese por causa onerosa, bien con entrega de la escritura, bien dada su posesion generalmente sin respeto á estos ó esotros bienes, ó bien con limitacion á los presentes; por ser natural de las mejoras su extension á todos (nn. 11. 12. y 13.).

6 Si el padre, en virtud de las facultades que le franquea la ley 19. de Toro, asignare al hijo el tercio de su mejora en algunos bienes determinados, y el valor de estos no equivaliese á la cantidad del tercio, no por esto se suplirá hasta ella, antes bien el hijo debe contentarse con lo señalado. Y aunque la asignacion de alguna cosa para satisfaccion de legado ó fideicomiso no altera su completa prestacion, es el motivo executarse el señalamiento despues de finalizada la disposicion testamentaria en que fueron dexados; lo qual por el contrario se verifica en nuestro caso, por asignarse la cosa á la misma substancia de la mejora, y no á su execucion (n. 14.): y

asi pereciendo fortuitamente la cosa señalada, no se suplirá el mejoramiento de lo demas. Pero si su valor fuese excesivo al importe del tercio, se debe revocar en lo que lo fuere; porque la mente del padre no fue beneficiar al hijo en mas que en el tercio, excepto si aquel adquiriese despues en términos, que debiéndose extender la mejora á todo el caudal, no se verifique el referido exceso (eod. n. vers. *Ex quo sequitur*).

7 Para que la mejora sea irrevocable no es preciso que su posesion sea dada por actos fisicos y verdaderos, sino bastan los fictos: v. gr. por cláusula de constituto; vista y presencia del interesado; entrega de llaves; retencion de usufructo, y demas que previenen las disposiciones legales; cuya resolucion se comprueba, entre otros muchos fundamentos, con la misma ley 17. de Toro que previene quedar irrevocable la mejora del tercio, aunque su posesion sea dada por entrega de la escritura que sobre ello pasó, siendo asi que es uno de los actos fictos arriba propuestos. Y aunque pudiera decirse, que habiendo hablado la citada ley 17. solamente de este modo de transferir posesion *fictè*, es visto haber excluido los demas, porque la excepcion supone la regla por el contrario; sin embargo queda desvanecido este pensamiento, reflexândo, que el motivo que tuvo la referida ley para haber hecho expresion solamente de la especie de entrega de escritura, fue porque antiguamente para transferir posesion por este modo, no solo se habia de entregar el nuevo instrumento del contrato, sino tambien todos los títulos de la cosa ó derecho que por él se enagenaba; y á fin de corregir nuestra ley esta superabundancia estableció ser suficiente la entrega de la escritura misma del acto;

y

y por tanto, como en los demas fictos translativos de posesion no habia cosa alguna que mereciese alteracion, quedaron sin comprehenderse en el contexto de la repetida ley 17. (nn. 15. 16. y 17.).

8 La mejora de tercio ó promision de ella, hecha por causa onerosa, como por via de casamiento, en favor de hijo ó hija para que lo haga con cierta y determinada persona, es irrevocable; mas la executada generalmente sin contraerse á sugeto determinado con quien haya el mejorado de contraer matrimonio, sino para que lo celebre en lo futuro, ó la que se practicare estando ya este contraido, se puede revocar; porque en estos dos casos cesa la razon y causa impulsiva de nuestra ley 17. reducida á evitar la ocasion próxîma de que los padres expendiesen impremeditadamente una considerable porcion de su caudal (eod. n. 17. vers. *Item nota*). Bien entendido, que hoy, atendida la Pragmática de Madrid, que es la ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop., no pueden los padres mejorar á las hijas por via de dote y casamiento.

9 Aunque los padres en el fuero externo tienen facultad para mejorar al hijo que quisieren; no obstante, por lo que hace al interno, se debe hacer eleccion del mas digno y benemérito (n. 18.). Sin que puedan aquellos, habiendo un solo hijo, mejorarle en el tercio, y gravarlo conforme al método propuesto en la ley 27. de Toro; por quanto la permision de esta se funda en el honor que reporta el mejorado de ser elegido entre los demas hermanos; y como esto cesa habiendo un solo hijo, á quien precisamente ha de dexársele el tercio, como que en este caso es legítima necesaria, con lo demas del caudal *extra* del quinto, no puede verificarse la expuesta mejora (n. 19. H): sino

(H) Far. ad Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 19. *n.* 34.

sino que el hijo consienta en ello (eod. n. vers. *Ex quo singulariter*); ó que este tenga hijos, nietos del mejorante (1).

10 El mejorado en el tercio, aunque sea por causa onerosa, ó con entrega de posesion, de forma que no se pueda por el padre revocar la mejora, no podrá en tiempo alguno deshacer la enagenacion hecha por este de alguna parte de sus bienes por contrato oneroso y sin fraude alguno, aunque para la mejora se le hubiese señalado cosa cierta y determinada, y se verifique en aquella diminucion; por quanto los mejoramientos se regulan con respeto á lo que los padres tuvieren al tiempo de su muerte en conformidad de las leyes 23. y 29. de Toro (n. 20.), sin que los mismos puedan alterar la division que con entrega de posesion hubieren hecho en vida entre sus hijos, asignándoles á unos mas que á otros, aunque no hubiesen expresado executarlo asi en concepto de mejora; por inferirse esta del hecho de aquella particion (n. 21.). En inteligencia, que si al tiempo de hacer el padre la mejora no le hubiere puesto gravamen alguno, no puede despues practicarlo como fuese irrevocable; mas si no lo fue, como tiene facultad para alterarla y revocarla enteramente hasta que muera, con mayor motivo imponerle los gravámenes que le parezca (n. 22.).

11 Pueden muy bien los padres imponer sobre el tercio el gravamen de que el mejorado lo restituya por su muerte á los descendientes, y en su defecto á los ascendientes, y por falta de estos á los colaterales; y esto aunque al tiempo de hacerse el mejoramiento hubiese otros descendientes. Advirtiéndose, que

(1) Id. Far. *eod. loc. n.* 35.

que si la mejora se hiciese por última voluntad, aunque sea entregada la posesion de las cosas en que consiste se puede revocar, atendida nuestra ley 17. que solo habla de contrato entre vivos para el concepto contrario; excepto si la posesion fuere dada pasado mucho tiempo del otorgamiento de la final disposicion, porque entonces viene á reducir á una donacion y contrato entre vivos (nn. 23. y 24.).

LEY XVIII.

El padre, ó la madre, ó qualquier dellos puedan si quieren hacer el tercio de la mejoria que podian hacer á sus hijos, ó nietos conforme á la ley del fuero á qualquier de sus nietos, ó descendientes legítimos, puede que sus hijos, padres de los dichos nietos, ó descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento.

1 Aunque los nietos y demas descendientes, viviendo el padre, no tienen derecho de suceder al abuelo, ni de consiguiente durante este tiempo se les considera legítima alguna; no obstante como es electiva y voluntaria la que consiste en el tercio, puede muy bien el abuelo, atendida nuestra ley 18., mejorar en esta porcion á qualquier nieto ó descendiente, aunque sea en favor de dos de ellos juntamente (nn. 1. y 2.). Bien entendido, que la madre ya viuda puede hacer mejora irrevocable del tercio, ó aunque viva el marido executándola de los bienes en que este no tiene el usufructo; porque si lo tuviere, aunque sea válida é irrevocable por la traslacion de posesion, no debe ser privado de aquel derecho hasta su muerte; reflexando que la madre solo pudo dispo-

ner del que tenia en los citados bienes; y como este era solo el de propiedad, no debe extenderse su disposicion al usufructo que es ageno (n. 3.). No siendo de omitir que qualquier de los nietos de un solo hijo puede ser mejorado por el abuelo (eod. n. vers. *Item adde*); y lo mismo sucede habiendo un solo nieto de hijo único (K).

LEY XIX.

El padre, y la madre, y abuelos en vida al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio, y quinto de mejoria en que lo aya el hijo, ó hijos, ó nietos que ellos mejoraren: con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, ó valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio, y quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna.

1 La mejora de tercio y quinto hecha á hijo, nieto, ú otro descendiente, puede señalarse en cosa cierta y determinada, cuyo valor no exceda al que dicho tercio y quinto tuviere al tiempo de la muerte del mejorante (n. 1.); cuya facultad de señalar no puede cometerse á otra persona, por ser un derecho personalísimo (n. 2.). Pudiendo el hijo que carece de descendencia asignar á su padre y demas ascendientes en qualquier cosa la tercera parte de sus bienes; porque esta porcion pudiera dexarla aun en favor de un extraño (n. 3.). Bien es verdad, que verificándose este último caso, ha de ser sin señalamien-

(K) Far. ad D. Covarr. *lib.* 1. *var. c.* 19. *ad n.* 4. *n.* 37.

miento de bienes; porque las dos terceras partes que tiene el padre como legítima, hacen respecto al todo del caudal del hijo, y por lo mismo aquel experimentaria notable perjuicio á permitirse dicha asignacion en el tercio dexado á persona extraña (n. 4.).

2 Es revocable la mejora, ó por mejor decir se estima revocada quando la cosa para ella señalada, y cuya posesion no fue entregada al mejorado, se enagena por título lucrativo ú oneroso, sin precision, por aquel que la hizo; bien es verdad, que en duda se presume haber para ello necesidad. Y aunque el mejoramiento hecho sin asignacion de cosa alguna sino *simpliciter*, *et generice* de todos los bienes, dada su posesion, ó interviniendo causa onerosa, no es revocable; no obstante sufriria detrimento y virtual diminucion, si el mejorante enagenare algunos de sus bienes, en atencion á que la quota de la mejoria es respectiva al caudal que resulte haber al tiempo de la muerte (n. 5. l. 40. tit. 9. p. 6.).

LEY XX.

Los hijos ó nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejoria que el testador oviere hecho á alguno de sus hijos, ó nietos, ó quando mejorare en el quinto á otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoria del tercio, y quinto, ó quando no le señaló en la parte de la hacienda que el testador dexare: sean obligados los herederos á se lo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal qualidad que no se pueda conveniblemente dividir: que en este caso mandamos que puedan dar los herede-

ros del testador al dicho mejorado, ó mejorados el valor del dicho tercio, y quinto en dineros.

1 El hijo ó nieto mejorado, ó aunque sea extraño, estándolo únicamente en el quinto, no están obligados á tomar en dinero sus respectivas porciones, antes bien podrán insistir en que se les reintegre en ellas de los mismos bienes del caudal, ó de lo asignado en caso que se hubiese señalado cosa cierta y determinada; por quanto el interesado, muerto el disponente, adquiere en la parte que lo es, un dominio que le atribuye aquel derecho, á exemplo del heredero, respecto de todos los bienes del difunto: siendo de tener presente que el mejorado, ó aquel á quien se le dexa quota de bienes, se diferencia del instituido en el todo ó parte de herencia, en que á este pasan acciones activas y pasivas respectivamente, y á aquellos las activas solamente, á causa de que los bienes se llaman aquellos que quedan deducidas las deudas que hay contra el caudal. Mas si este no admite cómoda division, podrán los herederos pagar al mejorado en dinero el importe del tercio ó quinto (nn. 1. y 2.): bien que las legítimas siempre deben satisfacerse de los bienes que el padre haya dexado (n. 3.).

LEY XXI.

Mandamos que el hijo, ó otro qualquier descendiente legítimo mejorado en tercio, ó quinto de los bienes de su padre, ó madre, ó abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre, y madre, ó abuelos, y aceptar la dicha mejoria, con tanto que sean primero pagadas las deudas del defuncto, y sacadas por rata de la dicha mejoria las

que

que al tiempo de la partita parescieren, y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoria, como si fuesen herederos en la dicha mejoria de tercio, y quinto, lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoria sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.

1 El descendiente mejorado en el tercio y quinto ó en uno de estos solamente, é instituido heredero, ó siéndolo ab intestato, tiene facultad para admitir la mejora y repudiar la herencia del padre ó ascendiente; en cuyo caso la porcion en que aquella consista tiene que recibirla en calidad de legado en mano de los demas herederos; y por el contrario, no executando la expuesta repudiacion, la debe percebir él mismo, sin interposicion de estos en virtud de su propio derecho hereditario (n. 1. l. 2. in fin. tit. 9. p. 6.)

LEY XXII.

Si el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos, de no mejorar á alguno de sus hijos descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoria de tercio, ni de quinto, y si la hiciere, que no vale: y asimismo mandamos que si prometió el padre, ó la madre, ó algunos ascendientes de mejorar alguno de sus hijos, ó descendientes en el dicho tercio, y quinto por via de casamiento, ó por otra cosa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir, y hacer, y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida la dicha mejoria, ó mejorias de tercio, y quinto sean habidas por hechas.

Pa-

1 Para la comprehension de esta ley es de advertir, que en su razon se pueden verificar quatro especies de pacto: primero, de no suceder privándose alguno del derecho futuro: segundo, sobre suceder en que se trata de adquirirlo: tercero, en razon de de conservar el que se tiene para heredar á alguna persona: quarto y último, el que termina á que se practique en cierto modo la division de alguna herencia futura.

2 El primer pacto se verifica quando el hijo ú otro descendiente ó pariente que se halla con próximo derecho de suceder al padre, ascendiente, ó consanguineo, prometió no sucederles haciendo renuncia del derecho que en los bienes de estos tenia; cuyo pacto es inválido por derecho por presumir la ley, que mediante una corta cantidad que de pronto percibe el renunciante, se quita una herencia opulenta para en adelante; siendo importante á la causa pública que cada uno sepa dirigir sus derechos y hacienda en términos que no la disipe con tanta facilidad (nn. 1. y 2.); y por esta razon los padres tampoco pueden renunciar la herencia futura de los hijos, ni darles permiso para que testen en su perjuicio, excepto si aquellos en vida hubiesen percibido su legítima íntegramente; porque entonces no solo vale la renunciacion, sino que tambien están impedidos de invalidar el testamento del hijo con pretexto de preterícion ó desheredacion (n. 3.): y lo mismo sucede por el contrario en los hijos respecto de la sucesion y herencia de sus padres (n. 4.).

3 Aunque como queda expuesto en el párrafo antecedente, ni los hijos pueden pactar sobre no suceder á sus padres, ni estos á aquellos; sin embargo val-

valdrá la institucion hecha en favor de un tercero de consentimiento de alguno de los mismos, como sea prestado en el acto de ella y quisiese el testador instituir al renunciante que consintió; porque en este caso la renuncia no es de un derecho futuro, sino de presente, que es el título de institucion con que el disponente queria beneficiar al que la hace (n. 5. L).

4 Como quiera que el pacto de no suceder ni sea contra buenas costumbres en dispendio de la salud eterna, ó en perjuicio de tercero, es válido hecho con juramento á exemplo de otros actos de la misma naturaleza, aunque el renunciante no perciba por ello cosa alguna (nn. 6. y 7.); en cuya virtud queda este sin poder suceder *ab intestado*, ó *contra testamentum*; pues mediante la renuncia queda el que la hace en el concepto de extraño (nn. 8. y 9.), y la misma exclusion comprehende á los nietos aunque la persona media muera en vida del abuelo por subrogarse aquellos en lugar de esta; bien hayan de suceder con otros connietos, ó con sus tios, padre de estos (n. 10.).

5 Aunque el renunciante, sus hijos y descendientes queden segun va dicho excluidos del derecho de sucesion *ab intestato*, *ó contra testamentum*, pueden suceder por testamento, instituyéndoles ó mandándoles sus padres alguna cosa: por quanto la renuncia se termina á quitar la precisa obligacion que en estos reside de dexarles á aquellos sus legítimas, mas no á cohartarles su voluntad en caso que no quieran disfrutar el beneficio de libertad que les produxo la renunciacion; y esto aunque el testamento es-

(L) *Vid.* Menoch. *cons.* 235. *n.* 29. *et* 371. *n.* 6.

estuviese executado con precedencia al pacto de no suceder (eod. n. et vers. *Ex testamento vero* M), ó la institucion no fuese específica y determinada al hijo que renunció sin general: v. gr. instituyendo por herederos á los hijos; á causa de que siendo la institucion un acto favorable es extensiva su generalidad á todos los hijos (eod. n. vers. *Imò quod magis est*); recuperando en este caso por el renunciante los derechos de suidad que por el pacto de no suceder habia perdido; por lo qual podrá transmitir y exercer las demas funciones de heredero suyo (eod. n. vers. *Et in tantum*).

6 Tambien puede suceder *ab intestato ó contra testamentum* el hijo, sin embargo de su renuncia si al tiempo que el padre muriese no hubiere otros hijos y descendientes; porque aquella se presume executada en favor de los hermanos, cuyo defecto hace que el pacto ó renunciacion ya no obre; y mas quando su fin es respectivo al derecho presente, mas no al venidero y no positivo (n. 11. N). Lo mismo debe suceder aunque al tiempo de la renuncia no hubiese otros hijos ó descendientes, pues se presume executada en beneficio de los que en adelante naciesen (n. 12.): con advertencia que el pacto terminativo á privarse de alimentos es nulo (eod. n. vers. *Similiter etiam*).

7 Tampoco está prohibido el que hace la expresada renuncia jurada de suceder en los bienes de sus padres despues que hubiesen pasado á otro descendien-

(M) *Add. ad* Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 6. Covarrub. *in cap.* Quamvis, *p.* 3. §. 3. *de Pact. in sect.*

(N) Mascar. *de Prob. conclus.* 22. *n.* 25. *Add. ad* Molin. *lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 48. *vers.* Secunda.

diente por reputarse ya caudal y patrimonio de este (n. 13.), aunque no haya habido adicion de la herencia del ascendiente comun, por deferírsele esta al renunciante *ex persona sui fratris* mediante el derecho transmitido de adir ó de deliberar (eod. n. vers. *Quod notabiliter*). Y aunque el homicida no puede suceder á los herederos del que mató por mas que la herencia de este se hubiese unido y mezclado con sus bienes, es el motivo para mayor pena del delito: á que se agrega presumirse de la voluntad de dicho difunto la expuesta prohibicion en el homicida para que nunca sucediese en sus bienes, aun incorporados en otro patrimonio; sin que obste contra lo propuesto poder suceder á los herederos del testador, aunque no á este, el que acusó de falso su testamento; porque este delito es respectivo y limitado á dicha disposicion, y de consiguiente solo se le impide que en virtud de ella adquiera (n. 14.).

18 El pacto de no suceder aunque no sea jurado es firme y subsistente quando es hecho respecto de herencia dexada por persona que ya haya muerto aunque sea futura; como si Juan v. gr. hubiese dexado á Pedro un fideicomiso, á quien Antonio por su muerte se lo ha de restituir, y Pedro pactare con este no suceder en dicho fideicomiso; de modo que aunque esta renuncia se hizo en tiempo que vivia el fiduciario, á quien se hereda en realidad por el fideicomisario que renunció es á Juan ya difunto (n. 15.); y esto aunque el que hizo el pacto padeciese lesion en mas de la mitad de la cosa mandada restituir, hecho cómputo de lo que se le hubiese dado de gratificacion para que formalizase el pacto de no suceder: lo mismo aunque el tal fuese menor, el qual carece en este caso de restitucion; y solo se verificaria dimi-

sion

sion de bienes, aunque sin judicial aprobacion (eod. n. vers. *Quod notabiliter*): de lo qual se deduce que el substituto pupilar puede renunciar aun sin juramento del derecho de su substitucion; porque esta proviene de la disposicion del padre substituyente que ya se supone muerto, mayormente quando esta renuncia, como hecha por una persona extraña que no tiene derecho de sangre, se termina á que se conserve en los herederos legítimos el que ellos tienen para suceder al pupilo (n. 16.).

9 En quanto á la segunda especie de pacto, que es el de suceder, por el que alguno ofrece el instituir á esta ó esotra persona, es nulo: lo primero, por ser contra buenas costumbres, como inductivo de ocasion para dilinquir, dándose muerte al prominente por el heredero para sucederle: y lo segundo, porque impide la libertad de testar que qualquiera tiene hasta fin de sus dias (n. 17.); y por lo mismo tampoco tendria efecto aunque fuese pacto jurado (eod. vers. *Ex quo infertur*). Conteniendo la propia nulidad la convencion recíproca de dos ó mas personas sobre sucederse ó instituirse (eod. n. *Secundo infertur*), de cuya regla se exceptúan los Soldados, quienes pueden hallándose en expedicion de guerra hacer dicho pacto é institucion, bien que les queda facultad para revocar qualquier de ellos esta disposicion ó promision en la parte que asi pertenezca. Tambien será válida la institucion recíproca que se hagan qualesquiera otros aunque no sean Soldados, como no preceda pacto para ello (n. 18. l. 33. tit. 11. p. 5.): con advertencia, que si dos v. g. prometieren instituir á Ticio, y el uno lo cumpliere por su parte, no obstante que el pacto sea nulo y muriese, debe subsistir esta institucion por mas que se di-

diga haberse hecho con el respecto de que el superviviente cumpliera tambien lo ofrecido, lo qual no lo executó, mediante á que no habiéndose hecho con Ticio convencion alguna, no se le puede imputar á este mismo cosa alguna (eod. n. vers. *Et ex his notabiliter*).

10 Por lo que hace á la tercera especie de pacto terminativo á conservar el derecho que uno tiene para suceder á otro, es indubitable su validacion (n. 19.). Esto se verifica en el caso, entre otros muchos, en que el hijo sin embargo de haber ofrecido baxo de juramento no suceder á sus padres, haga con estos despues pacto contrario de sucederles; y asi conserva y recupera el derecho de sucesion que á sus bienes tenia antes de la renuncia. Y aunque el pacto, mediante el qual queda el hijo convenido con el padre en que este no mejore á otro alguno de los demas sea inválido, no obstante de parecer conservativo de un derecho de sucesion: en realidad no es asi, antes bien es una convencion ó pacto de suceder al padre en una quota, que este no tiene obligacion de dexarle al tal hijo, como que le es facultativo mejorar al que quisiere en lo demas que quedare, sacadas las legítimas de los hijos (eod. n. vers. *Advertendum tamen*); bien que hoy nuestra ley 22. establece que si los padres prometieren por contrato entre vivos autorizado con público instrumento no mejorar á alguno de sus hijos, lo debe cumplir (esto está prohibido respecto de las hijas, á quienes no les puede por via de dote ó casamiento mejorar en modo alguno) (l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop.): de forma que en el explicado caso, segun la citada ley 22., es válido el pacto de suceder (pues su prohibicion no proviene de mero derecho Natural, sino del de Gentes), aten-

atendida la justa y equitativa causa que hay para ello, reducida á que los hijos hereden igualmente á sus padres, por lo qual, asi en el particular antecedente, como en el respectivo á que sea válida la promesa de mejorar siendo por causa onerosa, pudo muy bien la expresada ley 22. alterar el derecho Natural y de Gentes, prohibitivo generalmente de toda consension terminada á suceder (n. 19. ex vers. *Hodie tamen*, ad n. 22.).

11 Si el hijo á quien por el padre se le prometió no mejorar á otros muriese en vida de este, ó le remitiere el pacto, dándole facultad para que mejore á quien quisiere de los demas hijos, deberán todos ellos sujetarse á lo que el padre dispusiere en punto de mejora: respecto á que por la promision que hizo de no mejorar, no se les adquirió derecho para sucederle igualmente, como que el fin directo y principal del padre fue beneficiar á aquel hijo á quien le hizo la expresada oferta, y no con respeto alguno á los otros hijos (n. 24); bien es verdad que si el tal hijo faltase en vida del padre dexando descendientes, deberá cumplírsele á estos la promesa de no mejorar, como que entran representando al premuerto é hijo de aquel á quien se trata de suceder, y de consiguiente todos heredan igualmente (eod. n. vers. *Quod tamen*).

12 Prometiendo el padre mejorar á alguno de sus hijos por causa onerosa debe cumplirlo, excepto si el hijo remite el pacto ó falta sin descendientes en vida del padre; porque si dexa hijos, nietos de este, deben todos ellos beneficiarse igualmente con el expuesto mejoramiento ofrecido; á causa de que perteneciendo al padre *id est* la persona media que premurió, este derecho pertenece igualmente á sus hijos nietos

del

del promitente, sin preferencia alguna. Y aunque la ley 18. de Toro da facultad al abuelo para que pueda mejorar á uno de sus nietos, sin tener precision de hacerlo con todos los que hubiere del hijo, cesa su disposicion precediendo pacto de mejorar á este (n. 25.).

13 Aunque el padre hiciere promesa de no mejorar en el tercio ni quinto de sus bienes, no obstante podrá disponer de este último como le pareciere; por quanto teniendo que dexar las legítimas, y estando por otra parte obligado á no hacer mejora del tercio, quedaria intestable si tambien hubiera de sujetarse á la promesa respectiva al quinto, como que este es el caudal restante (n. 26.). En inteligencia, que verificándose la expuesta promision de no mejorar á los hijos, menos podrá executarse en favor de los nietos, quienes se consideran con menor afecto del abuelo, que el que tiene á los hijos; mayormente quando de aquel pacto adquiriéron estos un derecho de suceder igualmente en todo el caudal, excepto el quinto (n. 27.). Siendo digno de advertir, que si la escritura que nuestra ley 22. requiere para que valga el pacto de no mejorar, se perdiere, quemare &c., subsistirá no obstante la promision siempre que se haga ver con testigos el tenor del instrumento, que este estaba otorgado con las solemnidades de derecho, y su pérdida, quema ú otro acaecimiento porque no aparezca: pero si no fuere la escritura matriz ó protocolo lo que se hubiere perdido, sino el original entregado á la parte, no es bastante aquella justificacion, antes bien se ha de sacar otra copia del protocolo, precediendo mandato judicial, y citacion de los interesados; con arreglo á lo qual debe entenderse la ley 10. tit. 19. p. 3. que parece oponerse (n. 28.). No siendo de omitir, que aunque el

padre prometa no mejorar á alguno de sus hijos, contrayéndose á Juan, v. g. podrá sin embargo hacerlo en favor de qualquiera de los demas; excepto si el pacto lo formalizó principalmente por beneficio de estos, y á fin de que sucediesen en partes iguales (n. 29.).

14 Finalmente, por lo que mira al pacto que hacen entre sí los hijos, ú otros, dividiendo para en adelante la herencia del padre, ó de aquel á quien hayan de suceder, es nulo aunque intervenga juramento, por ser contra buenas costumbres, como que se trata de herencia de persona que aun vive, y abre puerta para delinquir, dándose á esta muerte por los dichos herederos para lograr el efecto de la division que tenian pactada: bien es verdad, que asintiendo el padre valdrá el citado pacto, como permanezca en su voluntad hasta que muera (n. 30.). De que se deduce sucederle el hijo que habiendo renunciado este derecho con juramento en manos y favor de sus hermanos, ó del padre juntamente, no continúe en querer privarse de la herencia de este; pues viene á ser una convencion divisoria de los bienes que han de quedar por muerte del padre, contentándose uno de los hijos con no percibir cosa alguna, y ofreciendo á los otros el todo del caudal para su igual division entre ellos; cuyo pacto, segun se ha sentado, está prohibido. Con advertencia, que aquel en cuyo favor se hizo la renuncia por su hermano, obtendrá la porcion que á este hubiera de pertenecer *extra* de la mejora que sus padres le hubiesen hecho al mismo renunciante. Y si la expresada renunciacion se haya executado en favor de los padres para que dispongan á su arbitrio de aquella parte que hubiera de tocar al mismo que renunció, tendrán aquellos facultad para dexarla al hijo que quieran (n. 31.).

15 La convencion de dividir la herencia futura de alguno es lícita quando se hace sin respecto á cierta y determinada persona; como si se contraxese sociedad de comunicarse recíprocamente los bienes que heredasen de qualquiera en general; porque en este caso cesa la causa de la prohibicion (eod. n. vers. *Limita tamen*). Siendo tambien permitido el pacto que se hace por los herederos con el acreedor de aquel á quien se trata de suceder, á efecto de que llegado el caso de heredarle, no puedan ser reconvenidos por él; esto por favor de la liberacion que se consigue mediante dicho convenio (eod. n. vers. *Secundo limita*): y por este motivo tambien será válida, por el contrario, la remision hecha por el heredero de la deuda que hubiese en favor del que haya de ser heredado (eod. n. vers. *Dubium tamen*, et *his non obstantibus*).

LEY XXIII.

Quando el padre, ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad hiciere á alguno de sus hijos, ó descendientes alguna mejoria de tercio de sus bienes, que la tal mejoria haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte; y no al tiempo que se hizo la dicha mejoria.

1 Las mejoras que los padres hicieren á los hijos y descendientes en el tercio de sus bienes, ó parte de él, se deben regular conforme al caudal que hubiere al tiempo de la muerte, y no al en que se hizo el mejoramiento; y asi baxará ó crecerá este segun la diminucion ó aumento que los bienes del mejorante hayan tenido; cuyo cómputo corre tambien en las

donaciones hechas á los hijos, por reputarse estos mejorados en el importe de ellas, con arreglo á la ley 26. de Toro; de cuya regla se exceptúa el caso de la 29. de las mismas, hoy la 3. tit. 8. lib. 5. Recop., en que le es facultativo al interesado elegir, ó el tiempo en que recibió la dote y donacion *propter nuptias*, ó el de la muerte del que donó, conforme quisiere, para la restitucion á los otros herederos de lo excesivo é inoficioso de aquellas (n. unic.).

LEY XXIV.

Quando el testamento se rompiere, ó anullare por causa de preterición, ó exheredacion, en el qual quiere mejoria del tercio, ó quinto, no por eso se rompa, ni menos dexe de valer el dicho del tercio, y quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.

1 Quando el testamento es nulo por defecto del testador, mediante su menor edad, demencia &c.; por razon de voluntad imperfecta, muriendo el disponente, aun no finalizada la disposicion; por no haber intervenido las solemnidades extrínsecas de testigos, asistencia de Escribano &c., tampoco valen los legados y fideicomisos en él dexados (n. 1. et vers. 2. y 3.); pero sí subsistirán, consistiendo aquel defecto de nulidad en no haber institucion de heredero, ó aunque la haya sea esta persona incapaz, ó que no ada la herencia, atendida la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop., correctoria del derecho antiguo, que aun en estos dos casos últimos anulaba todo el testamento (eod. n. vers. 4. y 5.).

2 Tambien serán válidos los legados dexados en el testamento en que se verificó error del testador res-

respecto del heredero, v. g. instituyéndolo en el concepto de pariente, no siéndolo en realidad; por quanto en aquellos no hubo error alguno á vista de que honerando el disponente á un consanguíneo (segun su juicio) con las expresadas mandas, con mayor motivo es creible impondria este gravamen, cerciorado de ser un extraño el instituido; debiendo valer tambien por el propio rumbo los legados dexados en el segundo testamento, hecho en la creencia de haber fallecido el heredero instituido en el primero, no siendo asi en realidad: de modo que aunque en este caso sea nula la segunda institucion, quedarán en pie los legados en esta disposicion contenidos (eod. n. vers. *Decimo et si queras*, l. 21. tit. 16. p. 6.). En inteligencia, que aunque el testamento se anule por causa de preterición ó desheredacion, son válidas las mandas y fideicomisos que comprehendiere; lo mismo la substitucion pupilar, fideicomisaria de nombramiento de tutor, y otros derechos en que no se sucede directamente (n. 3. l. fin. tit. 6.); sin que tampoco se anule la mejora de tercio y quinto que hubiere hecha en el citado testamento, por considerarse en substancia un prelegado (eod. n. vers. *Ex quo*, et ist. l. 24. Taur.).

3 Si la preterición fuese hecha ignorando el testador que tenia al tal hijo que olvidó, ó porque fuese póstumo, ó por otro motivo, es nulo todo el testamento, y consiguiente los legados, fideicomisos y mejoramientos en él contenidos, por verificarse defecto de voluntad, nacido de deberse presumir prudentemente, que si el padre hubiera sabido tenia aquel hijo, no lo hubiera preterido, ni tampoco dexado aquellos legados, fideicomisos ó mejoramientos (eod. n. vers. *Pro cujus perfecta* ad vers. *Secundo principaliter*). Siendo digno de advertir, que si estas mandas estuviesen dexadas

al mismo hijo preterido, y á su instancia se hubiese declarado nulo el testamento, no debe disfrutarlas, en pena de su indignidad, mediante á haber impugnado la misma disposicion de que aquellas dimanan; y por el contrario si percibiese lo que se le dexó, no puede despues contradecir el testamento, por ser visto aprobarle con el hecho de la expuesta percepcion (eod. n. vers. *Secundo principaliter*).

4 Si teniendo el testador tres hijos, y preterido uno, instituyere á los otros, al uno generalmente, y al otro en el tercio y quinto de sus bienes, aunque el testamento sea nulo, debe no obstante guardarse ab intestado la voluntad del padre; de modo que tomarán los tres hijos sus respectivas legítimas, y al mejorado se le completará la suya hasta el tercio y quinto en que fue instituido (n. 4.). Debiendo observarse lo mismo aunque la mejora no fuese hecha por institucion, sino de legado (eod. n. vers. *Quarto principaliter*). No siendo de omitir, que en todos los casos en que susisten las mandas, mejoras, fideicomisos &c., no se necesita hoy adicion de los herederos para su percepcion, atendida la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (eod. n. vers. *Advertendum tamen*).

LEY XXV.

El tercio, y quinto de mejoria fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos descendientes traxeren á colacion, ó particion.

1 Las mejoras de tercio y quinto no se deben sacar de las dotes, donaciones *propter nuptias*, ni de las demas que los hijos deben traer á colacion y particion,

sino

sino del residuo del caudal; porque los mejoramientos se regulan con respecto á los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte; y como de ellos estan ya fuera las expresadas donaciones desde que se hicieron y las adquirieron los hijos, justamente prohibe nuestra ley la expresada deduccion (n. 1.).

LEY XXVI.

Si el padre, ó la madre en testamento, ó en otra qualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos, ó descendientes, aunque no digan que lo mejoren en el tercio, ó en el quinto, entiéndese que le mejorarán en el tercio, y quinto de sus bienes; y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio, y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la quantidad del dicho tercio, y quinto, y legítima de que debian haber de los bienes de su padre, y madre, y abuelos, y no en mas.

LEY XXVII.

Mandamos que quando el padre, ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos, ó descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento, ó en otra qualquier última voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitucion, como fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vínculos, submisiones, y substituciones que quisieren, con tanto que lo ha-

gan entre sus descendientes legítimos, y á falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes legítimos que hayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes, que lo suso puedan hacer entre sus ascendientes, y á falta de los susodichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, y á falta de parientes entre los extraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio. Los quales dichos vínculos, y submisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoria, ora en el quinto: mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el testador declarare, sin hacer diferencia de quarta, ni quinta generacion.

LEY XXVIII.

La ley del fuero que permite que el que tuviere hijo, ó descendiente legítimo pueda hacer donacion fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas; y la otra ley del fuero, que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos, ó descendientes legítimos á tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda, y platique, que por virtud de la una ley, y de la otra no pueda mandar el padre, ni la madre á ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y en muerte.

LEY XXIX.

Quando algun hijo, ó hija viniere á heredar, ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos, y sus herederos á traer á colacion, y particion la dote,

y donacion propter nupcias, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote, ó donaciones fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos, y descendientes en lo que toca á las dotes; puesto que sea durante el matrimonio, á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas, para que lo partan entre sí, y para se decir la tal dote inofficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio, y quinto de mejoria: en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoria quando hizo la dicha donacion, ó dió la dicha dote, aviendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida, ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, demas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida, ó mandada: pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inofficiosas se aya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.

1 Colacion se llama propiamente por lo respectivo á la materia de que tratan estas leyes, un acto de traer alguna cosa propia, y contribuir con ella á un acervo y cúmulo de caudal comun para su division por iguales partes entre los interesados (n. 1.). Siendo la razon inductiva el evitar envidias y diferencias entre los hermanos con la igualdad que entre ellos induce la colacion; cuyo motivo es urgentísimo á presencia de infinitos exemplares que por envidia

se

se han verificado, entre los que lo es la muerte que á Abel dió su hermano Cain resentido de que Dios hubiese puesto mayor atencion en aquel y su ofrenda, que en este y la suya (n. 2. l. 4. tit. 15. p. 6.); cuya colacion tiene lugar, aunque los hijos sucedan al padre *ex testamento*; excepto si en él se preceptúe lo contrario; sin que obste contra todo lo propuesto serle facultativo al padre dexar en vida ó en muerte lo que quisiere á los hijos ó á un extraño, no tocando á sus legítimas, y que por lo mismo no deban colacionarse estas donaciones, como que en ellas se tienen los hijos por mejorados, por quanto esto se verifica asi quando consta claramente la expresada liberalidad de la voluntad del padre; mas no habiendo duda, porque entonces se cree que este quiere mas bien anticipar á los hijos la paga de legítimas, que no hacerles donacion alguna (n. 3.): con advertencia, que no se colaciona lo que les sea dexado por testamento, como que aquí cesa aquella presuncion (n. 4.).

2 Aunque el hijo que obtuvo en vida del padre alguna cosa sea instituido en parte desigual respecto de los otros sus hermanos, no dexará por esto de deberse colacionar donadío, porque la desigualdad de la institucion no induce la haya de haber tambien en lo que hubieren recibido los hijos en vida del padre, sino se observará únicamente en quanto á lo contenido en la última voluntad (n. 5.); advirtiéndose, que la colacion tiene lugar respecto de los que suceden universalmente, mas no de los que heredan por título particular: v. gr. un hijo instituido en cosa cierta, estándolo los demas en general, ó que le sea dexado algun legado en el testamento, ó ab intestado en disposicion codicilar: de que se deduce á la mayor

sa-

satisfaccion, que si todos los hijos fuesen instituidos cada uno en una cosa determinada, como que en este caso se conceptúan herederos universales, á efecto de que el padre no muera en parte testable, y en parte intestable, deben colacionarse quanto hayan recibido (eod. n. vers. *Secundum tamen*, et *Ex quo subtiliter*).

3 Las personas que deben colacionar son únicamente los hijos y demas descendientes á quienes se les deban sus legítimas, aunque el padre ó ascendiente muera ab intestado, sean hijos que esten baxo la patria potestad emancipados, ó que traten de suceder á la madre, adoptivos, legitimados, ó nietos que sobrevivan á la persona media á quien representan, colacionando con sus tios ó connietos lo que aquella hubiere recibido del abuelo de estos (n. 6.), ó los mismos nietos sobrevivientes despues de muerto su padre (n. 7.): y por el contrario, instituyendo este al hijo juntamente con los nietos de él, ó dexando á dicha persona media su legítima, hiciere la institucion solo á los nietos, no deberán estos mismos colacionar cosa alguna, ni con el padre coheredero, ni ellos entre sí, por suceder en este caso en calidad de extraños, mediante á vivir todavía la persona media que les precede (eod. n. vers. *Decimo infero*).

4 De la regla general que queda sentada se deduce, que aunque el hijo haya renunciado con juramento de la sucesion de sus padres, no obstante, si estos lo instituyen deberá traer á colacion y particion lo que hubiese recibido, mediante á que por la institucion recuperó los derechos de su legítima, y quedó reducido al sistema en que se hallaba antes de la renuncia (n. 8.), sin que en los hijos naturales respec-

pecto del padre se considere obligacion á conferir, por no deberles legítima alguna (eod. n. vers. *Duodecimo*).

5 Entre los ascendientes no hay colacion respecto de la sucesion y herencia de los descendientes, pues aunque entre estos se verifica quando heredan á aquellos, es la razon de diferencia; porque quando los padres dan en vida á sus hijos alguna cosa, se presume lo hacen por cuenta de las legítimas que les han de dexar, como que aquellos esperan por lo natural haber de morir antes que estos; pero como los descendientes presumen, segun el orden natural, sobrevivir á sus ascendientes, no se conceptúa que lo que á estos suministran lo hacen con respecto á lo que por su muerte pueda pertenecerles, sino que es un efecto de liberalidad (n. 9.). Y aunque en la ley 6. de Toro se previene que los ascendientes sucedan á sus descendientes, como estos á aquellos, se entiende esta comparacion en quanto á la necesidad de instituirse herederos ó sucederse ab intestado, y el propio orden y grado que debe guardarse; mas no respecto á la qualidad de suceder, de que es prueba suficiente no verificarse transmision ni representacion en la linea ascendental, como en la descendental (eod. n. vers. *Secundo et quidem*). En inteligencia que por las razones arriba apuntadas tampoco hay colacion entre los colaterales ó extraños que solo suceden *ex testamento*, ni entre estos y los hijos instituidos juntamente (eod. n. 9. vers. *Decimoquarto*, et *Decimoquinto*).

6 Los bienes conferibles son únicamente aquellos que los hijos hubieron del mismo ascendiente á quien vienen á heredar; y asi no los castrenses, quasicastrenses, ni los adquiridos por el hijo con su industria y trabajo, ó de otras personas, se deben colacio-

cionar; y sí únicamente los profecticios que los hijos tuviesen de sus padres (n. 10.), y deban precisamente computarse por cuenta de legítima (n. 11.). Con advertencia, que aunque el padre instituya al hijo en la suya, sin embargo habrá este de traer á colacion y particion lo que hubiese percibido en vida de aquel; pues no se presume remitido con el hecho de la institucion (eod. n. vers. *Pulchrum*).

7 La regla mas acomodada para discernir qué bienes de los dados por los padres á los hijos deban colacionarse, es inspeccionar si fue donacion hecha por causa necesaria, util ó piadosa, ó si se executó puramente por mera liberalidad, siendo aquellas conferibles, y esta de ningun modo imputable. La razon de lo primero es, que como hubo motivo cierto é impulsivo para haber el padre donado al hijo, no se puede atribuir á especie gratuita, y sí solo para su compensacion en el debido tiempo; á que se agrega que la donacion *ob causam* es por lo regular quantiosa, y la que nace de mera gracia, de poca monta (n. 12.). De que se infiere, que la dote, ó su estimacion si causó venta, la donacion *propter vel ante nuptias*, las arras y demas que se hacen por los padres en favor de los hijos por causa del matrimonio, son conferibles (n. 13. O), como tambien lo dado á la hija para que entre en Religion; pues esta dádiva es en realidad una dote para el matrimonio espiritual que contrae con Christo (n. 14. P): lo mismo los vestidos y galas que el padre diese á la nuera, por considerarse hecha esta dádiva por contemplacion del hijo (n. 15.): mas no son computables los gastos

(O) *Vid.* Ayor. *de Part. p.* 3. *c.* 14. *n.* 49.
(P) P. Molin. *de Just. et jur. tract.* 2. *disp.* 238.

tos que el padre expendiere en la celebridad del matrimonio, como si tuviese algun convite &c., pues esto redunda en honor del mismo padre (eod. num. vers. *Quinto infertur*. Tampoco lo que gastase para que el hijo aprenda alguna ciencia, ya por conceptuarse peculio quasicastrense, y ya por subrogarse en lugar de alimentos, los quales como debidos por derecho natural no deben traerse á colacion (n. 16. l. 5. tit. 15. p. 6.); excepto si el padre tuviese en su poder algun peculio castrense, quasicastrense, ó adventicio del hijo, ó bien en dinero, ó bien en hacienda, en cuyo caso se presume que el padre gasta de este poyo; lo mismo si aunque no lo tuviese pueda constar ó presumirse por algunas conjeturas que dichos gastos los hacia con ánimo de que se computasen: v. gr. si llevase alguna apuntacion de ellos; ó tambien si de no colacionarse resulta notable desigualdad entre los hermanos; ó el hijo con quien se gastó no hubiese aprovechado en aquella facultad á que fue destinado (eod. n. 16. vers. *Secundo limita*).

8 No se deben traer á colacion y particion aquellos gastos que el padre en sus casas hubiera de tener precisamente con el hijo, como alimentarlo, vestirlo y educarlo; y esto aunque aquel protestase expresa ó tácitamente la colacion de dichos gastos, atendiendo á que todos ellos nacen de la obligacion que tiene en conferirlos al hijo, y en términos que no puede eximirse de ella (eod. n. 16. vers. *Unum tamen*, et *Et in expresso* Q). En inteligencia, que la protestacion del padre en las dádivas que hace al hijo produce el efecto de que estas se colacionen, siempre

(Q) *Vid.* Ayor. *de Part. p. 2. q. 13. n. 39. vers.* Lo qual se ha de entender.

pre que aquella se haga al tiempo de la donacion, siendo en favor de hijo emancipado, en cuyo caso es válido el donadío; mas no quando la protesta se hiciere despues, excepto quando la donacion se executa en favor de hijo aun todavía exîstente baxo la patria potestad; porque entonces, como desde luego no es válida (si no que intervenga juramento), y espera su confirmacion por muerte del padre donante, siempre es tiempo oportuno para protestar su colacion (eod. n. vers. *Item adde*, et nn. 26. y 27.).

9 Aunque los libros que el padre hubiere comprado al hijo exîstan al tiempo de la muerte de aquel, no se deben traer á colacion y particion como no precediese protesta de lo contrario en la sazon de donarlos, ó los libros fuesen no solo los necesarios para aprender, sino que compongan una regular porcion para un facultativo, porque entonces se deben conferir. Advirtiéndose que hoy tanto las donaciones simples, quanto las hechas por causa de estudio, ú otras, v. g. las de la ley 26. de Toro, que no se traen á colacion, se imputan en el tercio y quinto de los bienes del padre en que se conceptúan mejorados los hijos en favor de quienes se hicieron aquellas; y si el valor del donadío excediese al de dicho tercio y quinto, se habrá de tener este sobrante en cuenta de legítima, de la qual si aun todavía se verificare exceso, se debe restituir á los otros interesados lo que se considere de sobrante en dicha donacion, como que es inoficiosa (nn. 17. et 29. vers. *Et sic ex prædictis*).

10 Como quiera que la obligacion de alimentar el padre á los hijos se entiende únicamente deberlo hacer en sus casas, no pueden estos precisar á aquel á que le suministre quanto necesite para estudiar fuera

ra de ellas; ni aunque hubiese empezado á hacerlo, á que en ello continúe: excepto si tuviese el padre decentes facultades para contribuir á un fin tan recomendable, ó aunque no las tenga, si fuese para estudiar Gramática, por ser esta una basa que sirve para todo; y de consiguiente los hermanos, muerto el padre, tampoco se podrán obligar á los expresados gastos, sino en los casos que quedan exceptuados (n. 18.). No debiendo tampoco colacionarse lo que el padre hubiere dado para redimir al hijo del cautiverio, porque se presume hacerlo por caridad y afeccion (n. 19.): no por el propio motivo lo que haya pagado por razon de algun delito cometido por el hijo, si no que el padre tuviese en su poder peculio de este, ó hubiere hecho aquella satisfaccion por necesidad, como si se hubiere constituido por fiador del hijo (n. 20. R).

11 Tambien es conferible lo que hubiese el padre gastado por alcanzar al hijo algun empleo, oficio ó dignidad; y esto aunque hubiese sido graciosamente por empeño y súplicas del padre sin gasto alguno (n. 21. vers. *Item adde* XXI).

12 No es conferible la donacion hecha á los hijos en premio de condignos méritos que para ello tenga, porque en realidad se considera una especie de peculio adventicio, el qual no hay duda no colacionarse: á cuyo fin no basta que el padre confiese dichos méritos en su disposicion, como que se trata de perjudicar á tercero, y por lo mismo su aserto se gradua por

(R) *Vid.* Ayor. *de Part.* 2. *p. q.* 17. *n.* 53.

(XXI) Véase Ayora, *de Part.* 2. *p. q.* 18. desde el num. 56. hasta el 59., donde trata de si sea ó no conferible lo que el padre ó madre impendiese en conseguir á favor del hijo Clérigo algun Beneficio, Dignidad &c. pleyteando, solicitando Bulas, ó practicando otras gestiones semejantes.

por sospechoso: antes bien es necesario que aquellos se hagan ver por el donatario: siendo suficiente la declaracion del padre únicamente á efecto de que el hijo se considere mejorado en el tercio y quinto de sus bienes en quanto alcanza el importe de la donacion, deducidas las legítimas de los demas hijos (n. 23.).

13 Si el hijo adquiriese de los bienes que tenia del padre algun lucro á fuerza de su industria y trabajo, no se debe conferir por ser peculio adventicio; pero si no se hubiere verificado personalidad suya, v. g. porque la ganancia fuese producida en poder de algun mercader que tomó dinero á ganancias, se debe traer á colacion y particion; y si se dudare si intervino ó no trabajo y agencia en el tal hijo, se dividirá de por mitad el expresado lucro, quedándose este con una parte, y la otra para su division y particion entre los otros hermanos. Con advertencia, que al hijo que administra y cuida del caudal del padre por estar este imposibilitado á causa de vejez ú otro motivo, y estar los hermanos en su menor edad, se le debe considerar algun contingente por su ocupacion y trabajo (n. 24.). Bien entendido, que si al tiempo de morir el padre, ó despues, se encuentre poseer el hijo algun caudal, dudándose el conducto por donde lo hubiese adquirido, se debe presumir dimanado de los bienes del padre, si el hijo los hubiese estado manejando en sus casas; y si hubiere estado separado, de su industria y trabajo (eod. n. vers. *Duodecimo infero*).

14 Asimismo será conferible é imputable lo que el hijo hubiere disipado ó substraido al padre siempre que aquel estuviese emancipado, porque contra él tenia este accion civil para repetirlo; mas no si el hijo estuviese baxo la patria potestad: en cuyo caso, como solo media una obligacion natural de parte del hijo

que disipó, no puedèn conseguir sus hermanos la restitucion ó reintegro de lo expendido, sino por compensacion ó retencion (n. 25.).

15 No debe traerse á colacion y particion el importe del usufructo que el padre hubiese remitido al hijo, y que le pertenecia de los bienes adventicios de este; porque en realidad no es donacion, y sí solo una abdicacion y renuncia de un derecho que le competia (n. 29.): bien sea la remision del mismo derecho del usufructo, de sus emolumentos, perpetua ó sin expresion alguna; porque en duda siempre se presume hecha para todo el tiempo en que el padre habia de tener el dicho usufructo: y aunque se le permita por este al hijo la percepcion de sus emolumentos, no durará mas que ínterin se verifica la tolerancia y taciturnidad (eod. n. vers. *Quod extende*).

16 Haciendo el padre alguna donacion simple al hijo, aunque este en ella se conceptúe mejorado conforme á la ley 26. de Toro, no se ha de imputar primeramente en la legítima, para que el sobrante se considere por mejora, sino por el contrario, se ha de hacer el cómputo en el tercio y quinto del caudal, y el exceso se tendrá por cuenta de legítima: cuya graduacion la inducen las palabras de la citada ley 26. *y si de mayor valor fuere &c.*, haciendo primeramente expresion del tercio y quinto, y despues de la legítima (n. 30.).

17 Para que haya lugar á la colacion ha de ser entre los hijos y descendientes que por qualquier capítulo vengan á la sucesion del padre ó ascendiente, pues siempre se verifica la razon inductiva de aquella, reducida á evitar envidias y desazones: que sucedan por título universal, y no particular, como por legado, donacion, fideicomiso &c.; bien que siendo inofi-

oficioso se restituirá su exceso á los demas herederos: que los bienes de cuya colacion se trate procedan del matrimonio de aquel de cuya sucesion se trata: que sean adquiridos en vida de este, y no por su fallecimiento, como legado, fideicomiso, donacion por causa de muerte, ó la que se confirma por la misma: que los hijos y descendientes tengan derecho á las legítimas (n. 31.); y últimamente, que estos quieran heredar; porque si han renunciado pueden retener lo que el padre les haya dado, ó pedir lo prometido, sin obligacion á conferirlo, y sí solo con la de restituir aquella porcion que excediese del tercio y quinto, y tambien de su legítima, ya tocando en las de los demas hermanos á causa de lo inoficioso de la expresada donacion (nn. 32. y 33.): y esto aunque fuese por via de dote, pues la hija aun durante su matrimonio, con arreglo á lo expresivo de nuestra ley 29., tendrá que restituir aquello que excediere del tercio y quinto, y de su legítima, á sus hermanos, quienes á este fin tienen una especie de accion revocatoria, como que la dacion de la referida dote es una enagenacion fraudulenta, aunque de parte del marido de la hija dotada no se verifique fraude alguno; porque aunque regularmente para revocar el acreedor la enagenacion hecha por su deudor, es indispensable intervenga dolo asi en el vendedor como en el comprador: consiste la razon de diferencia, en que los hijos respecto de sus legítimas son unos acreedores reales por el derecho que tienen á los bienes de su padre; lo qual no es asi en otro qualquiera á quien solo asiste accion personal; mayormente quando este trata de revocar toda la enagenacion, y los hijos solamente la parte de inoficiosa (n. 34.). Con advertencia, que para graduar de excesiva á la dote se ha de atender, ó el tiempo de su cons-

titucion, ó el de la muerte del donante, segun mas bien parezca al marido de la dotada. Pero en otra qualquier donacion, en especial siendo lucrativa, no hay el arbitrio de elegir tiempos, antes bien el interesado se ha de sujetar al en que fallezca el padre de cuyos bienes se trata (n. 35.). No debiendo sacar el tercio y quinto de mejoria de la dote, donacion *propter nuptias*, ni de las demas que los hijos traen á colacion y particion, sino de los bienes que queden deducidas estas (eod. n. vers. *Item etiam*).

18 De varios remedios puede usarse para la colacion: primero, por liberacion quando lo que se ha de conferir fue prometido, y aun no se haya entregado: segundo, quando por el contrario, habiéndose verificado su entrega y solucion, se trae al cuerpo del caudal para su division: tercero, quando el hacer esto último no está en la facultad del que debe conferir; v. g. la dote que el marido posee no tiene arbitrio la muger para llevarla al cúmulo de bienes para su particion contra la voluntad de aquel; en cuyo caso toma de menos otra tanta porcion como importase la dote. En inteligencia, de que si el matrimonio fuese disuelto de forma que la hija esté en posesion de ella, debe traer á colacion y particion las cosas en que consista, y no su estimacion: y asi habiéndose constituido en bienes muebles, si estos no exîstan al tiempo de la muerte del padre, no es conferible la estimacion de ellos; y si en raices, aunque fuesen estimados sucederá lo propio, esto es, se deberán colacionar ellos mismos segun se hallen al tiempo de la muerte, aunque este les haya dado mas ó menos estimacion. Entiéndese esto quando la hija y sus hermanos no quieran pasar por el aprecio que á los bienes dotales se le dió en tiempo de constituirse la dote; pues como este fue negocio entre

tre suegro y yerno, no puede perjudicar ni á la hija ni á los demas interesados (n. 36.). Bien entendido, que el derecho de colacion, á exemplo de otros hereditarios, se trasmite á los herederos, *tam activè, quam passivè* (n. 37.).

19 Computacion ó imputacion es especie parecida á la colacion, pero en realidad son distintos conceptos. Aquella consiste en deber tener el hijo ó descendiente por cuenta de su legítima ó parte de ella alguna cosa ó cantidad que el padre le hubiese dado. Se verifica en los casos siguientes: primero, quando el hijo es instituido en menor porcion de la que corresponde á su legítima; pues entónces no solicitará suplemento á ella de los demas bienes, como en vida hubiese recibido del padre alguna cosa, sino esta misma se le deberá imputar en su legítima: segundo, quando el hijo se halla instituido generalmente en su legítima; en cuyo caso no debe percibirla, si al importe de ella alcanzare lo que el padre le tenga donado; y si faltare pretenderá su suplemento de los demas bienes: esto por quanto se le imputa dicha donacion: tercero, si el hijo fuese desheredado sin justa causa; pues entonces no debe quejarse de la disposicion como inoficiosa, si viviendo el padre hubiere recibido alguna cosa, por debérsele esta imputar en la porcion de legítima que le corresponda: quarto, instituyéndose al hijo ó hija en la donacion ó dotacion que se les habia hecho: en cuyo caso vale esta institucion, porque aunque sea respectiva á bienes que ya son de los hijos, como quiera que se les debe computar en cuenta de legítima, viene á ser en substancia el asunto un nombramiento de herederos en ella: quinto y último, quando estando el hijo instituido generalmente con el gravamen de restituir á otro la herencia, intentare de-

ducir primeramente su legítima; pues esto no lo podrá executar si le hubiese el padre hecho donacion de alguna cosa que complete aquella porcion debida, á causa de que en esta se le imputa lo donado (n. 38.).

20 Los bienes que deben computarse son la dote, donacion *propter nuptias*, y demas que se hacen por alguna causa necesaria, útil ó piadosa: de suerte, que mediante estos motivos no se conceptúa querer el padre hacerle al hijo aquella gracia, sino para que en adelante se le cuente en su legítima: lo qual no sucede asi en las donaciones simples que desde luego subsisten, como las hechas con juramento en favor de hijo emancipado, ó que no se halla sujeto baxo de potestad patria, como son los hijos respecto de la madre y su línea; pero aquellas que desde luego no valen, y esperan su confirmacion por muerte del padre donante, como se reputan en la clase de legados, ú otras finales dexaciones, son imputables en la legítima; mayormente quando no dexando el padre al tal hijo á quien donó cosa alguna, es creible que pudiendo haberla revocado, y no lo hizo, hace juicio de que la tenga por cuenta de su adaver (eod. n. *Et si queras*).

21 La computacion de la colacion se diferencia principalmente en tres cosas, que lo son verificarse la primera únicamente en los casos que quedan expresados: tener lugar solo *ex testamento*; y extenderse aun al caso de que concurran los hijos á heredar con personas extrañas: todo lo qual por el contrario se advierte en la colacion. Siendo de advertir, que todo lo que en los expresados tres casos se computa habiendo testamento, se colaciona muriendo el padre *ab intestato*, y no por el contrario: y aunque los legados y donaciones que se confirman por muerte

se

se imputan en legítima, y no se traen á colacion, lo causa la expresa prohibicion de derecho, y asi esta excepcion acredita la regla por el contrario (n. 39.). En inteligencia, de que en los ascendientes respecto de la sucesion de los descendientes, ni hay colacion ni computacion (eod. n. vers. *Unum tamen*).

22 Del mismo modo que la dote, donacion *propter nuptias*, ú otra alguna cosa de suyo computable, se le imputaria al hijo si viviese, asi tambien sucede al nieto que viene á heredar al abuelo por haber premuerto la persona media; ya porque aquellas donaciones provienen del mismo caudal del donante, y ya porque el hijo representa al padre por todos respetos: por cuyos dos motivos se extiende tambien la expuesta doctrina aun á los casos de que el nieto suceda con sus tios, ó que el abuelo hubiese prometido restituir la dote á la hija, ó á sus herederos; ó que la expuesta donacion ó dotacion se haya hecho en favor de hijo emancipado (n. 40.).

23 El nieto á quien el abuelo viviendo la persona media hizo alguna donacion de suyo conferible é incomputable por contemplacion del mismo donatario, y no de su padre, ni se le imputará á este último en su legítima, ni tendrá obligacion de colacionarla; y lo mismo sucederá al nieto respecto de la herencia de su padre, porque el donadío no provino inmediatamente de su caudal, sino del de el abuelo; debiendo verificarse lo propio si suceda á este por muerte de la persona media: lo uno porque viene representándola, y lo otro porque el nieto en la sazon que recibió del abuelo la donacion, como vivia el padre que le precede, no tuvo derecho á su legítima, y por lo mismo cesa en él la obligacion de conferir, y de que se le haya de imputar en su adaver la cosa do-

nada. Mas si el abuelo por contemplacion del hijo hubiere hecho al nieto la expresada donacion, deberá sufrir su imputacion la persona media; y lo mismo el nieto muerta esta, respecto de la sucesion del abuelo: siendo despues de cargo de dicho donatario traer á colacion con sus hermanos la referida donacion quando sucedan á su padre, ó con sus tios quando premuerto este hereden al abuelo; bien que si concurrieren tambien otros nietos, hermanos del donatario, se deberá despues respecto de ellos formar el propio cómputo y colacion (eod. n. vers. *Secundum*).

LEY XXX.

La cera, y misas, y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.

1 Los gastos de funeral, misas y entierro (en que se comprehenden los hechos de la última enfermedad para curacion del difunto (n. 2. S), generalmente hablando deben sacarse del cuerpo de la herencia, y despues las otras deudas, legítimas de los hijos, legados &c., atendiendo á ser un crédito tan privilegiado que se prefiera aun á los que tengan expresa hipoteca especial en los bienes del deudor, á la muger de este en su dote, y á todo otro qualquier acreedor (n. 2.). Y aunque habiendo hijos se deben deducir del quinto los expresados gastos conforme á nuestra ley, al parecer derogatoria en este caso de la dicha preferencia, como

(S) Cur. Philip. *lib.* 2. §. 12. *n.* 24. *Vid.* Ayor. *de part.* 2. *q.* 12. *n.* 25. Fontanel. *de part. nup. claus.* 6. *glos.* 2. *p.* 1. *n.* 33.

mo que el quinto se forma pagadas deudas: lo cierto es que esta ley habla y debe entenderse quando la herencia alcanza para pagar cómodamente funeral, deudas, legados, legítimas, y demas que haya; mas no en el caso de que no hay bienes del difunto, ó si los hay, son tan cortos que no bastarán á los gastos funerales; pues entonces estos se deducirán primero que otro algun crédito; y asi queda firme la regla de preferencia que va sentada (eod. n. 2.). En inteligencia que no se comprehende en las expensas de funeral los lutos de los hijos, muger del difunto, y criados; y si quisieren traerlos debe ser á su costa respectivamente. Siendo digno de advertir, que no se puede detener por los acreedores el cuerpo de su difunto deudor, porque á permitirse esto, causaria con el pestífero olor que echa de sí un gravísimo perjuicio al público (eod. n. l. 12. y 13. tit. 9. p. 7. et l. fin. tit. 3. p. 1.).

LEY XXXI.

Porque muchas veces acaece, que algunos porque no pueden, ó porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder á otros que los hagan por ellos: y los tales comisarios hacen muchas fraudes, y engaños con los tales poderes, extendiéndose á mas de voluntad de aquellos que se lo dan, por ende por evitar los dichos daños, ordenamos, y mandamos, que de aquí adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer herederos en los bienes del testador, ni mejoria del tercio, ni del quinto desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar, ni pupillar, ni exemplarmente, ni hacerles substitucion alguna, de qualquier calidad que sea, ni pue-

pueda dar tutor á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien mandó el comisario haga heredero, y en quanto á las otras cosas señalando para que le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló, y mandó, y no mas.

1 Disposicion captatoria es aquella por la qual puede engañarse el testador, cometiendo á otra persona su última voluntad, y está formalizado el testamento, bien contra la voluntad del principal disponente, bien fuera de ella. Esta disposicion es reprobada por derecho, porque hacerla cada uno de su final voluntad es un acto personalisimo dependente de su mero arbitrio (n. 1.); por cuya causa será insubsistente aquella en que se le dé á otro facultad para que instituya por heredero á quien le parezca; ó aunque se nomine desde luego por el poderdante, sea baxo la condicion *si quisiere* esta ó esotra persona, ó la en que se cometa la faccion de testamento, expresándosele al comisario el sugeto á quien ha de hacer heredero; bien es verdad que esto está permitido hoy por nuestra ley 31 (n. 2.). Igualmente está reprobado por idéntico motivo la dexacion de legado para la persona que el heredero quisiere, ú otro tercero, ó nombrándose desde luego al legatario baxo la condicion de que estos quieran. Pero si el testador dixo, *lego á Ticio, v. gr. tal cosa á arbitrio de mi heredero ú de Francisco*, en este caso vale la manda, por-

porque es visto cometerse á un juicio prudente y moderado; de modo que haciéndose nombramiento ó eleccion iniqua, se deberá no obstante el legado á Ticio: bien que las mandas pueden dexarse á voluntad del mismo legatario, cuya condicion obra el efecto de impedir su transmision ínterin se acepte el legado; lo qual no es asi en los contratos lucrativos, pues estos aunque puedan cometerse á arbitrio y voluntad del adquirente, desde luego hay transmision á los herederos de este; pero los onerosos de ningun modo pueden cometerse á otra voluntad ni arbitrio que al de un tercero, pues respecto de este no se prohibe lo captatorio (n. 3.).

2 La eleccion de persona incierta de ciertas puede cometerse á otro, como se verifica en el caso de nuestra ley, dando el padre facultad para que el comisario mejore á quien quisiere de los hijos y descendientes: y si el testador mejorare al que su misma muger eligiere con acuerdo y parecer de un tercero, aunque este falte sin haberse practicado la eleccion, ó no quisiere, podrá sin embargo hacerla la madre. De todo lo qual se infiere ser válida la comision que el testador diere á qualquier sugeto para que reparta sus bienes entre pobres (los que deben ser del mismo pueblo y domicilio del disponente) (n. 4.); sin que se conceptúe haberse mejorado asimismo aquel hijo que teniendo facultad del padre para ello no lo hizo, ó porque murió, ó por algun otro motivo que se lo impidió (eod. n. vers. *Juxta prædicta*).

3 Puede justamente constituirse ley positiva permitiendo la validacion de la disposicion captatoria; por quanto en ello no es inductiva de pecado, ni es contra buenas costumbres, lo qual acredita nuestra ley 31.: y por lo mismo será costumbre racional

nal la que induzca dicha validacion, como se advierte en la substitucion pupilar, en que la disposicion testamentaria del hijo impúbero está en el arbitrio del padre substituyente (n. 5.).

4 la muger puede ser comisaria de qualquiera; cuyo encargo, aunque no lo pierde casando segunda vez, sí en el caso de vivir luxuriosamente (n. 6.). Advirtiéndose, que el comisario no puede subdelegar las facultades de tal, conferidas por el testador (eod. n. vers. unic.).

LEY XXXII.

Quando el testador no fizo heredero, ni menos dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las en la ley próxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento, el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, y cargos de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes que pagadas las deudas montare, y el remanente se parte entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes ab intestato, y si parientes tales no tuviere el testador: mandamos que el dicho comisario dexándole á la muger del que le dió el poder, lo que segun leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer, sea obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pias, y provechosas á la ánima del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna.

Pue-

1 Puede qualquiera cometer á otro la distribucion de su caudal entre pobres, á quienes solo podrá darse la quinta parte del que pagadas deudas y cargos del testador, quedare, si al comisario solo se le confirió facultad de testar; y lo demas pertenece á los inmediatos parientes: y si estos no los hubiese, podrá el apoderado hacer distribucion de todos los bienes entre pobres y otras causas piadosas (n. 1.). Esto sin embargo de que el disponente haya dexado muger, pues á esta solo se le debe contribuir con su dote, mitad de gananciales, y demas que segun derecho le corresponde (n. 2.). Y si se verificare que el que dió semejantes facultades, bien para que su caudal se distribuya entre pobres, ó para que el comisario disponga de él á su arbitrio, no dexare ni parientes, ni muger, se podrá tambien practicar dicho reparto sin que tenga lugar el Fisco para sucederle, por no verificarse aquí caso de intestado (n. 3. l. 6. in fin. tit. 13. p. 6.).

LEY XXXIII.

El comisario para hacer testamento, ó mandas, ó para declarar por virtud del poder que tiene, lo que ha de hacer de los bienes del testador, no tenga mas término de quatro meses si estaba al tiempo que se le dió el poder en la Ciudad, Villa, ó Lugar donde se le dió el poder: é si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro destos nuestros Reynos no tenga, ni dure su poder mas de seis meses, y si estuviere fuera de los dichos Reynos al dicho tiempo tenga término de un año, y no mas, y pasados los dichos términos no pueda mas hacer que si el poder no le fuera dado, y vengan los dichos

chos bienes á los que los habian de aver muriendo el testador ab intestato, los quales términos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga, y alegue que nunca vino á su noticia que el tal poder le avia sido dado: pero lo que el testador le mandó señalada, y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa que avia de hacer el tal comisario: mandamos que en tal caso el comisario sea obligado á lo hacer, y si pasado el dicho término no lo hiciere, que sea avido como si el tal comisario lo hiciese ó declarase.

1 Aunque los albaceas y executores testamentarios regularmente tienen un año para hacer se cumpla la disposicion, sin embargo el comisario á quien se le encarga la faccion del testamento solo tiene de término para formalizarlo quatro meses, habiéndose hallado en el pueblo en que murió el poder-dante al tiempo de conferirlo: seis, si estaba fuera, pero dentro del Reyno: y un año si se hallase en otro distinto. Cuyo tiempo corre aunque por el comisario se alegue ignorancia de su comision; de forma, que pasados estos términos respectivamente, carece de facultades para hacer disposicion alguna, ni purgar la tardanza; perteneciendo en este caso los bienes á los parientes próximos del que confirió el expresado poder. En inteligencia que si se hubiese cometido al citado apoderado alguna cosa señaladamente, y no lo cumpliere pasado el tiempo correspondiente, se tiene por hecha (nn. 1. y 3.).

2 El testador puede ampliar ó restringir el tiempo del albaceazgo, y lo mismo el que da poder para que otro disponga su testamento en aquellos términos que el comisario tiene por ley (n. 2): contra cu-

cuyo transcurso no se admite restitucion de menor, si lo fuese el apoderado, ni menos *ex clausula generali*, siendo mayor; porque aquel beneficio procede quando redunda en utilidad del mismo que lo intenta, y no en la de otro, como se verifica en el caso presente en que al comisario poco ó ningun interes se le sigue de admitirse ó de negarse la restitucion, debiéndose imputar asimismo el que confirió el poder en haberlo dado á persona menos solícita y cuidadosa (n. 4.).

LEY XXXIV.

El comisario por virtud del poder que tuviere para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador avia hecho en todo, ni en parte: salvo si el testador especialmente le dió poder para ello.

1 Aunque el comisario tenga poder para hacer el testamento de alguno, no puede revocar ni en todo ni en parte el que este último hubiese hecho sin especial poder para ello; porque del mismo modo que ninguno puede hacer por otro testamento sin su expreso mandato, asi tampoco puede revocar el que el primero tuviese hecho.

LEY XXXV.

El comisario no pueda revocar el testamento que uviere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda despues de fecho hacer codicilo aunque sea ad pias causas, aunque reserve en sí el poder para lo revocar, ó para añadir, ó menguar, ó para hacer codicilo, ó declaracion alguna.

No

1 No puede el comisario hacer novedad que altere en modo alguno el testamento que á conseqüencia de su poder hubiese formalizado; mediante á que luego que esto lo executó cumplió su encargo, y espiró la facultad que el difunto le habia conferido; á exemplo del Juez que, pronunciada su sentencia difinitiva, no la puede rovocar, alterar ó mudar en parte alguna. Lo mismo se advierte en aquel que tiene poder para elegir, nombrar ó declarar; pues practicada la eleccion, nombramiento ó declaracion, carece de arbitrio para hacer novedad en ello (n. 1.).

LEY XXXVI.

Quando el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque se murió sin hacerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que uviesen de heredar sus bienes ab intestato: los quales en caso que no sean hijos, ni descendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador: á lo qual si dentro del año cuentado dende la muerte del testador no la cumplieren: mandamos que nuestras Justicias los compelan á ello, ante las quales lo puedan demandar, y sea parte para ello qualquiera del pueblo.

1 Verificándose por qualquier motivo de voluntad ó imposibilidad del comisario no haber hecho el testamento para que tenia poder dentro de los términos prefinidos en la ley 33. de Toro, no quedando descendientes ni ascendientes, entran heredando los

los bienes del difunto sus parientes colaterales con la obligacion de distribuir á beneficio de su alma la quinta parte del caudal dentro de un año, á que las Justicias podrán compelerles, ó de oficio ó á pedimento de parte (nn. 1. et 2. vers. *Secundo quæro*); sin que nuestra ley, como limitada, pueda extenderse á los demas casos en que sin haber nombramiento de comisario se verifique fallecer ab intestado (n. 2. XXII). Bien entendido, que aunque los tales herederos dexen de cumplir en el año con la obligacion que tienen de costear los sufragios correspondientes, no se les debe privar de los bienes del difunto: porque esto se verifica únicamente quando omiten el encargo hecho por el mismo á quien heredan, en pena de su indignidad (eod. n. 2. vers. *Tertio quæro*).

2 El motivo principal de que queden privados de los bienes hereditarios los parientes que sucedieron en ellos por no haber cumplido el comisario con su encargo en el término prefinido, en caso de que no distribuyan el quinto por el alma del difunto dentro de un año, es el favor la causa pia. Advirtiéndose, que esta tiene otros muchos privilegios, quales son: primero, adquirir dominio sin contradiccion: segundo, ser válida la donacion que se le hace de todos los bienes, asi presentes, como futuros; como se verifica entrando alguno en Religion: tercero, no fa-

(XXII) Así está decidido hoy este punto en Real Pragmática de 2 de Febrero de 1766, que es la ley 16. tit. 4. lib. 5. de la Recopil. del año de 1772, en que se prohibe expresamente dicha extension, y que con el referido pretexto de intestado se intrometan los Jueces á inventariar los bienes del difunto, en los que deberán suceder sus parientes con la carga de funeral, y demas sufragios correspondientes al pais, calidad, caudal, y circunstancias de aquel.

favorecer el Senado-consulto Velleyano á la muger que sale por fiadora de causa piadosa: quarto, que si el testador encargue al heredero la restitucion de sus bienes baxo la condicion *si sine liberis decesserit*, aunque este no deba hacerla entrando en Religion, pues esta se tiene en lugar de hijo; lo contrario será si fuere substituta alguna otra causa pia, á la qual se le restituirán desde luego los citados bienes: quinto, considerarse cancelado por error, y no por voluntad del testador, el legado que en realidad lo esté, siendo hecho en favor de causa pia: sexto, prevalecer la sentencia que entre dos ó mas discordes hubiere en favor de aquella: séptimo, que la donacion hecha á la causa pia no se revoca por supervenencia de hijos, excepto en lo tocante á sus legítimas: octavo, deberse preferir la misma en la venta hecha á muchos, aunque otro haya tomado posesion de la cosa: nono, que aunque en los contratos inominados *re adhuc integra* pueda arrepentirse qualquiera de los contrayentes, no asi quando la penitencia redunda en perjuicio de la causa pia: décimo, admitirse qualquiera sin poder, dirigiendo la solicitud en favor de ella: undécimo, que aunque en el legado ú otra cosa dexada para su prestacion en este ó esotro año no nazca hasta el fin de este la obligacion de su entrega, siendo en favor de causa pia, se debe desde el principio: duodécimo y último, que aunque por lo regular las dexaciones extendidas con generalidad ú obscuridad se consideren con respecto á la menor cantidad, lo contrario se verifica quando son en beneficio piadoso (eod. n. tot. vers. *Ex quo*).

LEY XXXVII.

Quando el testador nombrada, ó señaladamente hizo heredero, y hecho dió poder á otro que acabase por él su testamento, el tal comisario no pueda mandar mas despues de pagadas las deudas, y cargos de servicio del testador de la quinta parte de sus bienes del testador: y si mas mandare, que no vala, salvo si el testador especialmente le dió el poder por á mas.

1 El comisario á quien con señalamiento de heredero se le da poder para que finalice la disposicion, puede, pagadas que sean las deudas, arbitrar de lo que quedare hasta en la quinta parte, haya ascendientes ó descendientes; pues este caso, aunque no lo exceptuó nuestra ley, como lo hizo la 36. procedente de él, en que por no haber cumplido con su encargo el comisario dentro del término competente, entran heredando los parientes, quienes no siendo descendientes ó ascendientes, están obligados á distribuir el quinto. Advirtiéndose, que en el primer caso podrá excederse el comisario siempre que tenga facultad para ello, excepto del quinto habiendo hijo, ó del tercio si son ascendientes (nn. 1. y 2.).

LEY XXXVIII.

Quando el testador dexare dos, ó mas comisarios, si alguno, ó algunos dellos requeridos no quisieren, ó no pudieren usar del dicho poder, ó se murieren, el poder quede por entero al otro, ú otros que quisieren, y pudieren usar del dicho po-

der, y en caso que los tales comisarios discordaren, cúmplase, y execútese lo que mandare, y declarare la mayor parte dellos: y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados á tomar por tercero al Corregidor, ó Asistente, ó Gobernador, ó Alcalde mayor del Lugar donde fuere el testador, y si no uviere Corregidor, ni Asistente, ni Gobernador, ni Alcalde mayor, que tomen el Alcalde ordinario del dicho Lugar por tercero. Y si muchos Alcaldes ordinarios uviere, y no se concertaren los dichos comisarios, qual sea, en tal caso echen suertes, y el Alcalde á quien cupiere la suerte se junte con ellos, y lo que la mayor parte declarare, ó mandare, que aquello se guarde, y execute.

1 En caso que esten nombrados muchos comisarios, se entiende tener todos ellos juntamente, y no el uno sin el otro, la facultad de disponer el testamento; pero si alguno, sin embargo de estar requerido, no quisiere ó no pudiere concurrir con los otros para el expresado fin, estos podrán disponer la última voluntad, subsistiendo en caso de discordia lo que la mayor parte acordare; y si fueren iguales en número los discordantes, deberá prevalecer el dictamen que fuere confirmado por el Juez del pueblo del testador; el qual debe elegirse por los comisarios, ó por suerte, no hallándose estos conformes acerca de quien ha de ser de dos ó mas Jueces que haya en dicho pueblo (n. 1.).

2 La resolucion principal de esta ley se corrobora por otros casos, en los que se verifica lo mismo, v. g. en el de que muchos Jueces ordinarios ó delegados que una vez que conocieron juntos de algun negocio, de-

deben determinarlo en la propia forma, prevaleciendo lo que la mayor parte resolviere; con advertencia, que discordando los ordinarios, son nulas ambas sentencias, excepto la que se termine en favor de causa pia, libertad, matrimonio, ó si fuere absolutoria: pero siendo la discordia entre delegados, queda suspensa una y otra providencia hasta que se confirme alguna por el superior; y esto aunque medie el favor de aquellas causas (nn. 2. y 3. T). Sin que sea de omitir, que aunque discordando los Jueces árbitros, subsista el dictamen en que la mayor parte se conformare, han de haber estado todos ellos presentes al acto de arbitrar; porque faltando alguno por ausencia, muerte, voluntad, ú otro qualquier motivo, los demas carecen de facultad para decidir el compromiso (si no que aun para este evento se les hubiese dado poder por los compromitentes), porque podrian las razones del que faltó vencer á los otros á que condescendiesen con su parecer (n. 4. l. 28. y 32. tit. 4. p. 3.). Lo propio acontece quando estan nombrados muchos Procuradores, quienes no siéndolo *in solidum*, no pueden unos sin los otros evacuar cosa alguna de las contenidas en el poder, venciendo en caso de discordia lo que la mayor parte executare: de que se infiere, que como los tutores y curadores lo son regularmente *in solidum*, puede alguno sin los demas autorizar qualquier acto; bien es verdad que la administracion de los bienes es divisible, y cada uno en la parte que le corresponda podrá únicamente prestar su autoridad. Bien entendido, que la suerte (de la qual no hay apelacion por no conceptuarse superior alguno para ella) solo tiene lu-

(T) *Vid.* Cur. Philip. *p.* 1. §. 7. *n.* 15.

lugar en los casos expresos de ley, y quando la duda consiste, no en hecho, sino en derecho (n. 5.).

LEY XXXIX.

En el poder que se diere al comisario para hacer todo lo susodicho, ó parte dello intervenga la solemnidad del Escrivano, y testigos que segun leyes de nuestros Reynos han de intervenir en los testamentos, y de otra manera no valgan, ni hagan fe los dichos poderes.

1 La misma solemnidad que se requiere en los testamentos es necesaria en los poderes que se confieren para que otro los haga; pues la propia virtud y efecto que se considera en el consiguiente, qual es la disposicion que executa el comisario, se debe verificar en el antecedente, que es el poder para aquella; y asi queriéndose formalizar por el apoderado testamento cerrado, es indispensable que en el mandato haya intervenido la solemnidad que en aquel se previene por la ley 3. de Toro (nn. 1. y 2.).

LEY XL.

En la succesion del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dexare fijo, ó nieto, ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayorazgo pertenescia. Lo qual no solamente mandamos que se guarde, y platique en la succesion del mayorazgo á los ascendientes,

tes, pero aun en la succesion de los mayorazgos á los transversales, de manera que siempre el hijo, y sus descendientes legítimos por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no ayan succedido en los dichos mayorazgos, salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó, y ordenó el mayorazgo, que en tal caso, mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.

1 Mayorazgo en general es cierta dignidad y prerogativa de suceder que tiene el primogénito entre sus cognados (n. 1. U). Esta sucesion prelativa proviene de derecho Divino, del de Gentes, y del Positivo: del primero, en quanto por él estaba establecida en el mayor de los hermanos la preeminencia en muchos particulares, como en el de ofrecer los sacrificios, tomar la bendicion del padre al tiempo de su muerte, estar siempre á su diestra, y otros infinitos: del segundo, porque de él trae origen la herencia y sucesion: y del tercero, respecto á permitirse por él que qualquiera pueda gravar sus bienes con su restitucion á esta ó esotra persona (n. 2. *).

El

(U) *Vid.* Dom. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 22. Dom. Roxas de Almans. *disp.* 1. *quest.* 1. *n.* 6.

(*) „Por Real Cédula de 14 de Mayo de 1789, y á conse„qüencia de un decreto del Rey nuestro Señor de 28 de Abril „del mismo, se prohibe toda fundacion de mayorazgo, vínculo (aun„que sea por via de agregacion), ú otra qualquiera disposicion que „termine á perpetua inalienacion de los bienes, sin que preceda „Real permiso, el qual se concederá únicamente en el caso de „que las rentas de estos pasen de tres mil ducados, no consista la „mayor parte de la fundacion en raices ú otros bienes estables, si„no es en censos, juros, efectos de Villa, acciones &c., y que la „distincion del fundador y su familia exîja esta gracia de S. M.

2 El derecho de primogenitura puede consistir ó en la soberanía de los Reyes, Príncipes, Emperadores, y demas que en lo temporal no reconocen superior, ó en el título de algun Ducado, Condado, Marquesado ú otros Señoríos, que aunque atribuyan al que lo obtiene mucha grandeza, honor y jurisdiccion, es con subordinacion á superior; ó en el goce, derecho y posesion que sobre qualesquier bienes tienen algunos particulares (n. 3.). En inteligencia, de que proviniendo el derecho de reynar del Divino y de Gentes, pueden los vasallos elegir Soberano en el caso de no haber sucesor, ó que sean pueblos libres que no reconozcan superior (n. 4. l. 9. tit. 1. part. 2.).

3 El derecho á la corona siempre se difiere por sucesion á los parientes, segun la prerogativa del grado, y aunque este sea remotísimo (n. 5. l. 9. tit. 1. p. 2. et l. 2. in fin. tit. 5. ead. p.): debiendo aquella estar en uno, y no en dos ó mas personas, por los inconvenientes previstos aun por las sagradas letras (n. 6. X); y que sea el varon mayor entre sus hermanos (n. 7. l. 2. tit. 15. p. 2.): bien que en defecto de varones se admiten las hembras, pues son capaces de tener y exercer jurisdiccion por sí mismas (n. 8. l. 2. prop. fin. tit. 15. p. 2. XXIII).

4 Si el Soberano fuere menor de veinte y cinco años debe proveérsele de curador aunque lo repugne; porque aunque regularmente no pueda recibir-

(X) Dom. Rox. Alm. *disp.* 1. *q.* 5. *n.* 19.

(XXIII) En este particular se advierte la novedad que se expresa en la ley fundamental del Señor Don Felipe V., su fecha en Madrid á 10 de Mayo de 1713, inserta en el tomo de Autos acordados, *Aut.* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.*

birse contra la voluntad del adulto para el gobierno de sus bienes, es muy diferente lo primero, por consistir en una administracion pública y mas peligrosa, como que se termina á la direccion y gobierno de sus súbditos (n. 9.): y asi tampoco debe demorarse la provision de dicho curador á pretexto de no encontrarse fiador seguro para resultas de encargo tan delicado (eod. n. vers. *Circa hoc*).

5 Los Reyes y demas Soberanos tienen en sus dominios ciertos derechos y preeminencias correspondientes al supremo poderío que obtienen, y de que carecen los Grandes y Señores, si no que les hayan sido concedidos. Aquellos consisten: primero, en la facultad de establecer leyes é interpretarlas: segundo, ser válida la venta hecha por el Soberano de alhaja agena, y quedarle á su dueño en este caso solo el efugio de la repeticion contra el Fisco: tercero, en fabricar moneda: quarto, poder revocar una sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada: quinto, conceder legitimaciones á hijos espurios é incestuosos: sexto, cometerse delito de lesa Magestad quando se ofende al Soberano: séptimo, restituir al infamado á su antiguo crédito y opinion: octavo, perdonar al delinqüente, y remitirle la pena en que hubiese incurrido, como no haya parte acusante: nono, conceder al deudor moratoria para que el acreedor le espere: décimo, quitar la apelacion en los casos en que la hay: undécimo, conocer de su propia causa: duodécimo y último, dispensar la edad á los menores de ella. Siendo digno de advertir, que aunque el Rey conceda á algun Duque, Conde ó Marques, ú otro Señor temporal, los privilegios de sus regalías, quedan no obstante exceptuados aquellos que corresponden al supremo poderío y peculiar de la dignidad del Soberano (n. 10.).

6 La primogenitura consistente en algun título de Duque, Conde, Marques &c., proviene de concesion hecha por el Monarca, ó en virtud de prescripcion; teniendo aquellos en los pueblos de su Señorío, jurisdiccion y vasallage los mismos derechos que este en su Reyno, á excepcion de los que le son reservados en señal de la suprema potestad (n. 11. l. 12. in fin. tit. 1. p. 2.). Bien entendido, que si el Príncipe hiciere á alguno donacion de Villa, Lugar, Fortaleza ú otro territorio con título de Duque, Marques &c., como que se presume executarla con la prerogativa inherente á estas dignidades, deben seguir los bienes donados por via de mayorazgo en el mayor de los hijos y descendientes, sin dividirse como si fuera caudal libre entre los hermanos. Bien es verdad, que si á alguno que teniendo bienes sueltos, y no sujetos á restitucion, se le haga concesion de alguna de dichas dignidades, no pertenecerá todo al mayor de los hijos; antes bien se dividirán aquellos entre estos, y el título espirará, como personal, por muerte de aquel á quien se concedió (n. 12.).

7 Asimismo esta voz *mayorazgo* consiste en bienes particulares, unidos é incorporados, y prohibidos de enagenarse; cuya posesion reside en alguna persona particular. Para cuya mejor comprehension es de suponer, que ningun dueño ó poseedor de qualquier cosa puede por contrato entre vivos prohibir su enagenacion, pues esta subsiste si se hiciere; bien que queda responsable al interese aquel á quien se le impuso el gravamen con su consentimiento (nn. 13. 14. y 15.): por quanto si fuera subsistente el referido pacto prohibitorio, se privaria el prohibente del dominio de la alhaja adquirida por sola la convencion, y sin retradicion; lo qual no es conforme, mediante á que del mis-

mismo modo que el dominio no se adquiere regularmente sin tradicion, asi tampoco debe perderse sin retradicion, atendida la regla natural de que la disolucion de las cosas se verifica por los modos de su constitucion (n. 16). De que se deduce, que en todos los casos en que por solo el título, sin tradicion alguna verdadera ó ficta, se transfiere el dominio, ó se constituye *jus in re*, en los mismos se puede impedir la enagenacion por sola la convencion, prefiriéndose entre los adquirentes el primero en el título si fuese privilegiado; v. g. la causa pia, ó el contrato pignorático é hipotecario (eod. n. vers. *Ex quibus infero*).

8 Aunque por lo regular no se puede prohibir la enagenacion de la cosa por solo el contrato y convenio de las partes, se exceptuan varios casos en que les es facultativo hacerlo: el primero es quando se prohibe al comprador ú otro tercero, que sobre el fundo enagenado se construya Iglesia, Monasterio ó alguna fortaleza; pues aquí debe observarse el pacto, porque de lo contrario, como que la cosa quedaria exîmida del comercio humano, seria imposible ó por lo menos muy dificil su recuperacion (n. 17.). El segundo se verifica, si el enagenante reservare en la alhaja algun derecho; v. g. hipotecando esta misma para el cumplimiento de la convencion (n. 18. l. fin. tit. 5. p. 5.): lo qual ha de ser especialmente, porque la hipoteca general de todos los bienes no bastaria para dicho efecto (n. 19. vers. *Superiorem.* Z). El tercero acontece quando en el pacto y prohibicion de no enagenar interviniese cláusula translativa de posesion; v. g. si el donante ó vendedor dixere, que en caso de contravenirse al pacto prohibitorio, habia de volver á sí

(Z) Dom. Salg. *in Laberint.* 2. *p. c.* 9. *n.* 24. *vers.* Et magis. *et cap.* 11. *á n.* 5.

sí el dominio de la cosa; y al mismo tiempo el adquirente se constituya desde entonces por inquilino, tenedor y poseedor de ella á nombre del que enagenaba; pues llegado el evento de contravenirse á la prohibicion de enagenar, queda este último, á conseqüencia de la cláusula de constituto y ficta tradicion, dueño otra vez de la alhaja que vendió, donó, ó en otro qualquier modo enagenó; siendo conveniente para la perpetua firmeza de dicha prohibicion, pues la citada cláusula solo tiene lugar en vida del donatario, comprador &c., como que el constituto no es transitorio á los herederos (n. 21. vers. *Primo sic*); que aquel en cuyo favor se hace la donacion ó formaliza la venta, prometa cumplir lo estipulado en punto de prohibicion de enagenar, hipotecando al mismo tiempo para su observancia todos los bienes generalmente, y en especial los contenidos en el contrato, y de cuya enagenacion se trata: de modo, que con esto no solo se impide su enagenacion, sino que tambien se puede repetir contra qualquier tercero poseedor de ellos. Advirtiéndose, que la prohibicion de no enagenar hecha por contrato entre vivos, será eficaz si fuere por via de vínculo ó mayorazgo; y asi aunque el poseedor de este enagenare sus bienes, se transfiere en el inmediato sucesor por ministerio de la ley 45. de Toro el dominio y posesion de ellos, muerto que sea el citado enagenante (n. 20.).

9 Otro de los casos en que se puede prohibir la enagenacion de los bienes por acto entre vivos, es quando el Juez movido de alguna justa causa asi lo decreta; v. g. por prodigalidad del sugeto á quien se lo impide, temor de fuga, ser la cosa legítima, y otros motivos que pueden verificarse (n. 24.). Bien entendido, que no puede prohibirse la enagenacion aunque

se

se haga por respeto de otra persona á quien se hayan de restituir en cierto tiempo, ó por muerte del adquirente, los citados bienes (ex n. 25. ad 29. exclus.): y aunque la ley 7. tit. 4. p. 5. da por válida la donacion hecha hasta cierto tiempo para la restitucion de la cosa donada al mismo donante, sus herederos ú otro tercero, los quales llegado el caso adquieren respectivamente la posesion y señorío de aquella; lo cierto es que el dominio de la alhaja donada no se separó del donante, respecto á que la donacion solo fue del usufructo; y por lo mismo no puede decirse que el donatario perdió el dominio *solo pacto*, y sin retradicion, que nunca lo tuvo: adquiriéndosele al tercero aquel derecho á consequencia del pacto hecho por el donante (n. 28.); á cuyo fin no solo le compete accion contra este y sus herederos, sí tambien contra otro qualquier tercero; pero esto solo en el contrato de donacion, porque en los demas lucrativos ú onerosos cesa la adquisicion de dicha accion (n. 29.). Con advertencia, que el donante no puede revocar el pacto de restitucion hecho en favor de otra persona (n. 30. A), mediante á que de él se adquirió á esta accion y derecho sobre la cosa donada, *maxime* quando hoy atendida la ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Recopil. en qualquier manera que uno quiera obligarse, queda obligado, aunque sea en favor de ausente, sin aceptacion, estipulacion ú otra solemnidad (eod. n. vers. *Pro qua sententia*, et n. 31. in fin.). De todo lo qual se deduce, que la mejora de tercio hecha en favor de alguno de los hijos con el gravamen de restituirlo segun

(A) Dom. Castill. *quotid. controv. lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 21. Parlad. *quot. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 37. *vid.* Fariam. ad Covarrub. *p.* 1. *varior. cap.* 14. *n.* 22. 23. *y* 24.

gun el orden prevenido en la ley 27. de Toro, siendo irrevocable para con el mejorado, lo será tambien respecto de los demas á quienes se ha de ir haciendo la restitucion, mediante el derecho que á estos se les adquirió en los bienes de que se compone la mejora por la posesion de ella, entrega de escritura, ó causa onerosa que para hacerla intervino (n. 33.). Lo mismo sucede quando se establece vínculo ó mayorazgo por alguno de estos motivos en persona cierta, substituyendo otras por su muerte; pues entonces se hace para siempre irrevocable (n. 34.): al modo que aquellas regalías peculiares de un Monarca de suyo imprescriptibles, sino por la inmemorial, luego que llegan á prescribirse por algun Grande ú otro Señor temporal, quedaron ya reducidas por esta mutacion de personas á la naturaleza de otra qualquier cosa, y por lo mismo pueden en adelante prescribirse por el tiempo ordinario de diez, veinte ó treinta años respectivamente (eod. n. vers. *Item etiam et tertio*). Por la propia razon, si se verificare enagenacion de alguna alhaja de abolengo sin haberla retraido el pariente inmediato á quien correspondia este derecho, queda aquella libre para siempre de que se pueda en otra ocasion tantear (eod. n. vers. *Item etiam et quarto*).

10 Asimismo se prohibe la enagenacion de la cosa efectivamente por expresa disposicion legal (n. 35.): por mejora de tercio, imponiéndosele los vínculos, sumisiones y restituciones que se quisieren conforme á la ley 17. de Toro; y aun estableciendo mayorazgo sobre él sin licencia Real (n. 36.): por testamento y última voluntad, pero con expresion de causa, v. g. por restitucion que de la cosa se haya de hacer á otra persona; porque no habiéndola se gradúa la prohibicion mas bien por consejo que no por precepto: bien

es

es verdad que en los mayorazgos, por ser de suyo perpetuos é inagenables, basta constituirlos sin especificacion de causa (n. 37.). En inteligencia, que esta tampoco se necesita en lo demas quando ella misma se presume, v. g. si la cosa fuese obtenida del Príncipe, ó era alguna fortaleza que sirviese de proteccion y defensa á la familia, ó interviniese juramento del testador. Siendo la causa de permitirse la prohibicion de enagenar en las últimas voluntades, porque asi como para adquirir el dominio de lo que en ellas se dexa, basta la adicion, sin que se necesite posesion, del mismo modo es facultativo en ellas el impedirlo sin retradicion (nn. 38. y 39. l. 44. tit. 4. p. 4.).

11 Dexándose algun legado, fideicomiso ú otra qualquier cosa á los de su casa, familia, linage, ó á los parientes, con prohibicion de su enagenacion, á fin de que se conserve en ellos, no se admiten todos á un mismo tiempo, sino atendida la proxîmidad de cada uno (n. 40.), que se regula respecto del último poseedor, y no del testador; sucediéndose no por representacion, sino atendida la mayor inmediacion segun la presunta voluntad del disponente: bien que si este diere facultad para que se elija al pariente que se quiera, se puede hacer la eleccion aun en el mas remoto (n. 41.).

12 Si el testador llamare para el legado ú otra dexacion á familia extraña, como que cesa la razon de mayor afeccion para con el mas próxîmo, se admiten todos los de ella juntamente: pero si instituyere ó legare, v. g. á Juan para que por su muerte suceda la familia de él, deberá atenderse la proxîmidad de grado; porque asi como el disponente prefirió al heredero ó legatario, asi es visto querer preferir á sus mas próxîmos parientes (n. 42.).

Aun-

13 Aunque el testador en la prohibicion que haga para que lo que dexa no se enagene fuera de su familia, no exprese hacerlo esto para su perpetua permanencia en ella, se persuade ser asi, porque aquella prohibicion induce un tácito fideicomiso, á efecto de que el prohibido haya de restituir indubitadamente, sin poder enagenar en manera alguna, aun requeridos los parientes (n. 44. B). Siendo digno de advertir, que quando el testador grava al heredero ó legatario con la prohibicion de enagenar *extra familiam*, siendo este extraña persona, se entiende la prohibicion en favor de su familia, y no de la del disponente; porque asi como con desprecio de esta prefirió á un extraño, del mismo modo es presumible antepondria á los parientes del mismo (eod. n. vers. *Dubium tamen*).

14 *Dexándosele á la familia algun legado, fideicomiso &c., se entiende esta hasta los parientes dentro del quarto grado siendo colaterales, y si fueren descendientes in infinitum* (n. 45.): sin que el prohibido de enagenar fuera de aquella, ó de cierta clase de personas que señalare el testador, pueda instituir á otras distintas; las quales en caso de suceder ab intestado al tal onerado, quedan con la obligacion de restituir la cosa cuya enagenacion se prohibió á la familia ó personas en favor de quienes se hizo la prohibicion (nn. 46. y 47.).

15 Aunque al heredero no se le puede cometer la absoluta eleccion de legatario, bien es permitido, siendo de personas ciertas, v. g. *Mando esta ó esotra cosa al que de mis hijos eligiere el heredero*: pudiéndose en este caso hacer la eleccion no solo en uno, sino tambien en dos ó mas juntamente: á exemplo del

(B) Dom. Rox. Alm. *disp.* 1. *q.* 12. *n.* 6.

del comisario, que teniendo poder para mejorar, le es facultativo hacerlo en la propia forma (n. 48.): en cuyos casos, si no eligieren el heredero ú el comisario, entrarán todos los interesados en el legado ó porcion de la mejora por partes iguales (n. 49.). Bien entendido, que el electo ó mejorado de quien recibe en realidad es del mismo testador, y no del heredero ó comisario (eod. n. vers. *Item adde*); y de aquí es, que los que tienen la expresada facultad de elegir ó mejorar, no pueden gravar en manera alguna al electo ó mejorado; bastando para el cumplimiento de su encargo, que digan: *elijo ó mejoro á fulano*, sin tener que usar de las expresiones de *lego ó dexo tal cosa*; porque en substancia ellos no hacen mas que escoger persona que disfrute el legado ó mejora dexada por el testador (eod. n. vers. *Item ex hoc infertur*): consiguiente á lo qual tampoco podrán alterar la eleccion una vez que la hicieron, excepto si se les mandó la executasen por su muerte, porque entonces hasta ella tienen facultad para hacer novedad en la eleccion; si bien es cierto, que habiéndose de practicar la restitucion, eleccion ó nombramiento en persona cierta y determinada, aunque fuese por muerte del que quedase con este encargo, si aquella diligencia la hiciere en vida será inalterable (n. 50.).

16 Al modo que gravándose á un solo heredero á que no enagene, si no hubiere expresion de causa ó circunstancias que la induzcan, se entiende mas bien consejo que no precepto la dicha prohibicion, segun queda expuesto en el §. 10. de esta ley; en los mismos términos se forma igual concepto quando se dexan muchos herederos, y á uno, dos, ó á todos se les prohibe dicha enagenacion: y de con-

siguiente no debe presumirse que el disponente lo hizo con ánimo de que el que premuriese hiciera restitucion de su parte á los coherederos ; bien que será conjetura para esta presuncion que el testador hubiese mandado que unos á otros se estipulasen recíprocamente no enagenar sus respectivas porciones (n. 52.).

17 Tambien induce tácito fideicomiso entre los herederos ó legatarios la disposicion en que se le impone al último que muriese el gravamen de restituir toda la herencia ó todo el legado á qualquier persona ; mediante á que para cumplirse esta voluntad es indispensable que las porciones de los que premueren vayan recayendo en los que sobrevivan, hasta que todo el caudal venga á juntarse en el último que ha de hacer la restitucion : y por lo mismo si se ponga substituto al último que de aquellos muriese de la herencia ó legado que se les dexa, sin la expresion de *toda* ó *todo*, como que en duda se entiende la substitucion en quanto á la parte respectiva al gravado, cesa la presuncion de fideicomiso entre los citados herederos (n. 53.). En inteligencia que el gravado con restitucion no puede enagenar ; porque aunque *ipso jure* sea válida la enagenacion que hiciere, siendo la restitucion condicional ó conferida en dia incierto, purificándose la condicion, ó llegando este, se deshace aquella (n. 54.).

18 Tambien puede impedirse la enagenacion por contrato ó acto entre vivos, mediante la autoridad y facultad del Príncipe, que interviniese para la institucion de algun mayorazgo (eod. n. vers. *Octavus modus*). Y aunque se puede hacer vinculacion sin permiso ni facultad Real, no obstante su intervencion es utilísima para muchas cosas : primera, poderse dexar

xar al hijo aun mas que su legítima, tercio y quinto, bien que reservándose á los demas hijos los correspondientes alimentos: segunda, no estar sujeto el fundador á guardar en los llamamientos el orden prevenido en la ley 17. de Toro: tercera, haber facultad para instituir el dicho mayorazgo en el hijo único que hubiere, siendo asi que faltando Real facultad, ni se le puede mejorar en el tercio, ni de consiguiente imponerle sobre el gravamen de vínculo, restitucion &c.: quarta, pasar la posesion del mayorazgo *ipso jure* al inmediato sucesor, muerto su actual poseedor, sin acto alguno de aprehension; lo qual no sucede en los otros vínculos establecidos sin la circunstancia de Real permiso y facultad (n. 55. C) (XXIV).

19 La institucion de mayorazgo ó mejora de tercio y quinto con el gravamen de vinculacion es permitida tanto por la ley positiva, como por la de conciencia, siempre que se haga la eleccion en el hijo mas benemérito, sin llevarse el padre del cariño que á este ó esotro tenga (nn. 56. y 58.): pudiendo dexarle á uno solo por via de mayorazgo todo el caudal, precediendo Real facultad, como á los demas les sean reservados sus alimentos, ó tengan ellos mismos ocupacion donde adquirirlos. Y aunque á los hijos no se les puede privar absolutamente de sus res-

(C) Dom. Rox. Alm. *disp.* 3. *quæst.* 10. *n.* 20. *et disp.* 2. *q.* 3. *n.* 2. *et* 6.

(XXIV) Lo contrario está comunmente recibido y confirmado en la práctica; de suerte, que tanto en los mayorazgos fundados con Real facultad, como en los vínculos instituidos sin esta circunstancia conforme á las leyes del Reyno, tiene lugar la traslacion de posesion prevenida en la 45. de Toro.

respectivas legítimas, sí alterar su quota; porque su tasa proviene de ley positiva; de modo que quedándoles á los no llamados á la sucesion del mayorazgo sus alimentos, segun va dicho, no se puede considerar contravencion alguna al derecho natural (n. 57.).

20 Aunque el fundador de vínculo ó mayorazgo, de cuyos bienes prohibió la enagenacion y division, lo dexe á uno de sus hijos sin expresar á quien, ó á estos simplemente, se entiende llamado uno solo y el mayor; porque en duda es presumible que aquel quisiese arreglarse á las leyes y costumbres del Reyno (n. 59. D); y por lo mismo bastará que el instituidor llame al hijo mayor, ú otro primer sucesor, sin hacer mas llamamientos, para considerarse el vínculo ó mayorazgo perpetuo en los demas que segun derecho deban ir sucediendo, prefiriéndose siempre el primogénito que se halle en grado mas inmediato. En inteligencia, que es suficiente el llamamiento virtual y tácito, como si se dixese, *habiendo varones no sucedan las hembras*; pues aquellos adquieren derecho prelativo á la sucesion, por haberse hecho en su favor la exclusion de estas (eod. n. vers. *Ex quibus noviter*).

21 El padre puede elegir para el vínculo ó mejoramiento que haga á las hijas, y preferirlas á los varones (núm. 60.). Siendo digno de advertir, que estando estos llamados con exclusion de hembras, no pueden suceder los varones provenientes de ellas (n. 61. XXV). Bien entendido, que el hermafro-

(D) Dom. Rox. Alm. *disp.* 1. *q.* 1. *n.* 6. *vers.* Secundo.

(XXV) Lo contrario resuelve con mucha solidez el Señor Roxas Almans. *disp.* 1. *quæst.* 1. *ex n.* 114. *ad* 117., expresando, que en

frodita, cuya inclinacion se dirige mas bien al sexô masculino, puede suceder en mayorazgo de nuda masculinidad; y si su propension corresponde á ambos sexôs igualmente, queda á su arbitrio elegir aquel que mas le convenga (eod. n. vers. *Item quæro* E).

22 Aunque á la sucesion del mayorazgo sea llamado el hijo mayor, ó los hijos é hijas descendientes mayores de alguna persona determinada, ó aquellos ó estas alternativamente, se debe preferir el mayor de los varones y su linea á la hembra y la suya, por mas que sea la primogénita, sin que deban suceder igualmente; porque verificándose para con estos llamados un afecto ordinado de parte del fundador, quien es presumible lo tendria mayor al varon que á la hembra, respecto á conservarse mas bien por la varonía su memoria, que por la femineidad, único objeto de los instituidores, es muy conforme la expresada preferencia (n. 62.); y mas quando en duda se presume que aquellos se arreglan á lo dispuesto por derecho, conceptuando por lo mismo de regular sucesion de la vinculacion que formalizan (eod. n. F). Advirtiéndose, que acabada la linea masculina llamada con prelacion á la femenina, serán primero aun en esta los varones que las hembras (n. 63.).

23 Si el fundador llamase al hijo mayor sin hacer mas llamamientos, no espira por muerte de aquel la vinculacion, antes bien se derivará perpetuamente por el orden regular de preferencia de mayor á menor

(E) *Vid. l.* 10. *tit.* 1. *part.* 6. Rox. *de Incomp. part.* 2. *cap.* 3. *et ibi* Aguil.

(F) Dom. Rox. Almans. *disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 6.

en este caso es el mayorazgo de nuda masculinidad, y no de agnacion rigorosa.

nor, y de varon á hembra (n. 64. G): bien es verdad, que si solamente se prohibiese la enagenacion de los bienes que le fueren dexados, v. gr. á Juan sin expresion alguna de vinculacion, por su fallecimiento, quedarán en el sistema de libres, y sin la sujecion que para con aquel les puso el disponente (eod. n. in addiction. vers. *Secus vero*). En inteligencia, que hoy, atendida nuestra ley 40., falleciendo el poseedor del mayorazgo, cuyo hijo mayor premuerto dexó nieto, este debe preferirse al hijo segundo de dicho tenedor en representacion de su padre, quedando decididas por esta Real disposicion las disputas que sobre este asunto habia antes de su constitucion (eod. n. 64. ex vers. *Undecimo quæro* ad n. 66.). Debiendo suceder lo mismo en los bienes sujetos á aniversarios por revestirse de la naturaleza de los mayorazgos; y asi los sucesores no están obligados á entregar el valor de lo que su último poseedor hubiese mejorado en ellos (n. 65. in fin. vers. *Ex quibus*).

24 Aunque el Religioso ya profeso sea capaz para suceder en mayorazgo consistente en administracion de bienes particulares, no lo es para el que tenga jurisdiccion anexa, como Reynado, Ducado, Condado &c. (n. 66. H): bien que en caso urgente podrá dispensar el Papa para que salga de la religion, y contraiga matrimonio, á fin de que tenga sucesion (eod. n.); cuya distincion cesa para con el Clérigo Secular, aunque lo sea *in sacris*, por no considerársele incapacidad alguna de suceder en qualquier clase de mayorazgo. Y aunque no puede exercer

(G) Dom. Rox. Almans. *dict. disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 5.

(H) Dom. Rox. Almans. *disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 140. et 141. et *disp.* 2. *quæst.* 5. *n.* 23.

cer la jurisdiccion criminal contra legos, la comete y delega en persona que lo sea; y lo mismo debe hacer quando de esta se apele al Clérigo delegante: conceptuándose la facultad del delegado mas bien conferida por el Papa y disposiciones Canónicas, que por el tal Clérigo sucesor en el citado mayorazgo (cod. n. vers. *Quid autem*).

25 El hijo primogénito debe siempre suceder con preferencia al segundo; y esto aunque aquel fuese habido antes de que el padre hubiese obtenido el mayorazgo; porque el derecho de los hijos se contempla tenerlo desde luego aun respecto de los bienes futuros que el padre haya de adquirir, y no se causa por la dignidad que este tenga, y sí solo por el derecho de sangre que media entre uno y otro n. 67.).

26 Verificándose que dos ó mas hijos nazcan de un mismo parto, debe suceder el primero que salga á luz; pero si no pudiere constar esta prioridad de tiempo, ó porque la madre pariese en lugar obscuro, sola sin asistencia de comadre ú otras personas, ó por otro algun motivo; siendo los nacidos todos varones, ó todas hembras, se debe dividir el mayorazgo por partes iguales para que ninguno tenga queja, y todos disfruten un beneficio que les franqueó la fortuna por medio de la expresada perplexidad (n. 68. l. 12. tit. fin. p. 7.). Siendo digno de advertir, que el loco mentecato, y demas en quienes concurre semejante defecto, bien sea por naturaleza ó por accidente, no son incapaces de suceder en mayorazgo consistente en bienes particulares; pero sí en el que tenga anexa jurisdiccion, como Reynado, Ducado &c., siempre que al tiempo de suceder en este se verificaba aquel vicio (aunque fuese casual, porque si sobreviniere despues de que esten en posesion, de-

be continuar en ella por medio de un curador ó director que ha de nombrárseles (n. 69.).

27 El poseedor actual del mayorazgo, siendo mayor de veinte y cinco años, ó aunque fuere menor, haciéndolo con juramento, puede renunciar en el siguiente sucesor; pero si aquel aun todavía no hubiese sucedido, no es válida la tal renunciacion, por ser una especie de pacto en que se trata *de futura successione certo modo dividenda*, el qual es prohibido; antes bien se necesita permanencia de voluntad de parte del renunciante hasta que muera (n. 70.).

28 El sucesor de mayorazgo no está obligado por lo regular á satisfacer las deudas contraidas por su antecesor; porque á este no es á quien sucede en realidad, sino al fundador: excepto si el adeudo proceda de haberse invertido su importe en utilidad perpetua ó durable de los mismos bienes vinculados, pues entonces debe pagarse aquella deuda, no del caudal del sucesor, sino del producto del mismo mayorazgo: á exemplo de los débitos contraidos en beneficio del Reyno, á cuya solvencia, y no á los de otra naturaleza, está sujeto el Rey sucesor, sin que obste la ley 46. de Toro, en la que se previene quedar libres de la expuesta responsabilidad los que heredan edificios y reparaciones executadas por el anterior poseedor en los bienes amayorazgados; por quanto esta Real resolucion, como limitada al propuesto caso, no es extensiva á mejoramientos de distinta clase (n. 71. vers. *Decimooctavo*, et n. 72. l. 4. tit. 15. p. 2.). Bien entendido, que cesa lo antecedente quando el que contraxo las expresadas deudas fue el mismo fundador; porque entonces siendo anteriores á la constitucion del mayorazgo, ó aunque sean posteriores, como este fuese revocable, se deben satisfacer in-

indispensablemente (eod. n. 71. in fin.): bien que en la vinculacion de tercio y quinto, sean ó no irrevocables, siempre se ha de sacar primeramente lo que el padre estuviese debiendo (eod. n. 1).

29 El padre puede privar al hijo de la sucesion del mayorazgo instituido por aquel, quando este haya incurrido en alguna de las causas por que los padres pueden desheredar á sus hijos de sus legítimas; y esto aunque la vinculacion fuese irrevocable, ó por haberse dado la posesion de los bienes, ó entregado la escritura de fundacion ú otra circunstancia; cuya facultad cesa en aquel que no haya fundado el tal mayorazgo, sino adquirídolo de otros (n. 71.): sin que sea de omitir, que la sentencia pronunciada contra el actual poseedor perjudica al inmediato sucesor, aunque este no haya sido citado en el juicio de que dimanó aquella (n. 73. XXVI).

30 Si al tiempo de la muerte del poseedor quedasen pendientes los frutos del mayorazgo, mas bien pertenecen al siguiente sucesor que no á los herederos de aquel, por considerarse dichos frutos parte del mismo fundo ínterin no se verifica su separacion de él (n. 74. vers. *Sed his non obstantibus.* XXVII). Sien-

(1) Dom. Rox. Alm. *disp.* 2. *quæst.* 3. *n.* 39.

(XXVI) Lo contrario advierto practicarse, y es mas conforme. Dom. Rox. Almans. *disp.* 3. *quæst.* 7. *n.* 25.

(XXVII) Estos frutos ni pertenecen absolutamente al sucesor, ni tampoco á los herederos del último poseedor; antes bien deben proratearse entre aquel y estos, segun el tiempo en que hubiese muerto dicho tenedor; de forma, que los herederos deben percibir aquella parte de frutos que corresponda á todo el tiempo que los hubo durante la vida del tal poseedor, y el sucesor lo respectivo al intervalo que medió desde su muerte hasta la recoleccion de los frutos: *latè*, Ayor. *de Part. part.* 1. *cap.* 9. *n.* 6. y esto es lo que se practica.

Siendo digno de notar, que al poseedor del mayorazgo no se le puede obligar á que preste alimentos á sus hermanos, quedando la madre comun con decentes facultades para hacerlo, ó en su defecto los abuelos maternos; porque la obligacion de los hermanos es subsidiaria (n. 7.): bien entendido, que el poseedor del mayorazgo es verdadero dueño de los bienes de su dotacion; y asi hallándose enagenados puede intentar la accion reivindicatoria á efecto de que se le haga la correspondiente restitucion (n. 76. K). En inteligencia, que por lo regular vale el argumento de feudo á mayorazgo, sin que se encuentre diversidad de razon (n. 77.).

31 El poseedor de mayorazgo no está obligado á dar caucion al inmediato sucesor de restituir los bienes de su pertenencia sin desfalco ó deterioracion; excepto quando el primero los disipe ó maltrate, bien sea formalizada la vinculacion por contrato entre vivos, bien por última voluntad; pues las fianzas para ser *stricti juris*, deben restringirse lo posible (n. 78.). Tampoco puede solicitar el sucesor se le declare en vida del poseedor por inmediato al mayorazgo; y esto aunque alguno se jacte de que los bienes de él son libres y no sujetos á restitucion, por quanto aquella inmediacion no se verifica hasta la muerte del citado tenedor; y pudiera suceder de lo contrario, que el tal solicitante premuriese, y de consiguiente haberse seguido en vano la expresada instancia (n. 79.).

32 Puede hacerse institucion de heredero en los mismos bienes del mayorazgo; y esto obra el efecto de que al instituido se le transfiere el derecho de suce-

(K) Dom. Rox. Almans. *disp.* 3. *quæst.* 6. *n.* 25. *verb.* Imo et dominium.

ceder, mediante el qual, y en representacion del testador puede adquirir todo quanto á este pueda en adelante pertenecerle (n. 80). Con advertencia, que los bienes vinculados y sujetos á restitucion no pueden enagenarse en manera alguna, aunque solo esté prohibida su venta, pues milita idéntica razon (n. 81. l. 10. tit. fin. p. 7.), ni permutarse, aunque redunde en utilidad del vínculo (n. 82.): tampoco hipotecarse aun por el tiempo del poseedor, porque siendo válida la opignoracion, se seguiria poderse proceder á la venta de los expresados bienes en caso de no satisfacerse el crédito por el deudor; lo qual es repugnante (n. 83.): ni arrendarse por largo tiempo como de diez ó mas años, respecto de que esta locacion es especie de enagenacion: con advertencia, que el sucesor del mayorazgo no está obligado á pasar por el arrendamiento hecho por su antecesor, excepto si fuere su heredero universal (n. 84. L). Careciendo tambien el poseedor de facultad para imponer servidumbre ni aun por su vida en los expresados bienes; y en particular si expresamente se hubiese prohibido su enagenacion, bien que podrá darlos en usufructo, ó contraer alguna otra obligacion que sea respectiva solamente á la persona de dicho poseedor (n. 85.).

33 Tampoco puede este hacer transacion ó compromiso sobre los bienes vinculados (n. 86. M). Bien entendido, que aunque la prohibicion de enagenar estos mismos sea tácita y virtual, y en este caso se permitia antiguamente distraerse por causa de dote, aun para Religiosa, alimentos, redencion de cautivos

(L) Noguer. *alleg.* 28. *n.* 27.
(M) Dom. Rox. Almans. *disp.* 1. *quæst.* 10. *n.* 46.

vos y otras semejantes, hoy se encuentra en nuestro Reyno contraria general observancia (n. 87. in adicc. N).

34 Si el poseedor de bienes amayorazgados, ó de otros, cuya enagenacion estuviese expresamente prohibida, de hecho los enagenase, puede entonces el inmediato sucesor reivindicarlos, principalmente si asi estuviese prevenido por el fundador; pero si la prohibicion fuere tácita y virtual carece, de semejante facultad hasta que llegue el caso de que se le restituyan los mencionados bienes (n. 88. O).

35 El Príncipe no puede permitir se vendan los bienes de mayorazgo, vínculo, ú otros qualesquiera sujetos á restitucion, aun habiendo intervenido facultad Real para la fundacion; por quanto luego que esta se hace se les adquiere derecho á todos los llamados en dicho mayorazgo ó vínculo, y no es conforme que de él quedasen privados por la expresada permision, en lo qual se contravendria á la voluntad del instituidor (n. 89. l. 2. tit. 1. p. 2.); bien es verdad, que verificándose justa causa, como de reparacion de los mismos bienes vinculados, permutacion con otros en beneficio del mayorazgo, puede el Monarca conceder Real facultad para su venta, permuta ú otra enagenacion (eod. n. in adicc. Riber. lit. *D.* XXVIII).

36 Los bienes de mayorazgo no pueden prescribirse aun por tiempo dilatadísimo, sino que sea inme-

(N) *Vid.* Dom. Molin. *de Hisp. primog. lib. 4. cap. 6. ex n. 17. usque ad fin. et ibi addent.*

(O) Dom. Rox. Alm. *disp. 1, quæst. 10, n. 56.*

(XXVIII) Esta facultad que tiene el Soberano para permitir la enagenacion de los bienes vinculados, como intervenga justa causa, procede tambien aunque el instituidor hubiese prohibido expresamente que pudiese para dicha enagenacion impetrar su Real facultad

memorial, por tener fuerza de verdadero y legítimo título, procediendo aquella regla, no solo quando el que trata de prescribir hubiese habido dichos bienes del mismo poseedor, ó prohibido de enagenarlos, sino tambien de otro qualquier tercero (n. 90.): bien entendido, que tampoco pueden confiscarse por delito cometido por el poseedor, aunque este fuese el mismo fundador, y todavía revocable el mayorazgo, mediante á que en ambos casos media una obligacion anterior de restituirlos, respecto de la que se contrae por la comision del delito; y asi entrará al goce de los expresados bienes el inmediato sucesor (n. 91.): y esto aunque el delito sea gravísimo, como de lesa Magestad divina ó humana, pecado nefando, ú otros; excepto si en la fundacion ú Real licencia para hacerla se previniese lo contrario (n. 92.). Procediendo lo antecedente quando al tal delinqüente se le impusiese la pena de muerte natural; porque si el castigo fuese mas suave, el Fisco se alza con los emolumentos que el mayorazgo produxese durante la vida del perpetrador; y por su muerte entra el sucesor inmediato (eod. n. vers. *Unum tamen*): á menos que el instituidor hubiese prohibido expresamente toda confiscacion ó preceptuado, que en caso de verificarse comision de algun delito por el poseedor, pasase el mayorazgo al siguiente llamado (eod. n. vers. *Quod tamen*). Con advertencia, que si en la licencia Real para hacer la fundacion se previniese la confiscacion de dichos bienes, padecerán tambien la propia aplicacion aquellos que el fundador pudiera haber vin-

tad para los poseedores: pues ninguno puede mandar que las leyes no tengan lugar en su testamento, ni cohartar al Príncipe su soberanía. Dom. Molin. *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 28. Dom. Salg. *de Concurs. p.* 1. *cap.* 37. *n.* 21.

vinculado sin Real facultad, con arreglo á la ley 17. de Toro, por revestirse estos bienes de la qualidad de los otros, como inclusos todos en la expresada fundacion; sin que en esta se prevenga que la confiscacion concebida generalmente en la facultad Real no sea extensiva á los bienes que sin ella pudieran haberse vinculado (eod. n. vers. *Item adde*).

LEY XLI.

Mandamos que en el mayorazgo se pueda probar la escritura de la institucion de él con la escritura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escrituras que hagan fe: ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del temor de las dichas escrituras; y asimismo por costumbre inmemorial probada con las qualidades, que concluyan los pasados aver tenido, y poseido aquellos bienes por mayorazgo: es á saber, que los hijos mayores legítimos, y sus descendientes succedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor de él dexase otro hijo, ó hijos legítimos sin darles los que succedian en el dicho mayorazgo alguna cosa, ó equivalencia por succeder en él: y que los testigos sean de buena fama: y digan que asi lo vieron ellos pasar por tiempo de quarenta años: y asi lo oyeron decir á sus mayores, y ancianos que ellos siempre asi lo vieran, y oyeran: y que nunca vieron, ni oyeron decir lo contrario: y que dello es pública voz, y fama, y comun opinion entre los vecinos, y moradores de la tierra.

1 La escritura de institucion del mayorazgo se puede acreditar con la de la facultad Real para fundar-

lo

lo (n. 1.); y no hallándose, por testigos inteligentes que depongan de su pérdida, tenor, intervencion de los requisitos substanciales, como son, fecha, signo del Notario ó Escribano &c.; y que no aparecia vicio alguno de falsedad (nn. 1. y 3.). En defecto de lo antecedente se puede justificar la institucion del mayorazgo por testigos que depongan de costumbre inmemorial, reducida á que los antecesores del que trata de probar habian tenido aquellos bienes como vinculados, prefiriéndose el mayor y su descendencia al menor; que estos testigos sean de buena opinion y crédito; que expresen haberlo visto y experimentado ellos mismos por espacio de quarenta años; que habian oido á sus mayores haberlo estos visto y oido á los suyos; que nunca vieron ni oyeron cosa en contrario; y que de ello es pública voz y fama entre los moradores de la tierra (eód. n. 1. P); de que se deduce que la escritura no es de esencia del mayorazgo, y solo sirve á efecto de su prueba, á exemplo de otros actos en que se verifica lo mismo (n. 2.). Y aunque regularmente toda costumbre se induzca por diez años, sin distincion de ausentes ó presentes, pues el pueblo siempre lo está; no obstante la respectiva á acreditar mayorazgo se ha de hacer ver en la forma que queda explicada (n. 4.).

LEY XLII.

Ordenamos, y mandamos que la licencia del Rey para hacer mayorazgo, proceda al hacer del mayorazgo, de manera, que aunque el Rey dé licencia para hacer mayorazgo por virtud de tal licencia, no se

(P) Dom. Rox. Alm. *disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 36.

se confirme el mayorazgo que de antes estuviere fecho, salvo si en la tal licencia expresamente se dixese, que aprovava el mayorazgo que estava fecho.

1 La facultad Real para fundar mayorazgo debe preceder á su institucion: de modo que si esta se hubiese formalizado con anterioridad á aquella circunstancia, aunque despues se obtenga la expresada licencia, no se conceptuará confirmada por ella la fundacion, excepto si en la misma gracia se expresase su aprobacion: siendo la razon de dicha precedencia, porque para el establecimiento de mayorazgo se requiere *pro forma* la facultad Real, á exemplo del consentimiento del padre para que el hijo ada la herencia ó parezca en juicio; la autoridad del tutor ó curador en los negocios del pupilo ó menor; el decreto judicial para la enagenacion de los bienes inmuebles de este, y otros casos de la misma naturaleza: bien que lo contrario sucede en lo que hace ó contrae la muger sin permiso del marido, pues basta que este despues lo ratifique segun la ley 53. de Toro (n. 1. XXIX). Siendo de reflexar que todos los actos, cuya validacion pende de la voluntad de algun superior, ó tercero, siendo este sabidor de hallarse aquellos executados, es visto aprobarlos y ratificarlos con solo el permiso que despues diere para for-

(XXIX) Asi como es válido y subsistente el contrato hecho por la muger sin preceder permiso del marido, como este despues lo apruebe y ratifique; del mismo modo, en mi dictamen, quedarán firmes los otros actos de que se hace mencion siempre que se verifique expresa aprobacion de ellos por el padre, tutor ó curador, ó por judicial decreto respectivamente. Esta reflexîon la fundo en nuestra ley 42., la qual previene ser válida la fundacion del mayorazgo aunque no preceda la Real facultad, como despues en ella se apruebe aquel acto.

formalizarlos; como si v. g. el enfiteuta hubiese vendido la cosa que tiene en enfiteusis sin preceder noticia del dueño directo; en cuyo caso, dando este despues su permiso para la venta, se confirma ya la executada (n. 2.).

2 Verificándose estar en un mismo dia fundado el mayorazgo, y concedida la licencia para fundarlo, sin poder constar la precedencia de esta circunstancia, debe presumirse por ser lo mas favorable y regular, á exemplo de otros qualesquir actos, en los que no apareciendo la precedencia de alguna solemnidad ó circunstancia precisa para su firmeza, milita la misma licencia ó facultad Real; se debe siempre conceptuar aprobada por ella, aunque la institucion fuese precedente á la interpretacion de la gracia (eod. n. 3. in addict.).

LEY XLIII.

Las licencias que nos habemos dado, ó diremos de aqui adelante, ó los Reyes que despues de nos vinieren para hacer mayorazgo no espiren por muerte del Rey que las dió, aunque aquellos á quien se dieren no hayan usado dellas en vida del Rey que las concedió.

1 La licencia para establecer mayorazgo no fenece por muerte del Monarca que la hubiese dado, aunque el impetrante no haya usado de ella en vida de este, mediante á que las concesiones, gracias y privilegios de los Soberanos son perpetuos *re adhuc integra*, sin haberse puesto en execucion lo en ellos contenido; excepto si se expresare lo contrario, esto es ser por vida, ó por el tiempo de la voluntad del concedente (n. unico).

LEY XLIV.

El que hiciere segundo mayorazgo aunque sea con autoridad nuestra, ú de los Reyes que de nos vinieren, ora por via de contrato, ora en qualquier última voluntad, despues de hecho puedalo revocar á su voluntad, salvo si el que lo hiciere por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de las cosas, ó cosa contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo hiciere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escriptura dello ante Escribano, ó si el dicho contrato de mayorazgo se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ó por otra causa semejante: que en estos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió estuviese cláusula, para que despues de hecho lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo hizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura que hizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos que despues de hecho lo pueda revocar.

Las doctrinas correspondientes á esta ley quedan expuestas en el comentario de la 17.

LEY XLV.

Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean Villas, ó Fortalezas, ó de otra qualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de reprehension de posesion, se traspase la posesion civil, y natural en el siguiente en grado que segun la disposicion del mayorazgo de-

debiere suceder en él, aunque haya otro tomado la posesion de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor le haya dado posesion dellas.

1 Para la perfecta comprehension de esta ley es de suponer, que una cosa es dominio, otra detentacion, y otra posesion. Dominio es un derecho coherente á la persona, en orden á disponer á su arbitrio de cosa corporal, si no que la ley lo prohiba, ó lo estorbe alguna convencion. De que se deduce que el dominio no es qualidad inherente á la cosa como la servidumbre, que de dos ó mas que tengan títulos de un mismo dueño será preferido el que primeramente tomare posesion, ó le fuere hecha entrega de la alhaja por habérsele transferido el señorío de ella: y que qualquiera dueño podrá reivindicarla de su poseedor aunque este lo sea con título (n. 5. l. 1. tit. 28. p. 3.).

2 Al principio del mundo todas las cosas eran comunes, hasta que por derecho de Gentes fueron divididas las inmuebles para que cada uno supiese lo que era suyo, haciéndose del primer ocupador las que de nuevo eran halladas (n. 1.): bien es verdad, que despues de estas determinaciones gentílicas, por las que quedaron divididos los expresados bienes, aunque se hallasen algunos al parecer vacantes y sin poseedor, no deberá adquirirlos el que los ocupase; pues se debe presumir haber dueño de ellos, siéndolo en caso de duda el mismo pueblo en cuyo territorio se encuentren; y si fueren hallados fuera de él, de modo que se dude su mas ó menos inmediacion á este ó esotro pueblo para poder inferir su pertenencia, se dividirán igualmente entre los territorios contendentes (n. 2.): siendo digno de advertir, que las cosas muebles y semovien-

vientes, que se crian en el ayre, tierra y mar, son desde luego del primer ocupador por derecho Natural primario confirmado por el de Gentes y Civil (nn. 1. y 3.), excepto quando no se hallen en su plena libertad, ó lleven consigo alguna señal que acredite su permanencia en el dominio de otro; ó esto mismo lo insinúe la qualidad de la cosa; y asi hallándose algun esclavo con señales y demostraciones de tal, no se conceptuará libre, antes sí se hará inquisicion de su dueño: tambien encontrándose alguna persona dinero ú otra cosa inmueble, sujetas por su naturaleza á dominio, no será suyo este hallazgo, antes bien queda obligado á publicarlo, ó á repartirlo á pobres en caso de no aparecer su dueño (eod. n. 3.).

3 Hay otros varios modos que induxo el derecho de Gentes para adquirir el dominio de las cosas, quales son: todo contrato oneroso ó lucrativo, interviniendo tradicion verdadera ó ficta; la sucesion universal, subseguida la adicion del heredero; la restitucion que se hace por el fiduciario; la usucapion y prescripcion; el legado particular; la adopcion ó arrogacion; la profesion religiosa; la ocupacion de cosa *pro delicto habita*; el matrimonio; el contrato lucrativo ú oneroso hecho con Iglesia, ciudad ó lugar piadoso, aun sin tradicion; y otros diferentes que inventó y dispuso el derecho Civil (n. 4.). Con advertencia, que aunque la sentencia difinitiva dada en pleytos sobre reivindicacion de alguna cosa no sea modo de adquirir el dominio de ella, por lo menos es una declaracion de este derecho (eod. n. in adict.).

4 Detentacion es tener alguna cosa en términos tan desnudos de propiedad y posesion, que solo se reduce á una mera insistencia de hecho en aquella. La detentacion se causa: primero, quando se entregan algu-

gunos bienes simplemente sin expresion de causa ó título alguno, en cuyo caso se viene á verificar en substancia una especie de contrato de depósito mutuo ó de naturaleza, que las circunstancias del asunto exîgieren; bien que no se ha de presumir en duda ser donacion, por ser esta *stricti juris*, excepto interviniendo expresiones ó conjeturas concluyentes de ella (nn. 6. y 7.): segundo, en todos los casos en que alguno tiene la cosa por título no traslativo de dominio, como se verifica en el depositario, conductor, inquilino ó comodatario en quanto á los bienes depositados, arrendados ó comodados que tienen respectivamente (n. 8. l. 2. tit. 3. p. 5.): tercero, quando reteniendo alguno la posesion civil y natural de la cosa, bien por estar esta á su vista, ó él cerca de ella, de modo que prontamente pueda aprehenderla, se entrase otro de su propia autoridad en ella, ó le fuere entregada, aunque sea con título, por persona distinta de dicho legítimo y absoluto poseedor: quarto, en los demas casos en que se verifica semejante ocupacion ó entrega de la cosa, cuya posesion civil y natural permanezca en otra persona; como sucede en los bienes de mayorazgo, que en la expuesta circunstancia pasan desde luego al inmediato sucesor, conforme á esta nuestra ley 45.: y asi el que los ocupare será nudo detentador (eod. n. vers. *Quartus casus* ad n. 9.): quinto, quando por autoridad judicial, á fin de custodiar la cosa, ó conservar su derecho, se entrega á alguna persona; como se verifica en el acreedor, que en reveldía del deudor se le pone *ex primo decreto* en posesion de los bienes de este; en el legatario, á quien se le aposesiona en los hereditarios quando el heredero no da seguridad de satisfacer el legado, y se verifica retardacion en la instancia mo-

vida en orden á su prestacion; en la madre que á nombre del póstumo toma la posesion de los bienes del padre difunto; y últimamente en aquel que por defecto de caucion *damni infecti* se le pone en posesion de la casa que amenaza ruina (n. 9.): sexto, respecto de las personas incapaces de posesion, como lo es el Religioso, hijo de familia, esclavo y demas que adquieren para otros (n. 10.).

5 El detentador, como que no posee, no puede prescribir, ni menos le competen los remedios posesorios *retinendæ* y *recuperandæ* contra el turbador ó deyector de su detentacion (n. 11.): bien es verdad, que á efecto de que no se le inquiete, ó se le restituya á ella, podrá implorar el oficio noble del Juez (n 12.); y esto aunque el dueño legítimo ni estuviese ausente, ni impedido por otro algun motivo de intentar aquellos remedios (n. 13.); ó la detentacion consiste en derecho incorporal como servidumbre (n. 14.). En inteligencia, que quando al verdadero poseedor le competen los citados remedios posesorios, en los mismos casos respectivamente puede implorarse por el detentador el oficio del Juez para conseguir el efecto de ellos, por lo qual se practicará este intento quando la alhaja detentada la hubiese otra persona por violencia, clandestinamente, ó por otro medio vicioso (eod. n. 13. vers. *Intellige tamen*).

6 La detentacion, á imitacion de la posesion, se retiene con solo el ánimo, estando el detentador cerca de la cosa, ó á su vista (n. 15.), y no si se hallare ausente; en cuyo último caso, siendo tambien aquel el mismo dueño de ella, no podrá transferir su dominio por la cláusula de constituto en otra persona, pues ni posee ni detenta; y asi verificándose lo contrario, esto es, no estando ausente, no será extraña la expues-

puesta translacion por la citada cláusula, como que entonces la detentacion del dueño transferente empieza á tenerse por este mismo á nombre de aquel á quien pasa nuevamente el dominio de la cosa (n. 16.). Con advertencia, que acreditándose el detentar, se conceptúa justificado el poseer, si no que de contrario se pruebe verificarse únicamente lo primero (eod. n. vers. *Item adde*).

7 Posesion es un derecho de insistir en la cosa no prohibida de poseerse (n. 17.). Se hace la expresion *derecho*: lo primero porque no es la misma cosa: lo segundo, por no ser nuda detentacion, que consiste en hecho; y lo tercero, porque la posesion no es el acto de aprehension verdadero ó ficto, mediante el qual se logra su adquisicion, y sí un derecho causado por estos hechos; como la costumbre inducida mediante el uso de ella; la servidumbre que le motiva su exercicio; la accion producida del contrato &c. (n. 18.). Siendo digno de advertir, que la posesion verdaderamente tal, y sus efectos provienen de derecho Civil, pues por el de Gentes solo se conoció una especie de posesion natural consistente en el hecho de aprehension, y la qual duraba únicamente ínterin se insistia naturalmente en la cosa (eod. n. vers. *In quo unum*).

8 La palabra *insistir en la cosa* denota los efectos y naturaleza de la posesion, á cuyo fin se hallan establecidos los remedios posesorios. Tambien manifiesta la diferencia que hay entre ella y el dominio; porque este es un derecho pleno y perfecto para disponer de la cosa á arbitrio de su dueño; y últimamente se distingue por la citada expresion del usufructo, que solo consiste en el uso y disfrute de la alhaja, quedando salva la substancia de ella (eod. n. vers. *Item ideo dicitur*).

9 La expresion *no prohibidas de enagenarse* indica que las cosas sagradas, religiosas y otras semejantes no admiten posesion (eod. n. alt. vers. *Item ideo*). Siendo de tener presente, que la posesion trae su etimología *à pedum positione*; y aunque esto no puede decirse de la que se tiene en las cosas muebles, por consistir en aprehension de manos, no obstante como la posesion de lo inmueble es mas digna y durable, y tambien los pies son el cimiento del cuerpo, por lo mismo se conceptúa suficiente y propia aquella derivacion (eod. n. et vers.): bien entendido, que la posesion una es civil, y otra natural, y pueden verificarse juntamente respecto de un mismo poseedor (ex n. 19. ad 20. l. 2. tit. 30. p. 3. Q), y se corrobora con lo expresivo de nuestra ley 45.

10 Para adquirir posesion, como intervenga acto verdadero de aprehension, no se necesita de causa ó título, como se advierte en la que se obtiene por el ocupador de alguna cosa vacante (n. 20.); mas verificándose acto ficto, como de constituto, retencion de usufructo, ú otro de esta clase, es indispensable haya de preceder aquella circunstancia la adquisicion de posesion; y esto aunque el dueño de la cosa se constituya poseedor de aquel á quien se trata de transferírsele la posesion, ó haga á este fin otro qualquier acto ficto, sabedor de que no hay causa ni título para ello; pues no se presume hecha donacion alguna, como por el contrario sucede verificándose acto verdadero, translativo de posesion, y circunstancias inductivas de esta liberalidad (n. 21.). Consiguiente á lo qual es el que extrajudicialmente confie-

sa

(Q) Paz *de Tenut. à n.* 48. *usque ad fin.* Hermosill. *l.* 7. *glos.* 3. *n.* 18. *tit.* 4. *p.* 5.

sa ser de otro alguna alhaja que el primero tenia, constituyéndose desde luego por tenedor y poseedor de ella, no por esto le transferirá su dominio, mediante á que ni hay título, ni menos acto verdadero de posesion (eod. n. vers. *Ex qua superiori*). Sin que obste la especie de que el poseedor de buena fe, recibiendo la alhaja en arrendamiento del verdadero dueño, le transfiere á este la posesion de ella, por quanto en este caso interviene causa, qual es, que aquel á quien se le hace la translacion de posesion era el legítimo señor de la cosa (n. 22.).

11 Aunque el contrato sea insubsistente, como haya verdadero acto de tradicion, no hay duda en que se adquiere posesion de la cosa deducida en la convencion, por quanto se causa por esta inmediatamente, sino por el hecho natural de aprehension, el qual es inalterable por el derecho positivo (n. 23. R). No siendo de omitir, que aunque intentando alguno transferir el dominio á otro, si este no puede adquirirlo, aquel deba precisamente continuar en él, como que el dominio no puede quedar *in suspenso*; no es así en la posesion algunas veces, como se advierte en el caso de la ley 18. §. 1. ff. *de acquir. posses.* (n. 24.).

12 Del primer punto sentado en el §. antecedente se deduce, que aunque la enagenacion hecha por el menor de las cosas inmuebles, aunque con autoridad de su tutor ó curador, sin la judicial sea nula, no obstante la posesion queda transferida, como haya intervenido acto verdadero de tradicion (n. 25.). Lo mismo sucede en los bienes de mayorazgo, y sujetos á restitucion por lo menos hasta que muera el po-

(R) Dom. Salg. *de Protect. p. 4. c. 8. à n. 103. et 203.* Noguer. *alleg. 26.* Dom. Olea *de Cess. jur. t. 6. q. 5. à n. 14.*

poseedor, y se transfiera al inmediato sucesor la posesion civil y natural conforme á nuestra ley 45.; y esto aunque por disposicion legal ó del hombre se prohiba tambien la tradicion de aquellos bienes (n 26.). Lo propio se dirá de la enagenacion que el marido hace de los bienes dotales; del contrato hecho por la muger sin su permiso; de la donacion excesiva de los quinientos sueldos sin estar insinuada: de suerte, que aunque todos estos actos sean inválidos, como intervenga verdadera tradicion, pasa la posesion en el accipiente (eod. n. vers. *Tertio ex prædicta*).

13 Igualmente se infiere, que aunque el contrato simulado sea nulo, aun interviniendo juramento, habiendo tradicion verdadera, se adquiere la posesion como haya voluntad de ello en el transferente; porque de otro modo se presumiria tambien simulada la entrega de la alhaja deducida en el tal contrato: lo qual cesa quando en realidad hay verdadera causa, y se disimula otra; v. g. siendo venta, se oculta y se formaliza como donacion; pues en este caso, como quiera que se verifica consentimiento y voluntad de contraer en los interesados, no solo pasa la posesion, sino tambien el dominio (n. 27.). Con advertencia, que en los casos en que no se transfiere aquella por la omnímoda simulacion del contrato, se retiene por el tradente tanto la civil como natural, hallándose en presencia, cerca, ó á vista de la cosa, y si estuviese ausente, solo la primera (n. 28.).

14 En el contrato nulo no pasa la posesion como el acto de su translacion sea ficto, porque aquí la causa inmediata de aquella no es este, que en el caso es un accesorio, sino la convencion, que como inválida no produce efecto alguno (n. 29.); pero si el contrato por alguna circunstancia influya esperanza de

de convalescencia, entonces el acto ficto obra el mismo efecto que el real y verdadero, y de consiguiente pasará la posesion al que recibe (eod. n. vers. *Et sic ex prædictis*); como se advierte en la donacion hecha entre los cónyuges, que aunque prohibida, espera confirmarse por la muerte del donante (n. 31).

15 La posesion se adquiere con acto corporal y ánimo ó voluntad de adquirirla juntamente, y no lo uno sin lo otro (n. 32. l. 6. tit. 30. p. 3.): por lo qual, y á efecto de manifestar este deseo, se practica poner en los instrumentos las palabras siguientes: *Y en señal de posesion entró el dicho fulano en la referida haza, anduvo por ella, cortó ramas de los árboles &c.* (n. 33.).

16 El acto corpóreo, ó es verdaderamente tal ó ficto: el primero consiste en aprehension de manos en quanto á bienes muebles, ó en postura de pies, que es entrarse en alguna cosa, respecto de los inmuebles (n. 34.); siendo suficiente para adquirir la posesion de todo un fundo la ocupacion de una parte, por mínima que sea, porque aquel es uno, indiviso y continuo (n. 35.): en cuyo caso la aprehension de sola esta se considera, respecto de todas las demas, acto verdadero (eod. n. vers. *Adde tamen*). Y por lo mismo quanto se halla dispuesto por derecho en la posesion que se adquiere sin ficcion alguna, tiene lugar en aquella (eod. n. vers. *Ex quo deducitur*). Debiendo considerarse la propia extension para adquirir del todo la posesion de algun derecho incorporal, como usufructo, servidumbre, jurisdiccion &c., con exercitarla en sola una parte del fundo sirviente, ó con solo un acto jurisdiccional (n. 37.); pero con la diferencia, que en este caso se necesita voluntad del dueño para la ex-

expuesta total adquisicion, lo que no en el otro (eod. n. v. *Advertendum*).

17 Para que la ocupacion de una parte del fundo sea acto suficiente de posesion en todas las demas, es indispensable que aquel sea uno mismo é indiviso, porque si son muchos divididos unos de otros, se necesita tomar posesion en cada uno separadamente, excepto quando sean de un mismo nombre y naturaleza, y su distincion solo hecha con el fin de la comodidad; v. g. un cortijo consiste en cien fanegas de tierra, las quales para el turno de las dos ó tres hojas en que divide la simentera á efecto de que mientras una produce, las otras descansen, contienen ciertas señales divisorias, como piedras, árboles &c.; en cuyo caso será á la verdad suficiente la posesion de un pedazo de dichas tierras á nombre de las demas, para que se considere aprehendida en todas ellas (nn. 38. y 39.): sucediendo lo mismo quando aunque del todo divididos los fundos, en uno se tome posesion verdadera, y en los otros por acto ficto, como vista ó presencia, bien que interviniendo voluntad del tradente (eod. n. 39. vers. *Quarto intelligo* S). Siendo de notar, que para aprehender la posesion de muchas cosas muebles que se hallen dentro de alguna casa, ú otro continente, basta tomar la de solo este (n. 40.).

18 Si alguno creyendo haber tomado posesion de la cosa, no siendo asi en realidad, se entrase en ella con ánimo de continuarla, la adquiere de nuevo, porque el que quiere el consiguiente es visto quiere el antecedente, y asi se encuentra ánimo de adquisicion de posesion (n. 41.). Pa-

(S) *Vid. de hac mater.* Dom. Salg. *de Protect. p.* 3. *c.* 10. *à n.* 126. *et* 2. *pag. de Retent. c.* 5. §. 3. *n.* 36. Larr. *lib.* 1. *de Aniv. c.* 10. *à n.* 15. Dom. Cast. *de Tert. c.* 33. *n.* 3.

19 Para adquirir quasi posesion de jurisdiccion no basta tomarla en algun edificio ó territorio del pueblo donde se tiene, aunque haya título y voluntad del dueño concedente, porque lo uno es muy diverso de lo otro; antes bien se necesitan actos de jurisdiccion: bien es verdad, que por lo respectivo á la propiedad de esta será suficiente la prescripcion y adquisicion de su territorio, para que tambien se conceptúe prescripto y adquirido el derecho de la misma (n. 42.). En inteligencia, que un solo acto de jurisdiccion exercido con consentimiento del dueño de ella, basta para adquirir del todo su posesion (eod. n. vers. *Secunda conclusio*): pero si aquel se hiciere contra la voluntad del referido, ó fuera de ella, solo quedará adquirida la posesion del acto exercitado, y demas de idéntica naturaleza y grado; v. g. habiéndose tomado conocimiento de un negocio criminal, que es acto de mero imperio, no será extensiva esta facultad á entender y conocer de asuntos civiles, que lo son de mixto; y lo propio respectivamente se verifica en la prescripcion de jurisdiccion (eod. n. vers. *Tertia conclusio*).

20 Púedese adquirir la posesion natural sin la civil, ó esta sin aquella. Lo primero se verifica quando estando ausente de la alhaja su poseedor, y reteniendo solo la civil, vaca la natural: en cuyo caso el ocupador de aquella adquiere solamente esta especie de posesion; y lo segundo, quando por el contrario estando vacante la civil, y ocupada la natural, v. g. por el usufructuario, se adquiere solo aquella entrando en el fundo del usufructo. Lo mismo se puede verificar en el caso de que ambas sean de alguno, el qual puede, quedándose con una, transferir otra; como se advierte quando qualquiera dá en usufruc-

fructo alguna cosa, pues entonces retiene el dueño la posesion civil, y la natural pasa al usufructuario; ó *vice versa*, reteniéndose el usufructo se transfiere la civil en aquel á quien se enagena la cosa usufructuante, y con la natural se queda el usufructuario (n 43.). Siendo digno de advertir, que hallándose vacante tanto la posesion natural como la civil de alguna cosa, puede el ocupador adquirir una sin la otra, protestándolo asi porque los actos no obran mas que lo que quieren los mismos que los executan (n. 44.).

21 La posesion se adquiere tambien por actos fictos interviniendo cosa ó título. El primero es por vista y presencia ocular, aunque la cosa se halle distante, pero siempre ha de concurrir tanto voluntad de parte del accipiente, como del tradente (n. 45. l. 6. tit. 30. p. 3.): y por lo mismo, como las cosas vacantes no tienen dueño, cuyo consentimiento pueda intervenir, no se adquieren sino por verdadera tradicion y aprehension (n. 46.): como se advierte en el tesoro, aunque sea el que quiera aprehender su posesion el mismo dueño del fundo donde se halle (n. 47.), en cuyo caso lo hace todo suyo; pero encontrándose en ageno, sin industria alguna, se divide igualmente entre el inventor y dueño de aquel sitio; y si con ella, será de este absolutamente, en pena de que con estas maniobras se abandona la agricultura, asunto á la verdad muy importante á la causa pública (nn. 51. y 52. l. 20. tit. 28. part. 3. XXX). Ne-

(XXX) Estas disposiciones dadas por las leyes Romanas y de Partidas en su confirmacion parece hallarse alteradas por ley posterior recopilada que es la 1. tit. 13. lib. 6. Recop., en la que se previene pertenecer á S. M. qualquier tesoro que sea hallado, bien sea en fundo propio ó ageno, con industria ó sin ella, deducida la quarta parte para el descubridor ó denunciador.

Necesitándose la dicha natural aprehension en las cosas vacantes, aunque por ley ó estatuto se concedan al que las hallare, excepto si permita expresamente su adquisicion sin aquella circunstancia (n. 47. vers. *Item adde*).

22 De esto último se deduce, que estableciéndose por ley ó estatuto, que el que fuere hallado con armas las pierda, en duda se necesita real y verdadera aprehension de ellas; bastando para este concepto, que siendo visto por la Justicia el que las llevare, sea perseguido inmediatamente aun hasta sus casas, y en estas sean aprehendidas (n. 48. T). Lo mismo debe entenderse del juego prohibido, y demas delitos que provengan de nueva ley positiva; porque si de la natural y comun á todas las gentes, entonces basta para el condigno castigo acreditarse por pruebas legítimas la comision del crimen (eod. n. 48. vers. *Ex qua etiam conclusione*, et nn. 49. y 50. U).

23 Asi como las cosas vacantes no pueden adquirirse por actos fictos, á causa de no tener dueño cuya voluntad intervenga en la translacion, segun queda sentado, del mismo modo carecen de facultad el tutor y curador para transferir por modo ficto la posesion de los bienes de su menor enagenados con la correspondiente solemnidad; el apoderado de los de su poder-dante; el executor testamentario de los contenidos en la disposicion; el Prelado de alguna Iglesia, de los de esta; el Juez, de los litigios, en caso de tener que aposesionar en ellos á alguno de los litigantes; pues todos ni son dueños ni poseedores respectivamente de los citados bienes (nn. 53. y 54.): excep-

(T) *L.* 28. *tit.* 23. *lib.* 4. *Recop.*
(U) *L.* 10. *tit.* 8. *lib.* 8. *Recop. l.* 18. *eod. tit. et lib. cap.* 12. *y* 13.

ceptuándose de este último caso el en que se verifique resistencia del contrario, ú otro justo impedimento; porque entonces á fin de evitar discordias puede el Juez aposesionar al interesado por vista y presencia ocular, aunque sea de lejos (eod. n. 54. vers. *Quod tamen limita*). Tampoco podrá el heredero transferir posesion de los bienes hereditarios por acto ficto antes de su aprehension, porque aunque por la adicion es dueño, no tiene posesion hasta que execute aquel acto (n. 55.), ni menos tomarla esta de los citados bienes, sino por verdadera aprehension, á causa de no haber poseedor mediante cuya voluntad lo haga por vista ú otro modo ficto (n. 54. vers. *Quinto subtiliter*).

24 La regla general que requiere acto verdadero de aprehension quando falta voluntad del tradente que la transfiere, no tiene lugar quando alguno trata de recuperar la posesion perdida: v. g. por larga ausencia, hallándose la cosa del todo vacante; ni el caso de que en esta solo se verifique ocupacion de la posesion natural, y el que retenga la civil quiera restituirse á la primera por presencia de la cosa; pues no hay duda ser mas facil recuperar lo perdido que adquirir de nuevo (n. 55. ex vers. *Unum tamen est*, usque ad *Ex quibus infero*). Bien entendido, que si la posesion natural, á la que intente volver el que retiene la civil, se haya perdido, no por ausencia sino por otro motivo, como por translacion del usufructo, entonces no basta la ficcion de vista, pues se necesita verdadera aprehension, finalizado aquel derecho (n. 55. dict. vers. *Ex quibus infero*).

25 El segundo acto ficto por el qual se transfiere la posesion, es por la entrega del instrumento que se formaliza para la enagenacion de la cosa aunque sea mueble (n. 56. l. 8. t. 30. p. 3.), sin necesitarse tra-

tradicion del título por el qual adquirió la alhaja que ahora la enagena; lo qual (ademas de manifestarlo las leyes 17. y 44. de Toro, n. 57. ead. l. 8. tit. 30. p. 3.), se halla recibido en inconcusa práctica. Procediendo lo antecedente aunque los contrayentes no se hallen á presencia de la cosa, como esta se posea por el tradente (n. 58.), ó aunque este venda, ó en otro qualquier modo enagene el mismo instrumento y título por el que adquirió (n. 59.).

26 El tercero consiste en la entrega de llaves, mediante el qual se transfiere la posesion de las cosas que se hallan baxo su custodia (eod. n. 59. vers. *Tertius*, l. 7. tit. 30. p. 3.): bien que es indispensable que la tradicion de aquellas se haga á presencia de la casa ú otro continente en que existieren los bienes, de cuya toma de posesion se trata; y que esté cerrado, porque de lo contrario no se verifica el expuesto concepto de custodia (n. 60. dict. l. 7. tit. 30. p. 3.). Deduciéndose de lo antecedente, que para tomar la posesion de un caballo ú otro animal, no basta la aprehension del freno ú otra cosa con que se sujetasen, si no estuviesen actualmente con él (n. 61.).

27 El quarto modo ficto es la retencion del usufructo de alguna alhaja, cuya propiedad se enagena; pues entonces el tradente, quedándose con la posesion natural, transfiere la civil en el acciplente, como se verifica una especie de constituto de parte del usufructuario, quien á nombre del otro retiene la propiedad de la cosa, de modo que tiene investidura de procurador y guardador de ella (n. 62. l. 9. tit. 36. p. 3.). Lo mismo se advierte quando se retiene otro qualquier derecho incompatible con el dominio de la alhaja, como el enfitéutico, obligán-

dose á satisfacer el canon correspondiente á quien se enagena la cosa, ó el pignoraticio, hasta que por este se satisfaga el precio de ella, y otros á este modo (eod. n. vers. *Ex quibus*). Con advertencia, que no sucede asi quando por el contrario se retiene la propiedad ó dominio de la cosa, y se enagenan los otros derechos de ella, por cesar aquí los motivos que en el caso arriba puesto se verifican (n. 63.); sin que sea de omitir, que la translacion de posesion civil por la retencion de usufructo procede, aunque esta se haga en ausencia de la cosa (n. 65.).

28 El quinto modo ficto se verifica quando el que enagena la cosa se queda con el arrendamiento y conduccion de ella, y de consiguiente con sola la detentacion, transfiriendo la posesion que tenia en la misma al comprador, donatario &c. Siendo el motivo de esta translacion ser el derecho de conduccion incompatible con el dominio que el enagenante tenia, y como se queda con aquel, es visto desprenderse de este y de la posesion de la cosa (n. 66. l. 9. tit. 30. p. 3.). Consiguiente á lo qual transferirá en el heredero la posesion de los bienes hereditarios el inquilino ú otro conductor que hallándose de tal en ellos, aunque no esté á presencia de los mismos, y lo reconozca por nuevo dueño poseedor, pagándole el contingente de su arrendamiento (nn. 67. y 68.).

29 El sexto modo ficto se verifica quando el dueño de la cosa la enagena á aquel á quien la tenia dada en depósito, arrendamiento, comodado &c., en cuyo caso esta detentacion se convierte en posesion *fictione juris*, mediante el nuevo título de adquisicion, sin necesitarse otra alguna aprehension (n. 69. l. 47. tit. 28. p. 3.); y esto aunque la cosa no estuviese á presencia de los contrayentes al tiempo del convenio,

pues

pues entonces por lo menos se transfiere la posesion civil (n. 70.); causada esta de la detentacion que con solo el ánimo tambien se retiene por el tal depositario, arrendatario ó comodatario (eod. n. 70. vers. *Attende tamen*); ó aunque estos no tuviesen la cosa anteriormente del mismo que ahora les hace la enagenacion de ella, sino de otro tercero (n. 71. vers. *Item adde*). Bien entendido, que cesa en el propuesto caso la translacion de posesion si el dueño ignorase que la alhaja estaba en poder de los referidos; porque se verifica defecto de voluntad, y esta es incompatible con el error (n. 71.).

30 Parece obstar contra lo antecedente la especie de que pidiéndose al detentador la cosa por su dueño, si estos se transigieren por algun interese, y el segundo la dimita en el primero; ni pasa el dominio á este, ni aunque aquel solo tuviese la posesion se le transfiere la condicion de usucapir. Pero es de advertir que la doctrina del §. 28. tiene lugar únicamente quando interviene título translativo de dominio, de cuya qualidad no es la transacion, porque esta solo produce excepcion contra el tal dueño en el caso de que este intente nueva pretension de reivindicacion (eod. n. 71. vers. *Sed attende*): consiguiente á lo qual el referido detentador, como que ni adquiere dominio *ni quasi* en los casos apuntados respectivamente, carece de los efectos emanantes de estos derechos, como de reivindicacion, accion publiciana (eod. n. 71. vers. *Ex qua subtili*), prescripcion &c. (n. 72.). Siendo excepcion de lo antecedente quando el dueño ó poseedor que dimite *ex causa transactionis*, haga tambien expresa renuncia y cesion del derecho que en la cosa tenia (eod. n. vers. *Quarto infero*); ó execute la dimision, no por

transacion, sitio porque el tenedor de aquella le satisfaga el interes del pleyto; por quanto esto en substancia viene á ser un título de compreda, el qual es translativo de dominio ó quasi (eod. n. vers. *Quinto infero*). Con advertencia, que el tal dimitente ú otro qualquiera, quando falta la circunstancia de causa ó título, no queda obligado á la eviccion y saneamiento de la cosa dimitida, si á su tenedor se la reivindicarse un tercero, por ser su verdadero dueño (n. 73.).

31 El séptimo modo ficto de adquirir posesion consiste en poner á la cosa alguna persona que la custodie (n. 74.); y esto aunque los contrayentes no esten presentes al tiempo del contrato (n. 75.). Bien entendido, que este caso se diferencia del en que se nombra apoderado para tomar posesion de qualquier cosa: primero, en que en aquel caso no es necesario se acredite el mandato, como lo es en este: segundo, en que el mandatario ha de tener ánimo y voluntad de adquirir, y el guardador solo de custodiar: tercero, en que aquel debe aprehender la cosa naturalmente, y en este basta la presencia y proximidad á ella (eod. n. 75. vers. *Nec obstat si subtiliter*).

32 El octavo se verifica quando el comprador, donatario ú otro adquirente señala la cosa que se le vende, dona &c.; como regularmente se hace con el ganado lanar, cabrío, vacuno, de cerda y otros animales, con el fin de que esta señal sea la divisa para conocer su dueño (n. 76.): bien que no es prueba plena y concluyente de dominio, y sí solo un vehemente indicio; excepto quando la señal sea propia y peculiar de algun Soberano, y por lo mismo sea prohibido su uso á otro qualquier particular (n. 77.). Con advertencia, que qualquier perito sobresaliente

y singular en algun arte puede prohibir á otro el uso de la misma señal que aquel pone á las cosas que fabrica; porque de lo contrario se verificaria decadencia de su crédito, y de consiguiente perjuicio en sus intereses (eod. n. vers. *Dicit etiam platea*).

33 El nono acto ficto es por la cláusula de constituto, quando el que enagena se constituye por tenedor y poseedor de la cosa á nombre del adquirente, en cuyo caso pasa á este la posesion que aquel tenia, bien sea la civil y natural juntamente, ó bien sola una de estas; la primera hallándose ausente de la cosa, y la segunda siendo v. gr. usufructuario de ella; pero en uno y otro caso ha de intervenir título habil y translativo de dominio (nn. 78. y 79. l. 9. tit. 30. p. 3.). Y aunque parece que en ausencia no puede transferirse posesion por la cláusula de constituto, á causa de no intervenir de parte del adquirente acto alguno corpóreo ó ficto que en su lugar se subrogue; sin embargo lo contrario es sostenible, porque al acto en cuya virtud el constituyente habia adquirido la posesion de la cosa presta su fuerza, vigor y substancia al que de nuevo interviene ahora (n. 80.): y esto aunque el primero hubiese sido ficto v. gr. por recepcion del instrumento, conduccion, vista, constituto &c. (n. 81.): procediendo la translacion de posesion por este último modo, aun en el caso de que el constituyente la tuviese por medio de otra persona, como inquilino, arrendatario, y otras semejantes (eod. n. 8. vers. *Primo similiter*), ó sola la comodidad de la posesion, y no esta misma; v. g. porque hubiese opignorado al acreedor sus bienes, constituyéndose á nombre de este por su tenedor y poseedor; pues sin embargo de esto si el tal deudor los venda ó enagene á otra persona,

y á nombre de esta misma formalice nuevo constituto, le transfiere la posesion de ello (eod. n. 2. vers. *Similiter*).

34 Para que la persona en favor de quien se formalice el constituto adquiera por medio de él la posesion de la cosa, es indispensable su presencia á este acto, ó su ratificacion en caso de ausencia; porque de lo contrario no se verificaria ánimo y voluntad en el mismo para la expuesta adquisicion: circunstancia precisa que debe intervenir aun en los actos fictos (n. 82.); de lo qual se infiere, que si el constituyente á nombre del ausente antes que este ratifique el constituto enagenare á otro la cosa, dándole tambien su posesion, aunque sea por acto ficto, será preferido este último en el dominio y demas derechos respectivos á aquella, porque la ratificacion viene ya á ratificarse en tiempo inhabil (n. 83.). Tampoco podrá dicho ausente intentar remedio alguno posesorio, si antes de hacer la expresada ratificacion fuere expelido ó inquietado el constituyente en la posesion de la cosa (eod. n. vers. *Infertur secundo*), ni adquirirla aquel si este falleciese en el referido intervalo; en cuyo caso la enagenacion que de ella execute su heredero despues de haber aprehendido la posesion, motivará preferencia del nuevo adquirente respecto del anterior, que aun no habia ratificado el constituto hecho á su nombre por el difunto (eod. n. vers. *Infertur et tertio*). Sin que obste la especie de que el ausente nunca puede adquirir posesion aunque despues ratifique aquel acto, á causa de que al tiempo de este, por el mismo hecho de constituirse el enagenante á nombre del otro por poseedor de la cosa, dexó de serlo; y asi quando se verifica la ratificacion no tiene ya el constituyente posesion que trans-

transferirle, por quanto el ánimo de este no fue desprenderse desde luego de ella, y sí con respecto á la aprobacion que despues hubiese de practicar el adquirente; de suerte, que faltando esta circunstancia, cesa aquella voluntad (eod. n. vers. *Sed attende*.

35 El constituyente debe tener posesion para transferirla, y por lo mismo el poseedor *ex clausula constituti* para acreditar que lo es ha de hacer ver que aquel tambien lo fue (n. 84.): bien que para esto ha de litigar con un tercero; porque si el litigio fuere con el que hizo el constituto, como que su confesion en poseer, y cláusula de este acto le perjudican, entonces el adquirente está excusado de practicar aquella prueba; cuya distincion milita igualmente en otros diferentes casos, entre los que lo es la confesion hecha por el marido de la recepcion de la dote, la qual aunque á él mismo le perjudica, no es asi respecto de sus acreedores; pues por lo tocante á ellos necesita de hacer prueba de su numeracion y entrega (nn. 85. y 86. X). Bien es verdad, que para hacer ver la posesion del que hizo el constituto, será suficiente aun respecto de un tercero que el instrumento, mediante el qual aquel adquirió contenga cláusula de constituto (n. 87.).

36 Siendo constante que no poseyendo el constituyente, no pasa la posesion de la cosa á aquel en cuyo favor se hace el constituto, se deduce, que el apoderado del poseedor, el síndico de qualquier Iglesia, Colegio ó Universidad; el heredero antes de aprehender los bienes hereditarios, y demas personas que ellas mismas no poseen, no pueden por la cláusula de constituto transferir la posesion de los bienes que en-

(X) Dom. Covarrub. *lib.* 1. *Var. cap.* 7. *n.* 4. *et seqq.*

enagenan; propios del poderdante, menor, Iglesia, herencia, Colegio, Universidad &c., aunque intervengan las solemnidades de derecho precisas para la validacion de estos contratos (n. 88. Z). Tampoco transfiere posesion el que se constituye para despues de su muerte por poseedor de la cosa á nombre de su adquirente, por conferir el acto de constituto para un tiempo en que ya no posee (n. 89.): y lo mismo se verifica siendo el contrato condicional, y purificándose muerto ya el constituyente (eod. n. vers. *Ex quibus infero*). Con advertencia, que por muerte de este no pierde la posesion que ya tuviese adquirida aquel en cuyo favor se hizo el constituto, ó porque al tiempo de este se halló presente, ó lo tuviese ya ratificado (eod. n. vers. *Advertendum tamen*).

37 Aunque el detentador no posea, sin embargo puede transferir aquella nuda insistencia y detentacion que tiene en la cosa, por la cláusula de constituto, y de consiguiente el dominio de ella; para cuya adquisicion no es precisa tradicion de posesion, y basta de sola detentacion (n. 90.): bien entendido, que esta queda en realidad en el mismo constituyente, por consistir en hecho; y en quanto á sus efectos pasa virtualmente al adquirente, y en este concepto este retiene *solo animo* por medio de aquel la dicha detentacion. Siendo el motivo de esta translacion el de que causándose toda posesion del acto de aprehender, insistir, ó detentar la cosa, la representacion de estos se verifica en el constituto, ú en otro qualquier modo ficto de los que van expuestos (eod. n. vers. *Sed his non stantibus.*)

El

(Z) *Vid.* Dom. Salg. *de Protect. p. 4. c. 8. d n. 116.*

38 El apoderado, tutor ó curador, ú otra persona de esta qualidad, puede adquirir para su poderdante, menor, ó para aquel á quien representa, la posesion de qualquier cosa *ex clausula constituti*, ú otro modo ficto, conforme á las leyes 17. y 44. de Toro en aquellas palabras *ó á quien su poder hubiere*; y aunque estas dos disposiciones Reales hablan solamente de la tradicion de instrumento y en asunto de mejoras y mayorazgo, son á la verdad extensivas á otro qualquier modo ficto, como de constituto &c., y á los demas casos que puedan verificarse (n. 91.). Siendo digno de advertir, que la posesion adquirida por los expresados actos es tan substancial como la que se tiene en virtud de verdadera aprehension; y de consiguiente el comprador que primeramente toma posesion de la cosa, v. gr. por constituto, será preferido al que posteriormente la aprehenda natural y verdaderamente; y esto aunque aquel la hubiese adquirido por medio de Procurador, segun lo expuesto en el número antecedente, ó el vendedor solo tuviese la detentacion; con arreglo á lo manifestado en el §. 36. que precede (n. 92.).

39 La preferencia que tiene el primer comprador y poseedor de la cosa, aunque sea por modo ficto, respecto del segundo, no tiene lugar quando la venta primera fue absolutamente condicional, y antes de purificarse el segundo comprador tomare posesion aun por acto ficto, pues entonces este debe preferirse en la adquisicion de la alhaja; porque aunque es verdad que purificada la condicion se estima puro el contrato, mediante á que se retrotrae al tiempo de su celebracion, sin embargo, como para esto se necesita la habilidad en los dos extremos, *ad quod*, que es la razon del contrato, y *à quo*, que es el tiempo

po en que exîste la condicion; cuya última circunstancia falta en nuestro caso por no poseer entonces el vendedor, es repugnante que este transfiera en el primer comprador posesion que no tiene (n. 93.); y asi quedará excluido de dicha adquisicion, excepto si aunque el contrato fuese condicional, el constituto fuese puro y de presente, v. gr. expresando el vendedor, que desde luego para quando llegase el caso se constituya á nombre del citado comprador condicional por tenedor y poseedor de la alhaja enagenada, ó este último aprehendiese realmente su posesion (eod. n. vers. *Advertendum tamen*).

40 El enfiteuta no pierde su derecho, ni incurre en pena alguna por haber enagenado la cosa dada en enfiteusis, siempre que no hubiese entregado la posesion de ella (n. 94.); ó aunque esto lo hiciese, si se verifique por acto ficto, y no real y verdadero; porque entonces queda igualmente indemnizado el enfiteuta, á causa de que la disposicion del comiso es penal, y por lo mismo odiosa y restricta únicamente al caso de que intervenga verdadera tradicion (n. 95).

41 La incertidumbre vicia la adquisicion de posesion, bien se verifique de quota y situacion de la cosa, v. gr. si uno vende lo que tiene en este ó esotro pueblo; pues ni se sabe quanto es, ni menos el sitio en que se halla; bien de uno de dichos particulares solamente con noticia del otro; ó ya aunque el que enagena esté cierto de los dos, el adquirente los ignore, por quanto en todos estos casos se advierte defecto de ánimo y voluntad para adquirir posesion en el mismo que trata de adquirirla (n. 96.).

42 La posesion de una cosa se puede adquirir por muchos títulos, no solo concurriendo estos desde

de luego, como sucede entregándose aquella al acreedor á quien se le debia por varias causas, sino tambien uno despues de otro: v. gr. si Antonio compró á Juan alguna alhaja de que este no era dueño, y despues de hecha su entrega la volviese á recibir en nueva venta de otro distinto, que tampoco tuviese dominio, y tomare segunda vez posesion en aquella, es visto haberla adquirido por los dos títulos de compreda, que respecto de los dos vendedores se han verificado, para lo qual ninguno de estos ha de ser dueño de la cosa: no el primero, porque siendo transfiere en el comprador el dominio de ella, y por lo mismo hallándose ya este con pleno derecho, fuera extraño hubiese de adquirir nueva posesion; y no el segundo, mediante á que estando por esta última compreda con absoluta pertenencia de la alhaja, dexa de poseer en virtud de la primera, como menos plena y perfecta (n. 97. A). Produciendo la posesion adquirida por muchas causas el efecto de prescribir en virtud de una de ellas, aunque respecto de otra se constituya de mala fe el adquirente: tambien el de quedarle á este la accion publiciana en el caso de haber perdido la instancia intentada por solo uno de dichos títulos: igualmente el de conservar los remedios posesorios, aunque esté excluido de proponerlos por otra alguna causa de las expresadas (eod. n. vers. *Et si queras*).

43 Aunque el dominio, como que es un derecho plenísimo sobre la cosa, no puede adquirirse por muchos títulos, de suerte que el que ya se tiene en aquella por alguno de estos no puede admitir mas perfeccion por otro diferente; atendida la regla *Quod meum*

(A) *Vid.* Giurb. *observ.* 116. *n.* 38. *vers.* Verum. Gar. *de Nobilit. glos.* 12. *à n.* 83.

meum est, *amplius meus fieri nequit* (n. 98.); sin embargo cesa la propuesta doctrina quando la multiplicidad de causas concurren á un mismo tiempo antes de adquirirse el dominio de la cosa: v. gr. en el caso de que se entregase esta al acreedor, como debida por diferentes títulos. Lo mismo sucede si la causa que de nuevo se verifica trae origen de la antecedente. v g. si el heredero antes de purificarse la condicion, con la qual se habia dexado el legado, lo venciere ó donare al legatario, el qual llegando el evento de aquella adquiere la manda por título de legado, y dexa el dominio que en la misma tenia por concepto de compreda ó donacion, como que este título es menos principal y derivado del otro que es mas robusto (eod. n. vers. *Advertendum tamen*).

44 Una misma posesion no puede residir en muchos *in solidum* sobre una propia cosa, ya sea la natural solamente, ya la civil, ó ya ambas juntamente; porque de lo contrario se verificarian efectos incompatibles recíprocamente en los poseedores, como de prescripcion, percepcion de frutos &c. (n. 96. B). Mas siendo las posesiones distintas, bien pueden verificarse en diversas personas, aunque sea respecto de una misma cosa, como se advierte en el usufructuario, usuario, enfiteuta, feudatario, superficiario, conductor por largo tiempo, y demas que tienen posesion natural en la cosa que respectivamente disfrutan, quedando la civil en el propietario, dueño directo &c. (n. 100.). Lo mismo se advierte en el que recibe en precario alguna cosa, por poseerla naturalmente, y quedar en el dueño la posesion civil: sin que obste que el comodatario carece de aquel derecho, sin

(B) *Cap. 9. de Probat.*

sin embargo de asemejarse al que recibe en precario; por quanto como este se concede sin tiempo ni modo, lo qual no es asi en el comodatario, se considera en aquel mayor facultad y amplitud para el uso de la alhaja; á que coadyuva, que la concesion precaria en duda se presume perpetua (eod. n. vers. *Item etiam ille qui precario*). Bien entendido, que sin embargo de sujetarse esta á la voluntad del concedente, carece de facultad para revocarla sin causa é intempestivamente, no dexando intervalo alguno en que se use de la cosa, á cuyo fin tiene el que la recibe en precario la excepcion *doli*, para resistir la pronta devolucion que de ella solicita su dueño (eod. n. et eod. vers. *Item etiam*). Tambien se verifica la posibilidad de poseerse por muchos una misma cosa en distinto modo en el caso de que alguno se ausente de ella; porque entonces este la posee civilmente, y el que la ocupa naturalmente. Con advertencia, que una misma posesion no es repugnante resida en muchos por concepto diferente: v. gr. el usufructuario y usuario de alhaja idéntica, ambos la poseen naturalmente; pero el primero por razon de usufructo, y el segundo por la de uso (eod. n. vers. *Item etiam possessor*).

45 La posesion tanto civil como natural de cosa inmueble se retiene insistiendo en ella, ó estando á su vista é inmediacion, de forma que sea muy fácil regresarse á la misma; pues como se puede adquirir de estos modos, de consiguiente con superior motivo retener por medio de ellos segun la regla *Facilius jura nostra conservamus, quam adquirimus de novo* (n. 101.): en inteligencia, que ausentándose de la cosa el que en ella tuviere posesion civil y natural, retiene la primera, y pierde la segunda (n. 102. l. 12. tit. 30. p. 3.).

La

46 La posesion civil que por ausencia se conserva fenece en el caso de que el ausente volviendo á la cosa, no sea admitido por el que la tenia ocupada; ó quando previendo él mismo este suceso perdiere el ánimo de poseer (eod. n. vers. *Et adde*, l. pen. tit. 3. p. 3. C); ó aunque con él permanezca, no sea facil y posible la recuperacion de la cosa, ya por el poderío del ocupador, ya por la qualidad de ella, si fuese inexpugnable, ó ya por la situacion en que se hallare: v. gr. si estuviese inundada de suerte que el uso de la misma no pueda tener exercicio (eod. núm. vers. *Tertio si talis*, l. 14. tit. 3. part. 3.).

47 Tambien finaliza la posesion civil en el caso de que la ausencia del poseedor sea por mucho tiempo, respecto á presumirse olvidado de ella, excepto si hubiese protestado lo contrario, quedando al prudente arbitrio judicial, segun las circunstancias de la persona, cosa y lugar, medir la brevedad ó diuturnidad de la ausencia para el expresado fin (eod. n. vers. *Quarto modo*. D). Bien entendido, que tambien pierde una y otra posesion el poseedor presente si con ciencia y paciencia suya ocupare alguno la cosa por año y dia con título y buena fe, sin que le quede otro recurso al primero que el de la propiedad (eod. n. vers. *Intellige tamen*, l. 3. tit. 15. lib. 4. Recop.): sin que pueda omitirse que la posesion se pierde tambien por muerte del que la tenia, como que le falta voluntad para su retencion, y por lo mismo no pasa á los herederos como el dominio; cuya razon de diferencia consiste en que la posesion se

(C) Hermosill. *in leg. 7. glos. 2. tit. 4. p. 5. n. 36.*
(D) *Vid.* Cevall. *Comm. p. 98.* Garc. *de Nob. glos. 12. n. 29.*

se pierde *solo animo*; pero el dominio requiere ademas la intervencion de título, por lo qual continúa en los herederos (n. 103.).

48 La posesion que pierde el que se ausenta de la cosa se consolida con la natural que tenia ocupada algun otro, por presumirse en este un ánimo implícito de ello desde que la aprehendió; excepto si hubiere repugnancia para la concurrencia de una y otra posesion en el tal ocupador: v. gr. si fuese usufructuario, en quien nunca se considera ánimo explícito ni implícito de la expresada consolidacion (n. 104.). De que se deduce, que si alguno de dos ó mas herederos faltare antes de adir su respectiva parte, aunque se acrezca la propiedad de ella á los demas herederos que aceptaron las suyas, no es así de la posesion, por faltar hecho de aprehension en el heredero adquirente, y esperanza de poseer las quotas acrescidas (eod. n. vers. *Ex quibus*).

49 Reteniéndose por el ausente la posesion civil de la cosa, no puede percibirla su ocupador, mediante á que solo tiene la natural, y carece de consiguiente de la civil, que es la que causa la prescripcion (n. 105.); y produce el derecho de percibir los frutos, el qual no lo tiene el poseedor natural, aunque lo sea con título y buena fe, si no que hubiese voluntad y consentimiento del que retuviera la posesion civil, como se advierte en el usufructuario, conductor, inquilino, y en el que recibe en precario la cosa fructuante (n. 106.).

50 La posesion natural residiendo sin la civil, como sucede en el usufructuario, se retiene en ausencia en los mismos casos que la segunda; y esto aunque la primera sea injusta, qual es la que adquiere el ocupador de cosa, cuyo legítimo poseedor está

ausente (n. 107.): pero hallándose la natural consolidada con la civil, se retiene esta, y se pierde aquella ausentándose de la cosa el que ambas tenia: consistiendo la razon de diferencia de un caso á otro, en que la retencion de posesion por solo el ánimo es causada de la ficcion legal, mediante la qual se conceptúa el dicho ausente estar á presencia de la cosa; cuyas ficciones se inducen solamente habiendo causa y necesidad para ello; y como esta cesa quando teniéndose ambas posesiones se retiene la civil, como que produce los mismos efectos que junta con la natural, se hace superflua en este último caso la conservacion de ella: y asi verificándose defecto de motivo, es extraña respecto de la misma la propuesta ficcion; mas no quando la posesion natural se encuentra de por sí, mediante á que de cesar su retencion no quedaba efugio alguno al poseedor (eod. n. vers. *Sed est subtilis*).

51 Por lo respectivo á las cosas muebles ó semovientes se retiene su posesion civil y natural teniéndolas asidas, ó hallándose estas á la vista del poseedor; y si así no se verificare, mas esten baxo la custodia de este, de suerte que le sea facultativo executar su natural aprehension, ó ponerlas á su presencia, entonces pierde la posesion natural con retencion de la civil. Para lo qual puede servir de exemplo el caso en que se tenga ganado mular, yeguar ó cerril pastando en alguna dehesa baxo la direccion y custodia de los mozos á dicho fin destinados, pues aquí solo conserva su dueño la posesion civil. Mas si la cosa se hallare sin la circunstancia de custodia, ó porque se haya perdido, ó huido en términos que su recuperacion no sea arbitraria y potestativa al que la tenia, entonces se pierden ambas posesiones por defec-

fecto de ánimo; como tambien quando el poseedor se ausentare. Y aunque no sucede esto último en las cosas inmuebles, consiste la diferencia en que las muebles se pueden esconder facilmente, y por lo mismo desapareciéndose, se conceptúa desconfianza en su dueño para volver á poseerlas; lo qual por el contrario se advierte en las inmuebles que por su naturaleza son inocultables (n. 108.). Con advertencia, que aunque se le huya al dueño algun esclavo, como no sea por otro aprehendido, retiene el primero la posesion civil que sobre el segundo tenia, sin embargo de ser cosa semoviente: pues de lo contrario seria arbitrario á los esclavos privar á sus señores de la expuesta posesion (eod. n. vers. *Ex qua*, l. pen. tit. 32. p. 3.).

52 La posesion se retiene en ausencia por medio de procurador, tutor, conductor y otras personas de semejante qualidad, aunque estas dexen de insistir en la cosa; porque como ellas mismas retienen su respectiva detentacion, es visto que en su virtud el verdadero poseedor conserva su posesion: y por lo mismo aunque v. g. el conductor subarriende la cosa locada á un tercero, no dexa de verificarse la expresada retencion de posesion, por mas que el subarrendatario la tenga á nombre del que le subarrendó, y no del legítimo poseedor: debiendo suceder lo propio aunque el principal detentador se constituya furioso, ó muriese (n. 109.), ó hubiere desamparado la cosa con ánimo de no volver á ella, ó la entregare á otro de su propia voluntad, ó sea expelido por fuerza de su detentacion (eod. n. vers. *Adde tamen*, in fin. verb. *Quid autem hodie reperiatur*, l. 13. tit. 3. p. 3.). Sin que sea de omitir, que la ausencia que hagan de la cosa el citado apoderado, tutor, conductor &c., no obsta para que por su dueño se conserven ambas po-

sesiones en el caso que aquellos se ausenten sin ánimo de desamparar la cosa; porque si con él lo executaren, se pierde por lo menos la natural. Y aunque para la adquisicion de esta es indispensable se verifique acto corpóreo, verdadero ó ficto, y por lo mismo parecia ser necesario igualmente para su pérdida; no obstante basta para esto último el defecto de ánimo, respecto á que solo se versa perjuicio del mismo poseedor, y en adquirir se le sigue á tercero (eod. n. vers. *Adde tamen*).

53 La posesion civil y natural, ó qualquiera de ella se pierde por solo el ánimo y voluntad de no poseer, aunque actualmente se insista en la cosa; lo qual cesa quando en el poseedor se verificare el mismo defecto de ánimo para adquirir posesion, como se advierte en el furioso, en quien ni se encuentra voluntad para esto, ni capacidad para aquello: y asi á exemplo de otros derechos que conserva, retiene igualmente la posesion que ya tuviese, sin embargo de la adveniencia del furor. Lo propio se dirá por la misma razon del que está dormido, quien careciendo de sentido tampoco tiene voluntad de poseer (eod. n. vers. *Sexta conclusio*).

54 Aunque la posesion se pierde por solo el ánimo, no es asi respecto del dominio, para cuya traslacion ha de intervenir acto corpóreo verdadero ó ficto (n. 110. l. fin. tit. 28. p. 3.). Con advertencia, que para la amision del dominio lo ha de adquirir otra persona precisamente, mas no para la de la posesion; porque aquel es irrecuperable, y esta se puede recobrar otra vez por el mismo dueño que la perdió (eod. n. 110.).

55 La ley Positiva puede justamente preceptuar, no solo en este ó esotro caso particular, sí tambien ge-

generalmente que la posesion pase sin acto alguno de ella verdadero ó ficto: y asi lo dispuso nuestra ley 45. en el caso que muera el poseedor del mayorazgo, en favor del sucesor inmediato, á quien se transfiere la posesion de los bienes de su dotacion sin otro acto de aprehension (111. E). Y aunque la adquisicion de posesion proviene de derecho Natural, habiendo este inducido para ella el acto de aprehension, lo cierto es que esta disposicion no fue preceptiva, sino permisiva, y por lo mismo se puede en un todo alterar por derecho positivo (eod. n. 111. vers. *Unde in hoc singulari* in fin.). Bien entendido, que la posesion que muerto el tenedor del mayorazgo pasa al siguiente sucesor, aunque se llama *civilísima* por crearla la ley sin mediacion de acto alguno verdadero ó ficto, ni es nueva especie de posesion, y distinta de las demas, ni dexa de ser tan verdadera como estas, produciendo los mismos efectos que si fuese adquirida por aquellos actos (eod. n. vers. *Circa cujus*, et *in tantum est verum*); y de consiguiente la disposicion de nuestra ley tiene lugar tanto en las cosas muebles como en las inmuebles (eod. n. vers. *Præterea et secundo*).

56 La posesion que se transfiere en el siguiente sucesor, segun nuestra ley, no solo es civil, sí tambien natural; y esto aunque el referido se halle ausente de los bienes pertenecientes al mayorazgo: por quanto siendo la posesion de derecho, y no de hecho, justamente pudo la ley positiva disponer la expresada traslacion: de que se deduce ser especial en este caso, que el sucesor retenga en ausencia ambas posesiones juntamente; bien que si habiéndose ya verificado posesion real y actual en los citados bienes de parte de

(E) Dom. Molin. *de Hisp. primog. l. 3. c. 12. n. 6.*

de aquel, se ausentare de ellos, perderá sin duda la natural (eod. n. vers. *Ulterius etiam et tertio*).

57 Esta traslacion de posesion inducida por nuestra ley 45. procede aunque el siguiente sucesor se halle ausente é ignorante (eod. n. vers. *Quarto in tantum*): ó en vida, ó por muerte del último poseedor esten ocupados los bienes vinculados, ó le sean entregados por aquel á otra persona (eod. n. vers. *Prætera et sexto*). Con advertencia, que el referido sucesor para entablar el remedio que le compete en virtud de esta dicha ley 45., ha de justificar su llamamiento y capacidad (eod. n. dict. vers. *Quarto in tantum*, in addict. verb. *Sed contrariam sententiam*).

58 Igualmente procede la traslacion de la dicha posesion civilísima, aunque el sucesor sea infante, furioso, mentecato, ó mudo y sordo por naturaleza; porque aunque á estos les falta ánimo y voluntad para adquirir, les suple este defecto la misma ley; como lo hace por medio de los tutores y curadores, quienes adquieren para aquellos posesion y otro qualquier derecho. Y aunque la ley positiva no puede suplir los defectos naturales, esto se entiende quando se necesita exercicio de acto alguno en la persona que los tiene, mas no en el caso de no ser asi, como en el presente, en el que la posesion pasa *ipso jure* al siguiente llamado (n. 112.).

59 La ley puede preceptuar se transfiera la posesion sin acto alguno de aprehension, no solo en el heredero ó sucesor, sí tambien en la misma herencia yacente, como se verifica en quanto á los efectos en el singular caso de que el difunto estuviese poseyendo alguna cosa con título y buena fe, y faltase algun tiempo para la prescripcion de ella: pues entonces á fin de evitar interrupciones, que de lo con-

contrario se verificarian freqüentemente, y castigar el descuido de sus dueños, induxo la ley que dicha herencia pudiera completar el intervalo que faltase (n. 113.). En inteligencia, que la posesion que el sucesor de mayorazgo empieza á tener por ministerio de nuestra ley 45., no es la misma que el último poseedor tenia, sino realmente distinta; y aunque el texto pone la expresion *se transpase*, cuyas palabras denotan identidad, lo cierto es que el fin de la citada Real disposicion no nos explicó este punto en la forma apetecida, y en duda se ha de considerar nueva posesion por conformarse este concepto con las reglas legales que asi lo previenen en todos los casos, como se advierte en el de que qualquier heredero aprehenda los bienes hereditarios, ó el contrayente la cosa que adquiere por venta, donacion &c.; cuyas posesiones no son las mismas que antes tenian sus respectivos dueños: con lo que concurre, que la misma ley 45. dispone la nominada traslacion, aunque el difunto poseedor hubiese entregado la posesion de los bienes del mayorazgo á otra alguna persona; y en este caso no puede dudarse que aquel carecia de posesion: y asi es visto no haber alguna que transferirse en el siguiente llamado, y que nuestra ley considera en éste nueva y distinta posesion (n. 114.). De que se infiere, deberse satisfacer en este caso al Monarca la correspondiente gabela, si por la ley ó estatuto estuviese mandado pagarla de nuevas adquisiciones de dominio ó posesion (eod. n. vers. *Sed his non obstantibus*, in addict. lit. *T.* verb. *Ex quo potest*).

60 Luego que el sucesor del mayorazgo toma posesion real corporal de sus bienes, se reviste con esta, y queda suprimida la civilísima que tenia transferida por ministerio de nuestra ley 45.; porque aquella es

mas plena y perfecta, como se advierte en otros casos en que se verifica semejante concurrencia de causas (n. 115.). De que se deduce, que si el tal sucesor hiciere larga ausencia de los bienes amayorazgados despues de su corporal aprehension, que queda en la esfera de otro qualquier poseedor, pierde la posesion civil que tenia en ellos (eod. n. vers. *Ex qua sententia*). Siendo digno de notar, que la disposicion de nuestra ley 45. es extensiva á otros qualesquier bienes vinculados y sujetos á restitucion (n. 116. in addict. verb. *Sed contrarium est receptius*): debiendo pasar *ipso jure* la posesion de los mismos al citado sucesor, aunque este sea el primero despues del instituidor, *maxime* si el mayorazgo fuese irrevocable; por quanto en todo evento se verifica la razon y el fin de la ley Real, que fue evitar la contingencia de desunion en los bienes vinculados por defecto de posesion, para que siempre vayan de uno en otro unidos é incorporados (n. 117.).

61 Siendo supuesto indubitado, que aquel por quien se encuentran ocupados de mayorazgo, muerto el poseedor, es un mero detentador, sin que por lo mismo pueda disfrutar efectos algunos de posesion, podrá intentarse contra él por legítimo sucesor, en primer lugar el interdicto *adipiscendæ*, como que en realidad este aspira á conseguir la actual corporal de que carece (n. 118. l. 9. tit. 7. lib. 5. Recop. F). Tambien le compete á dicho inmediato sucesor, siendo instituido heredero universal, el remedio de la ley fin. C. *de edict. Div. Adrian. Tollen.* concordante con la 2. tit. 14. part. 6. G). Igualmente podrá usar del edicto Car-

(F) *Addent. ad.* Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 3.
(G) *L.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recopil.*

Carboniano, si fuese menor de catorce años, para que hasta que los cumpla no se le contradiga la posesion que de dichos bienes solicitare (eod. n. 118. vers. *Et adde*). Asimismo le compete contra el tercero detentador de los bienes vinculados el remedio *recuperandæ* para la restitucion de la posesion de ellos (n. 116. in addict.).

62 Tambien se halla guarecido el expresado sucesor contra el detentador del interdicto *retinendæ*, que es el mas propio en el caso de esta ley; por quanto aunque al parecer el primero no sea perturbado por el segundo en la posesion civilísima que por ministerio de aquella disposicion se le transfirió, en realidad se advierte lo contrario; pues con la detentacion se impiden los efectos y exercicio de la expresada legal posesion, y de consiguiente el disfrute de los referidos bienes: bien entendido, que la restitucion de estos es consiguiente al intento de dicho interdicto, porque de no executarse asi, permanece la inquietacion, de suerte que entonces se verifica un remedio mixto; á exemplo del ausente, quien para lograr el efecto de la retencion que tiene de la posesion civil de la cosa contra el ocupador de ella, es indispensable sea restituido á esta misma (n. 120.).

63 Le es mas facil y seguro al sucesor del mayorazgo intentar el interdicto *retinendæ*, llamado *uti possidetis*, contra el que muerto el último poseedor se hallare ocupando los bienes de su dotacion, que no *el adipiscendæ*, que es el *quorum bonorum*; por quanto el primero compete aun contra el detentador que tuviese título: y asi no le obsta esta excepcion, ni tampoco la de dominio en el caso de ser el actor legítimo poseedor, y el dueño tuviese sola la detentacion ó la posesion natural clandestinamente ó por otra injusta in-

intrusion: pero el segundo remedio no puede intentarse contra el expresado tenedor, si se hallase asistido de la prenotada circunstancia de título (n. 121.) Con advertencia, que aunque contra este mismo pueda entablarse el *uti possidetis* (como va expuesto) debe acreditar el actor en bastante forma su posesion; porque si el contrario lo executa mejor de la suya, ú opone excepcion notoria, como de executoria ganada con aquel en razon de la propiedad de la cosa cuya posesion ahora se controvierte, será oida su contradiccion, y admitida semejante repulsa (n. 122.).

64 Quando el fundador instituye á alguno universalmente, ó en parte de la herencia, haciendo vinculacion de ello, puede el sucesor intentar contra el detentador la peticion de herencia; y esto aunque la fundacion se hubiese formalizado de bienes ciertos y determinados, y se hubiese sucedido, no al instituido, sino á uno de los poseedores, como este dexe por universal heredero al inmediato que trata de intentar aquella accion (n. 123.). Siendo digno de advertir, que aunque la ley transfiera la posesion civil y natural de los bienes vinculados al inmediato sucesor, no puede este expeler por su propia autoridad al que los estuviese detentando, si de ello resulte violencia ú ofension alguna; pero si este inconveniente no se verificare, tiene facultad para aprehenderlos autoritativamente; aunque lo mas seguro será conseguir la corporal posesion por los medios judiciales (n. 124.).

65 Si muerto el poseedor del mayorazgo hubiere dos ó mas interesados que pretendan cada uno respecto de sí la actual posesion de los bienes, de suerte que se tema alguna riña entre aquellos, entonces debe el Juez de oficio, ó á instancia de parte, ponerlos en seqüestro y administracion en poder de un tercero; lo qual cesa

si alguno de dichos pretendientes estuviese ya en la corporal posesion de los referidos bienes, á quien por lo mismo se le deberá defender y amparar en ella contra la invasion de los demas (n. 125).

66 Habiéndose intentado por muchos que juzgan tener derecho al mayorazgo, el remedio *uti possidetis*, solicitando recíprocamente la posesion real, actual, corporal, *vel quasi* de los bienes de su dotacion, en el ínterin que esta instancia se ventila plenariamente podrá el Juez de oficio, ó á instancia de parte admitir prueba á los interesados sumariamente, y aposesionar al que mejor derecho hiciere ver sin perjuicio del que despues manifestaren en el juicio posesorio plenario, á cuyo fin se les reserva: cuyo juicio interino llaman los prácticos *Sumarísimo del interin*. Con advertencia, que aunque por derecho antiguo de España se debia litigar la tenuta en el Real y Supremo Consejo, y fenecerse dentro de cincuenta dias, y en grado de suplicacion en quarenta, remitiéndose el conocimiento sobre la posesion á las Chancillerías, como que aquel intento conspiraba á una sola detentacion y nuda tenencia de los bienes amayorazgados; hoy atendida la ley recopilada 10. tit. 7. lib. 5., solo se hace la expresada remision para en quanto á la propiedad, porque en la tenuta se trata de verdadera posesion (n. 126.).

67 Los interdictos substancialmente son tres, *adipiscendæ*, *rettinendæ*, y *recuperandæ*. El primero fue instituido para lograr en la cosa la posesion que nunca ha tenido el que lo intenta. Comprehende baxo de sí tres especies *Quorum bonorum*: *quorum legatorum*, *et salvianum* (n. 127.): el primero de estos compete al heredero legítimo, ó testamentario, de toda ó parte de la herencia á fin de conseguir la po-

posesion de los bienes de ella (pues no se le transfiere segun queda sentado), á conseqüencia del dominio, que *ipso jure*, y por solo el título de herencia pasa al mismo sucesor universal: de forma, que no pueden intentar este interdicto *quorum bonorum* el comprador de todo un patrimonio ó herencia, ni otro alguno que por solo el título no consiga el dominio de los bienes sin tradicion (n. 128.). et v. *Item adde*).

68 Compete el expuesto remedio contra qualquier poseedor ó tentador de los bienes hereditarios (eod. n. vers. *Item datur*); excepto si lo sea con título, en cuyo caso se procederá contra él por accion reivindicatoria, ú otro recurso (eod. n. vers. *Item adde quod ita demum*). Extendiéndose únicamente el expuesto interdicto á los bienes que el difunto tenia y poseia al tiempo de su fallecimiento, cuyo particular lo ha de acreditar desde luego el heredero, como que es fundamento de su intencion (eod. n. vers. *Item adde quod istum interdictum*); y por lo mismo no puede proponerlo contra los deudores hereditarios obligados personalmente, porque el difunto acreedor no tenia posesion alguna sobre el adeudo (n. 129): como tampoco si los bienes estuviesen vacantes, y no en poder de algun tercero, pues en este caso falta la circunstancia de reo á quien reconvenir, y con quien se exercite la accion posesoria (n. 128. XXXI); lo mismo si el heredero hubiese tomado posesion de los citados bienes (n. 128. vers. *Item adde quod postquam semel*). Siendo digno de advertir, que la excepcion de dominio, ofreciéndose incontinente su prue-

(XXXI) Bien es verdad, que entonces podrá usarse del remedio de la ley fin. C. de edict. Div. Adrian. toll. siempre que concurran las qualidades apetecidas en ella.

prueba, obsta al que propone el interdicto *adipiscendæ*; excepto en el caso de concederse á este, en pena del excepcionante por razon de algun delito que hubiese cometido (n. 129. vers. *Item adde*).

69 El interdicto *quorum legatorum* compete al heredero contra el legatario, que de su propia autoridad hubiese aprehendido la cosa legada, y el primero necesitare su devolucion por hallarse perjudicado en la quarta falcidia que debe tener (nn. 130. y 131.), perdiendo su derecho á aquella el referido interesado, si la aprehension ú ocupacion fuese clandestina, surrepticia ó violenta; mas no quando no lo sea (n. 132.), ó el testador ó heredero le permitan dicha autoritativa aprehension (n. 133.).

70 El remedio de la ley fin. C. *de edict. Div. Adrian. tollend.* con que concuerda la ley 2. tit. 14. de la Partida 6. se reduce á que compareciendo el heredero ante el Juez haciendo representacion del testamento en que se halla instituido, sin vicio alguno exterior y visible, como de cancelacion, rotura, borron ó rascadura en parte alguna substancial; debe ser aposesionado en todos los bienes que el testador poseia ó detentaba al tiempo de su muerte (n. 134): bien sea el testamento cerrado, ó bien abierto, como esté reducido á escritura pública, y aunque fuese verbal se intentará tambien el propuesto remedio, siempre que los testigos fuesen exâminados del tenor de la disposicion y sus declaraciones puestas en forma solemne (n. 135.).

71 Para que el heredero pueda proponer el remedio de dicha ley final, lo ha de ser del todo ó parte de la herencia, como queda dicho del interdicto *quorum bonorum*; mas no si estuviese instituido en cosa cierta, y tuviese coheredero que ada la heren-

rencia, por considerarse entonces en la clase de legatario; sin que en el ínterin que aquel la acepta ó repudia pueda este intentar el propuesto remedio posesorio (n. 136.). Siendo digno de notar, que el testamento no trae por sí solo aparejada execucion contra el heredero por las mandas, fideicomisos, y demas deudas testamentarias (n. 137. XXXII).

72 Igualmente compete el propuesto remedio de la citada ley final al heredero fideicomisario, en caso de que se le haya hecho la restitucion; porque los remedios posesorios *adipiscendæ* no favorecen al que no tenga actual derecho en la cosa; bien que esta restitucion ha de haber sido verbal solamente, porque si fuese real y efectiva, como que ya posee, cesan aquellos; y tambien si el fiduciario hubiese tomado posesion de los bienes hereditarios, mediante á competir *ex ejus persona* el citado remedio al fideicomisario (n. 138.).

73 Asimismo compete al substituto vulgar ó pupilar, manifestando el testamento de la substitucion, y acreditando desde luego haber llegado el caso de ella, aunque no sea expresa, y sí solo virtual y tácita á exemplo de la confesion de la dote que induce su restitucion á la muger ó sus herederos disuelto el matrimonio, aunque no se especifique asi (n. 139. H).

74 Tambien podrá usar del remedio de la citada ley final qualquier heredero transmisario, presentando el testamento en que el principal estaba instituido, y haciendo ver haberse verificado el caso de la transmision (n. 140.). Lo mismo aquel á quien pertene-

(H) *Cur. Philip.* 2. *p.* §. 7. *n.* 4.

(XXXII) Lo contrario sienta el Autor de la Curia Philip. 2. part. §. 7. n. 4.

necen los bienes por derecho de acrescer, justificando la muerte, repudiacion, ú otro impedimento de los otros instituidos (n. 141.). Igualmente el padre por el hijo, y el señor por el esclavo (n. 142.): y últimamente el hijo de cuyo parto hubiese muerto la madre, con sola la presentacion del testamento que esta tuviese hecho instituyendo á los otros hijos, mediante á contemplarse aquel tambien instituido; pues se presume que la madre la hubiera hecho expresamente á no haberle acaecido el propuesto infortunio (número 143.).

75 Para que al heredero se le dé la posesion de los bienes hereditarios en virtud del remedio de la expresada ley final, ha de hacer ver por su juramento á lo menos, que el testador es muerto sin necesitar de prueba alguna de la identidad de persona de aquel interesado; porque el hecho de tener en su poder el testamento, sin duda lo está manifestando (n. 144.): tambien se ha de verificar que este instrumento no contenga vicio extrínseco y visible de su primera inspeccion; como de rascadura, borron, ó rotura en parte alguna substancial; de forma que si se pusieren por algun contradictor particulares respectivos á lo intrínseco del testamento, como de ser falso, contener pretericion, ú otros semejantes, no pueden impedir la posesion que el heredero solicita, pues requieren mayor conocimiento en un juicio plenario, de cuya naturaleza no es el del remedio de dicha ley final, y sí breve y sumario; excepto si el contradictor se ofrezca incontinenti á probarlos (núm. 145), se halle al mismo tiempo en la posesion ó detentacion de los bienes hereditarios, y la excepcion sea de dominio, y no de otra qualidad; porque entonces se impide al heredero la dicha posesion (eod. número

ro vers. *Advertendum tamen.* XXXIII).

76 El vicio visible, como de borron, rascadura, ú otro defecto semejante en parte substancial del testamento, no impide el efecto de la dicha ley final quando se halla bien enmendado y salvado por el Escribano antes del signo y firmas (eod. n. 145. vers. *Item adde*, et 146. I).

77 La posesion que concurriendo las relacionadas circunstancias franquean al heredero las citadas leyes fin. C. *de edict. Div. Adrian. tollend.* y 2. tit. 14. p. 6. se debe suspender, y aun si ya se hubiese dado revocar siempre que se presente legítimo contradictor. Los de esta clase son: primero, el que posee en la actualidad, é igualmente poseia al tiempo que murió el testador los bienes, cuya posesion se solicita por el heredero; y por lo mismo la muger puede impedir el expresado intento en quanto á la mitad del caudal que le corresponde por gananciales (n. 147. v. *In quo comprehenda* K): segundo, el que en virtud de título obtenido del mismo testador tuviese ocupada la cosa aun despues de su muerte (eod. n. v. *Secundo erit*): tercero, el que hubiese executado la propia ocupacion en virtud de título translativo de dominio, obtenido ya muerto el testador, de algun tercero; y esto aunque el heredero hubiese tenido en su poder los bienes hereditarios, mediante á que el remedio concedido por dichas leyes termina á conseguir posesion que jamas se ha tenido (eod. n. vers. *Tertio erit*): quarto, el hijo pre-

(I) *L.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.*
(K) *Cur. Philip.* 2. *p.* §. 27. *n.* 9.

(XXXIII) Aunque la excepcion del contradictor que se halla en actual posesion sea terminada á otra cosa distinta de dominio, impide con efecto la solicitud del heredero, *l.* 2. *tit.* 14. *p.* 6. *verb.* Maguer aquel que fuese tenedor.

preterido, ó injustamente desheredado, ú otro qualquiera que aunque excepcione defecto intrínseco, sea este notorio, ó su prueba se ofrezca desde luego (eod. n. vers. *Quarto erit.* L): quinto, el que manifieste testamento posterior en que se halle instituido, por ser derogatorios de los anteriores (eod. n. 147. vers. *Quinto erit*). Bien entendido, que verificándose haber dos testamentos hechos en un mismo dia, sin que en manera alguna conste qual de los dos se otorgó primeramente, ni aun por el protocolo del Escribano, entonces ambos herederos deben ser aposesionados por mitad en los bienes hereditarios (n. 149. vers. *Advertendum tamen*, l. 3. tit. 14. p. 6.).

78 No es legítimo contradictor aquel que aunque guarecido de título translativo de dominio obtenido de algun tercero no hubiese tomado posesion de la cosa, y esta la tuviese ó detentase el testador al tiempo de su muerte; porque al primero solo asiste una accion personal contra aquel de quien adquirió solo en propiedad los bienes cuya posesion se controvierte. La propia ilegitimidad tiene el tal contradictor, aunque el mencionado título de adquisicion lo hubiese obtenido del mismo difunto: de suerte que al heredero no se le impedirá en ambos casos la posesion que pretenda, por mas que el opositor quiera acreditar su dominio. Y aunque á este contradictor compete accion el segundo contra el heredero para la restitucion de los bienes que adquirió del propio testador; como quiera que en el ínterin que este punto se litiga, debe el citado heredero estar en la posesion, no puede estorbar la solicitud que este haga para tomarla, el pretexto de dominio y adqui-

(L) *Cur. Philip. ubi supra n. 7.*

quisicion propuesto por el contradictor (n. 150.).

79. El remedio concedido por las citadas leyes fin. C. *de edict. Div. Adrian. tollend.* (y 2. tit. 14. p. 6. se puede intentar por el heredero, no solo ante el Juez del pueblo donde se hallen situados los bienes hereditarios, sino tambien ante el que lo sea de su domicilio y origen, hallándose aquellos vacantes; pero estando en poder de algun tercero se ha de deducir en el fuero de este ó de la cosa á eleccion del heredero que propone la accion posesoria (n. 151.).

80. Las diferencias substanciales que se advierten entre el interdicto *adipiscendæ*, *quorum bonorum*, y el de la ley final, son: primera, que aquel no tiene exercicio, sino es estando los bienes hereditarios poseidos ó detentados por algun tercero, pues los interdictos necesitan contrario para ventilarse; y este puede intentarse aunque aquellos esten vacantes: segunda, que el primero se ventila plenariamente, y el segundo sin figura ni estrépito de juicio, poniéndose en execucion con sola la presentacion del testamento: tercera y ultima, que el remedio de la ley final no tiene entrada advirtiéndose borron, rotura ó otro defecto visible en la disposicion testamentaria: mas el interdicto *quorum bonorum* se intenta sin embargo de estos vicios exteriores, cuya legitimidad exâminada se confiere al heredero la posesion de los bienes de la herencia (n. 152. XXXIV).

(XXXIV) Aunque los herederos *ab intestato* tienen el interdicto *quorum bonorum* para solicitar la posesion de los bienes hereditarios, carecian de remedio alguno para lograr en el propio caso de intestado los efectos mas prontos y favorables que producen las expresadas leyes fin. C. de edict. Div. Adrian. tollend. y 2. tit. 14. p. 6., pues estas solo tienen lugar habiendo testamento. Y para ocurrir de re-

81 Para conseguir los herederos, bien lo sean *ex testamento*, bien *ab intestato*, los bienes de la herencia poseidos ó detentados en todo ó en parte por qualquier otra persona), tienen tambien la accion *petitionis hereditatis* despues de la adicion: bien que siempre se verifica esta circunstancia, porque el hecho de solicitar los prenotados bienes manifiesta el ánimo y voluntad de heredarlos (nn. 149 y 155.). Bien entendido, que este intento lo deben deducir los dichos herederos contra el poseedor con respecto á las quotas que les correspondan á cada uno (eod. n. 155.), y solo sobre bienes que el difunto poseyese ó detentase al tiempo de su muerte; pues no siendo asi, les queda únicamente el efugio de la accion reivindicatoria, publiciana, ú otra que aquel de cuya sucesion se trata pudiera haber propuesto (nn. 56. y 57.).

82 La accion *petitionis hæreditatis* no se puede intentar contra el que posea en virtud de título traslativo de dominio, como de venta, donacion &c.; bien sea obtenido en vida del difunto, ó bien despues de su muerte; porque este poseedor se halla guarecido de dos circunstancias, posesion y título, y en el heredero solo concurre la segunda (nn. 158. y 159.). Cuyo inconveniente puede evitarse con la cautela de acumular á la accion *petitionis hæreditatis* la reivindicatoria, pretendiendo el heredero se le declare por tal, y á mayor abundamiento por dueño de los citados bienes (n. 158.): y asi haciéndose ver el dominio en el pro-

medio á este incoveniente se estableció la ley 3. tit. 13. lib. 4. de la Recopil. llamada *de Soria*, reducida en substancia su disposicion á conceder tanto á los herederos testamentarios, como á los *ab intestato* las mismas franquicias que á los primeros permiten las citadas leyes fin. y su concordancia de partida. *Gutierr. in respet.* §. Sui, *institutæ de hered. qualit. et differ. à n.* 74.

progreso de la instancia, obtendrá sin duda en ella; porque aunque la acumulacion de acciones se prohibe quando ambas nacen de una misma causa, no es asi en el caso de provenir de diversas como en el presente (n. 159. XXXV).

83 Debiéndose intentar la accion *petitionis hæreditatis* contra el que tenga los bienes sin título traslativo de dominio, se deduce, que el depositario, comodatario y otros de esta qualidad pueden ser reconvenidos por la propuesta accion (n. 160.), y que la misma tiene lugar propiamente contra el que posee *pro possessore*, esto es, sin mas causa que la posesion; ó contra el que posee los bienes en concepto de heredero de algun tercero que los hubiese poseido, no siéndolo en realidad (n. 161.); de forma, que verificándose haber el reconvenido heredado verdaderamente los bienes que se pierden de alguno que los haya tenido aun sin título traslativo de dominio, no compete contra él la peticion de herencia; porque el título *pro hærede* que aquí se verifica es verdadero y suficiente para que hecha la adicion se transfiera el dominio de los bienes hereditarios, se puedan prescribir, y se logren otros muchos efectos que pudiera producir otro qualquier título habil, como de venta, donacion &c. (n. 162.). Bien entendido, que si el verdadero heredero poseyese todos los bienes, podrá ser reconvenido con la peticion de herencia, por serle dificil al que la intente deducir sobre la restitucion de cada uno de ellos la respectiva accion reivindicatoria, con motivo de las muchas causas de dominio que era de su car-

(XXXV) Concurre tambien la reflexion de que la accion *petitionis hæreditatis* y reivindicatoria no son contrarias sino diversas una de otra, cuya acumulacion en un mismo libelo se halla permitida. *Cur. Philip.* 1. *p.* §. 2. *n.* 8.

cargo justificar (eod. n. vers. *Attejide tamen*). Lo qual cesa si el mencionado poseedor fuese hijo, pues como en este nunca se considera por verdadero título el de *pro hærede*, podrá ser reconvenido en todo caso con la peticion de herencia (eod. n. vers. *Item adde*). Con advertencia, que esta no tiene lugar una vez que el heredero hubiese aprehendido los bienes hereditarios, porque entonces ya no hay herencia, y solo le queda á aquel la accion reivindicatoria ó publiciana, segun le acomodare (n. 164.).

84. La peticion de herencia se intenta por lo regular solicitando el heredero, que declarándosele por tal se le haga restitucion por el reconvenido de los bienes hereditarios que se verifique tener en su poder: en cuyo caso haciéndose ver especificamente los que tiene el reo demandado, se pronuncia la sentencia preceptuando su particular restitucion: mas si el heredero hubiese justificado la existencia de los bienes en el poseedor reconvenido solo por un modo genérico, sin aparecer los que sean, la condenacion será general, reservándose liquidarlos para el tiempo de su entrega y restitucion (n. 165.). Y si el reo demandado poseyere al tiempo de la demanda alguna cosa particular de la herencia, y en el progreso de la instancia empezare á poseer otra de nuevo, debe recaer la providencia de restitucion sobre todas, sin embargo que en el libelo no hubiesen sido comprehendidas otras que las que entonces poseia el demandado; por quanto es un juicio universal en que la causa de su promocion, qual es la de ser heredero, abraza todos los bienes que el difunto poseyese al tiempo de su muerte: y por lo mismo el intento sobre una cosa se extiende á las demas de la propia naturaleza y circunstancias; bien que el heredero debe solicitar en el in-

termedio del litigio en quanto á las cosas de nuevo poseidas, lo mismo que en la demanda lo tenia hecho respecto de las que entonces estaban en poder del reconvenido, implorando tambien á este fin el oficio del Juez (eod. n. 165. vers. *Secunda conclusio*, et n. 166.). Con advertencia, que la sentencia dada en el juicio de peticion de herencia, y en que se condena al tenedor de los bienes hereditarios á restitucion, aun se extiende á los que despues de ella empezare aquel á poseer de nuevo; de suerte, que acreditándose por el heredero ser estos pertenecientes á la herencia, sin nuevo libelo, y ventilándose esta nueva especie en un modo sumario, en virtud de la expresada sentencia condenatoria se executa sin duda la devolucion de todo quanto despues de ella hubiere empezado á poseer el reo condenado (eod. n. 166. vers. *Primus igitur intellectus*, verb. *Imò quod magis est*).

85 La peticion de herencia tambien puede intentarse solo con el fin (que es el principal de esta accion) de que se le declare al que la deduce por tal heredero, sin solicitar restitucion de bienes algunos, por no poseerlos el contrario, sino es á causa de que este pretende serlo con exclusion del actor; en cuyo caso la sentencia declaratoria de esta qualidad en favor de uno de aquellos dos litigantes, con imposicion de perpetuo silencio al que haya perdido, produce el efecto de que verificándose despues poseer este último alguna cosa de la herencia, se le obliga sumariamente á su restitucion, sin nuevo juicio, y solo en virtud de aquella providencia (eod. n. 166. vers. *Tertia conclusio*).

86 Si no hubiese poseedor de bienes algunos de la herencia, ni quien tampoco solicite se le declare por heredero, será superfluo el intento de la propues-

ta

ta accion, por no haber contrario que en modo alguno impugne la intencion del actor; y por lo mismo el juicio que sobre ello se formare, ó sentencia que en él se diere, es de ningun efecto (eod. n. vers. *Quarta conclusio*).

87 La accion *petitionis hæreditatis* se distingue del interdicto *quorum bonorum*: en que aquella es mixta por embeber algun concepto de propiedad se ventila plenariamente; y la sentencia sobre ella dada admite apelacion: y en este se verifican por el contrario dichas tres circunstancias. Tambien media la diferencia que el juicio de dicha accion viene en todos los frutos, emolumentos é intereses con que se haya lucrado el poseedor, por considerarse aumento de la herencia; pero en el de los interdictos solo se restituyen los percibidos desde el dia de la contextacion, como que desde entonces se constituye de mala fe el poseedor; y por contrario, si constase haberla tenido desde el principio, como se advierte en el despojador, debe salir condenado en todos quantos haya disfrutado (n. 167.).

88 La segunda clase de interdictos es la que se termina á conservar y defender la posesion que uno tiene adquirida, y por lo mismo se llama *retinendæ*. Se subdivide en *uti possidetis*, que hace respecto á las cosas inmuebles, y en *utrubi* para las que son muebles. Compete á qualquier poseedor, aunque lo sea *merè* civil, ó *merè* natural como el usufructuario; mas no al nudo detentador, v. g. el inquilino, depositario, comodatario &c.; siendo indispensable, que el que lo intenta posea al tiempo de la perturbacion, y juntamente en el de la contextacion (nn. 168. y 174.).

89 Aunque este interdicto compete al que posee por fuerza, clandestinamente, ó en precario contra

qualquier tercero que le perturba en ella, no sucede asi contra aquel de quien obtiene la cosa con semejantes vicios; de forma, que aunque este le inquiete, deberá ser absuelto en el juicio: esto á fin de que estimulado dicho injusto poseedor de la ninguna proteccion que el derecho le presta contra la inquietacion del reconvenido, le haga á este pronta restitucion de lo usurpado (n. 169.); lo qual procede aunque la excepcion de posesion viciosa se proponga despues de la contextacion, mediante á ser perentoria, como que mira á lo principal del asunto (eod. n. vers. *Sed in tantum hoc est verum*). Bien entendido, que si aquel de cuya perturbacion se queja el actor, no obstante de haber obtenido la cosa del mismo con alguno de los apuntados defectos, opusiere la excepcion de ellos por modo de reconvencion, solicitando que el contrario le haga restitucion de la cosa, é intentando á este fin el correspondiente remedio; entonces no solo debe salir absuelto de la queja de inquietacion, sí tambien condenarse al que la deduxo á la restitucion y devolucion de los bienes que poseia viciosamente (eod. n. vers. *Unum tamen est*).

90 El interdicto *retinendæ* compete contra qualquier persona que diga ser poseedor de la misma cosa de que en realidad lo es el que lo intenta (n. 170.). Asimismo contra el que no dexa usar libremente de la posesion de aquella, v. g. arando, sembrando, edificando, cogiendo frutos; ó de otro qualquier modo impidiéndola (eod. n. vers. *Tertio datur*). Tambien contra el que por solas palabras ó jactancia perturba la posesion, v. g. si se verificare que por este motivo el poseedor no encuentre arrendatario para la cosa (eod. n. vers. *Quarto datur*): y por lo mismo basta el actor para obtener en el juicio de este interdicto la ne-

negacion de posesion que el reo formalice en la contextacion, aunque no haya precedido material perturbacion de parte de este (n. 171.).

91 Tambien compete el propuesto interdicto para la manutencion en la quasi posesion de percibir alguna posesion anual en caso de verificarse insolvencia de ella, sin distincion de que sea personal ó real, como la del censo (n. 172. M). Con advertencia, que por lo que hace al dominio de la cosa, no compete interdicto alguno, por ser estos unos remedios posesorios (eod. n. ver. *Præterea etiam*).

92 Intentándose el remedio *retinendæ*, debe exponer el actor hallarse en la posesion de la tal cosa: que en esta se le inquieta y perturba por el contrario: y que declarándosele al primero por tal poseedor, se le condene al segundo á que desista de la perturbacion, satisfaga su interese, y que en adelante no perturbe al actor en manera alguna (n. 173.): para cuyo cumplimiento no puede precisarse al reo reconvenido á que dé fianzas (eod. n. vers. *Similiter etiam*); pudiéndose proceder contra este civil ó criminalmente, segun las circunstancias de la molestia y perturbacion (eod. n. vers. *Item adde*).

93 Para obtener en este interdicto ha de acreditar el actor, que poseia no solo al tiempo de la perturbacion, sí tambien en el de la contextacion; bien es verdad, que acreditándose dicha circunstancia en el primero, se presume haberla tambien en el segundo, porque la posesion civil (que en el caso basta) se retiene por solo el ánimo (n. 174. N).

La

(M) *Vid.* Dom. Valenzuel. *Cons.* 51. *et* 172. Rodrig. *de Ann. reddit. lib.* 1. *q.* 15. Avend. *de Cens. c.* 6.

(N) *Vid.* Posth. *de Manut. obser.* 17.

94 La sentencia condenatoria en el juicio de manutencion se debe extender con arreglo á los particulares propuestos en el §. 88. (n. 175.). Bien entendido, que pasado un año útil desde la turbacion hasta la contextacion, no puede condenarse al reo en los intereses de aquella, por la taciturnidad del actor en todo aquel tiempo; mas no se excusa de satisfacer los correspondientes á las inquietaciones que se verificaren posteriormente dentro del año: v. g. perturbándosele á alguno en su posesion por espacio de diez años, aunque no pueda pedir el interese de las molestias hechas en los nueve, debe ser reintegrado en las respectivas á las del último (n. 176.): cuya estimacion y tasa queda sujeta al juramento *in litem* del actor, caso que el reo hubiese executado dolosamente aquellos excesos (eod. n. vers. *Item adde*). Advirtiéndose, que como la sentencia dada en el juicio *retinendæ*, se extiende á prohibir al reo demandado se abstenga de inquietar en adelante al actor en su posesion, podrá dicha providencia ponerse en execucion por las molestias que se verifiquen despues de la misma (eod. n. vers. *Item adde quod si virtute hujus interdicti*).

95 Aunque en la instancia del propuesto interdicto salga el reo absuelto, no podrá este excepcionar de cosa juzgada en el caso de que su absolucion hubiese sido por razon de no haberse verificado perturbacion de parte del mismo, y ahora se advierta alguna molestia, mediante á encontrarse nueva causa para proceder contra el reo. Mas si la providencia absolvió á este por defecto de posesion en el actor, como que todavía permanece el motivo de la absolucion, entonces obstará la citada excepcion; si no que el nuevo intento se reduxere á verificarse po-

se-

sesion posteriormente adquirida (177. XXXVI).

96 Puede acontecer que en el juicio *retinendæ* ambas partes soliciten recíprocamente la manutencion en la respectiva posesion de cada uno, v. g. el usufructuario de una parte, y el propietario de la otra (n. 178.). Mas si se verificare que los dos litigantes pretendan cada uno respecto de sí la posesion absoluta de la cosa, obtendrá aquel que acreditare en mejor forma esta circunstancia (eod. n. vers. *Secunda conclusio*). Y si los testigos fuesen iguales en número y qualidades se debe declarar la posesion en favor del que hiciere ver tenerla mas antigua respecto de sí, por presumirse viciosa la posesion posterior que el otro justificare (eod. n. vers. *Tertia conclusio*): pero si una y otra parte hiciere ver haber igual probanza, de forma que no resulte anterioridad de posesion en alguna de ellas, obtendrá el que se halle asistido de justo título de su adquisicion; y en caso de que ambos lo tengan, aquel de quien sea el mas antiguo (eod. n. vers. *Quarta conclusio*). Y últimamente en el raro caso de que la prueba sea tan igual que no se verifique la mas mínima ventaja en alguno de los que litigan, se debe declarar la posesion en favor de ambos por iguales partes; bien que les queda reservado su derecho respectivamente en lo tocante á la propiedad (n. 179.). En la misma conformidad deben decidirse otros casos en que hubiere la misma duda, como en el de que dos ó mas sugetos pretendan el dominio de alguna cosa (eod. n. vers. *Et ex his potest inferri*).

97 La tercera especie de interdictos es la *recuperan-*

(XXXVI) La excepcion de cosa juzgada no obsta en el nuevo juicio si en este no se verifican tres identidades, que son: la misma cosa, la misma causa, y las propias personas. Dom. Salg. *1. p. lab. c. 24. n. 160. et de Reg. p. 3. c. 16. n. 28.*

randæ, llamado *unde vi*. Compete al que poseyendo alguna cosa inmueble, le despojan por fuerza de ella, á efecto de que se le restituya á su posesion; y esto aunque el despojado la tenga por medio de otra persona, v. g. inquilino, hijo, esclavo: debiendo tambien ser reintegrado en el interese del despojo (n. 180.); siendo indispensable que el actor posea al tiempo de este por lo menos natural ó civilmente; porque aunque el ánimo, que es el medio de conservar la posesion civil, no pueda violentarse materialmente, como quiera que su retencion cesa en el caso de no tener libre su exercicio por ocupar la cosa algun tercero, es visto el despojo formal de la civil posesion (n. 181.). Siendo suficiente que el despojado justifique su posesion aun antes de la expulsion, por presumirse continuada (eod. n. vers. *Adde tamen*). En inteligencia, que la accion de despojo tambien compete accesoriamente para las cosas muebles que se hallasen contenidas en alguna inmueble (eod. n. vers. *Item adde*). Sin que sea de omitir, que verificándose duda en razon de algun daño hecho al poseedor quando se le despojó, se debe estar al juramento del mismo, regulándose por el Juez una prudente estimacion, atendidas las circunstancias del despojo (eod. n. vers. *Item adde quod si vertatur*, l. 9. tit. 10. p. 7.).

98 La excepcion de dominio no es atendible en el juicio de despojo, aunque se ofrezca su prueba incontinenti; pues se debe reservar para despues que se haga la restitucion al despojado (182. l. fin. tit. 10. p. 7.): procediendo esta reintegracion aunque solo se intente el remedio petitorio, y no probándose el dominio, se acredite únicamente la expulsion (n. 183.). Con advertencia, que el actor que propone el interdicto *recuperandæ* no puede ser reconvenido por el

reo

reo con accion alguna personal ó real, sino con la de otro despojo anteriormente hecho por el primero en la misma cosa (eod. n. vers. *Immo quod magis est.* O).

99 La excepcion de dominio impide la restitucion del despojo quando el despojado no lo contradice consintiendo virtualmente su ventilacion (eod. n. vers. *Limita tamen*); ó confiesa la propiedad de parte del reo; ó se acredita por este con sentencia difinitiva dada en contradictorio juicio; ó por instrumento público y executivo. Tambien se debe suspender la expuesta restitucion en el caso que se verifique resistencia de derecho en el autor para poseer, v. g. el Obispo que se halla despojado de la percepcion de diezmos fuera de su Obispado y Diócesis (eod. n. vers. *Secundo limita.* P).

100 Igualmente se debe suspender la restitucion del despojo quando el actor que la pretende intenta la accion petitoria juntamente con el interdicto *recuperandæ*; como si solicitare se le declare por dueño de la cosa, y que esta se le restituya por el despojador; en cuyo caso se le oirá á este en razon del dominio que quiera manifestar; y aun haciéndolo ver, debe ser mantenido en su posesion por violenta que sea. En inteligencia, que aunque el remedio posesorio *retinendæ* no pueda concurrir con el petitorio, sí los *adipiscendæ* y *recuperandæ* respectivamente (eod. n. 183. vers. *Tertio limita*).

101 Quando de hacerse inmediatamente la restitucion al despojado se siguiese algun daño irreparable; v. g. si el marido solicitare la entrega de su muger, y por esta se excepcione hallarse con aquel en grado prohibido, ó que su crueldad es tan excesiva que teme su muer-

(O) Dom. Covarr. *c.* 7. §. 5. *n.* 19. *de Matrim.* Velas. *consult.* 88.
(P) *L.* 18. *tit.* 10. *p.* 6. *Vid. Cur. Philip.* 2. §. 18. *nn.* 5. 6. *y* 7.

muerte, se ha de oir al reo que propone semejantes excepciones, y debe quedar suspensa en el ínterin la expuesta restitucion (eod. n. vers. *Quarto limita*). Sin que obste contra todo lo ante dicho la ley 27. tit. 2. p. 3. que permite generalmente la audiencia al despojador siempre que por este se ofrezca probar incontinenti el dominio de la cosa; ya porque la ley fin. tit. 10. p. 7. posterior á la otra previene lo contrario, y ya porque la primera habla en el concepto de cumulacion propuesto en el §. antecedente (n. 183. vers. *Sed attende*).

102 No solo debe ser restituido el despojado á su posesion por el mismo, sino tambien hallándose ausente, por medio de algun amigo, hijo ó padre, que á nombre del primero lo soliciten; mayormente si estos fuesen detentadores de la cosa en que se hizo el despojo (n. 184.). Siendo digno de advertir, que aunque á los herederos del despojado competa el interdicto *recuperandæ*, no es asi respecto de un tercero contra los sucesores del despojador; pues solamente puede pedirles por la accion *in factum* lo que á ménos de los mismos hubiere llegado de resultas de la expulsion hecha por el difunto (n. 185.).

103 Aunque atendido el derecho Civil no pueda intentarse contra el tercer poseedor el interdicto *unde vi*, como que es un remedio personal, si no que al mismo despojador se hallase insolvente, y aun entonces se debe proceder únicamente sobre la restitucion de la cosa; hoy á presencia del canónico no hay dificultad de entablar el expresado intento contra el sucesor particular que adquirió la alhaja sabedor de su vicio (n. 186. cap. *Sæpè de restit. spoliat.*).

104 El despojador no solo debe hacer restitucion de la cosa en que cometió el exceso de expeler á su posee-

seedor, sí tambien debe satisfacer todo el interese que este tenga, en que no se hubiera causado el despojo; incurriendo asimismo en la pena de perder el derecho que le asistiese en la cosa, ó en caso de no tenerlo, aprontar el valor de ella al despojado (n. 187. l. 10. tit. 20. p. 7.).

105 Aunque al que se ausenta de la cosa en términos que pierda una y otra posesion no le compete rigurosamente el interdicto *recuperandæ*, ni menos otro alguno contra el que en aquel intermedio la hubiese ocupado, no obstante se halla asistido del remedio de la ley fin. C. *unde vi*, que viene á ser una especie de interdicto *adipiscendæ*, ó mas bien de *recuperandæ*; de suerte, que con él logra restituirse á la posesion que tenia perdida (n. 188.): bien entendido, que en este caso obsta la excepcion de dominio que proponga el ocupador, por quanto no se conceptúa riguroso despojador (n. 189.).

106 El poseedor no solo tiene facultad para resistir la expulsion que se le intenta hacer, sino tambien ya despojado, recuperar de su propia autoridad la posesion perdida, como esto lo execute incontinenti, y sin que medie tanto intervalo que el despojado pueda haberse exercitado en otros asuntos; cuya graduacion queda sujeta á un prudente arbitrio judicial, segun las circunstancias de cosa y personas (n. 190.): fingiéndose y conceptuándose por la ley en este caso que el expelido nunca perdió por lo menos la posesion civil de la cosa, como que mediante su pronta recuperacion, está patente que aquel retuvo fundadamente el ánimo de poseer; y por lo mismo no será impedimento que puede interrumpir la prescripcion de dicha alhaja el citado despojo (eod. n. vers. *Et in tantum*).

107 El remedio de despojo, á exemplo de otro qual-

qualquier posesorio, no solo compete sobre cosas corporales, sino tambien aunque en un concepto útil é indirecto respecto de las incorporales, como servidumbre ú otro derecho semejante; pues en estos se verifica por lo menos una quasiposesion: bien es verdad, que el usufructuario, por tener la natural, se halla asistido directamente de dichas acciones posesorias (n. 191.).

108 Si poseyendo alguno qualquier cosa, esta á poco tiempo se hallare en poder de otro, ignorándose el modo de haberla adquirido, no será suficiente la presuncion de ser este clandestino, ó de otro qualquier modo vicioso, antes bien se necesita de prueba concluyente de este defecto, á fin de hacerla restituir á su primer tenedor por alguno de los remedios posesorios, quedándole únicamente, á no verificarse asi, el efugio de intentar alguno de los de propiedad, como de reivindicacion, publiciana, confesoria &c.: bien es verdad, que el interdicto *retinendæ* podrá entablarse quando la cosa no haya permanecido mucho tiempo en poder del segundo poseedor, por quanto la posesion civil que tenia el primero se presume continuada, y por lo mismo se le debe hacer restitucion de la natural. Sin que obste el cap. *Sæpè de restit. spoliat.* que previene la restitucion de la cosa contra el tercer poseedor, que sabiendo su vicio la hubo del que en ella executó el despojo, porque en este caso se verifica en el tal adquirente un vicio nocivo á su conciencia, para cuyo remedio se estableció el citado capítulo: bien que el *redintegrandæ* 3. caus. quæst. 1. dispone lo mismo, aunque el tercer poseedor tuviese buena fe, en lo tocante á los bienes eclesiásticos ó temporales de los Clérigos, y en su fuero (n. 192.).

109 La posesion se prueba por testigos ó instrumentos que acrediten los actos de ella, sean verdade-

ros

ros ó fictos; ó alguna qualidad, mediante la qual se transfiere sin la intervencion de ellos, como se verifica en el caso de nuestra ley 45. (n. 193.). Siendo suficiente, que los testigos depongan de la tenencia de la cosa por resultar de este hecho la posesion jurídica (eod. n. vers. *Tertio modo*): excepto si segun las circunstancias del caso se deba presumir lo contrario, v. g. en el esclavo, infante, arrendatario, comodatario, depositario &c., pues repugna que estos posean; y asi la prueba de que los mencionados tenian la cosa, queda ceñida á un concepto de nuda detentacion. Lo mismo si constase que otra persona tuviese la posesion civil y natural juntamente, ó sola una de estas: ó la justificacion se termine á hacer ver actos aprehensivos de posesion en virtud de título que solo produzca la natural, como el de usufructo; ó solo la civil, segun se verifica en el propietario (eod. n. vers. *Et in tantum*). En inteligencia, que aunque algunos testigos depongan de actos posesorios en especie diferentes á los que expresaren otros, sin embargo debe estimarse probada la posesion, como que siendo género comprehensivo de muchas especies, todas estas terminan á un propio concepto (eod. n. et vers. ex verb. *Nunc verò singulariter*. Q).

109 Tambien se prueba la posesion haciendo ver el uso de ella, como en arar, edificar, sembrar, coger los frutos, percibir pension del inquilino de la cosa, y otros actos semejantes (eod. n. ex vers. *Quarto modo*, usque ad n. 194.). Siendo digno de advertir, que de la sentencia dada en juicio posesorio ha lugar apelacion simple que no se verifique conformidad de dos providencias (n. 194. l. 8. tit. 20. lib. 4. Recopilacion. XXXVII). LEY

(Q) Cur. Philip. 3. *p.* §. 15. *n.* 15.

(XXXVII) Esta proposicion general debe correr, en mi concepto,

LEY XLVI.

Todas las fortalezas que de aquí adelante se hicieren en las Ciudades, Villas, y Lugares, y Heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas Ciudades, Villas, y Lugares de mayorazgo, asi las que de alli adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare, ó mejorare en ellas, y asimismo los edificios que de aquí adelante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean asi de mayorazgo como lo son, ó fueren, las Ciudades, Villas, ó Lugares, y Heredamientos, y casas donde se labraren. Y mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos, y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres d. l que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos ni sucesores. Pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia, ó de los Reyes que de nos vinieren se puedan hacer, ó reparar las dichas cercas, ó fortalezas: mas que sobre esto se guarden las leyes de nuestros Reynos como en ellas se contiene.

1 El sucesor del mayorazgo no tiene obligacion alguna de satisfacer á los herederos del último poseedor el

to, en los juicios posesorios que se ventilaren plenariamente; mas no en los sumarios, como el despojo el de *ínterin*, y los que se sufren con arreglo á las ll. ult. *C. de edict. Div. Adrian. Tollend.* 2. *y* 3. *tit.* 14. *p.* 6. *y* 3. tit. 13. *lib.* 4. *Recopil.*; pues en estos solo se admite la apelacion en el efecto devolutivo: *vid.* Dom. Larr. *deciss.* 5. *nn.* 7. *y* 11. D. Covarr. *Pract. c.* 23. *n.* 8. Vela *dissert.* 48. *n.* 48. *et dissert.* 49. *à n.* 65. Dom. Salg. *de Reg. protect.* 3. *p. c.* 12. *n.* 19. *et cap.* 22. *à n.* 77.

importe de lo que este hubiese mejorado los bienes de su dotacion, tanto haciéndoles cercas, fortalezas ú otros edificios y sus reparos, quanto plantándoles de viña, olivar, ó de otro qualquier modo, aumentando la estimacion de aquellos: de modo, que todo mejoramiento cede al mayorazgo, y siguen en los términos que este por las líneas y llamamientos hechos por el fundador: y por lo mismo la muger del que mejoré no puede fundar interese por razon de la mitad de gananciales que le pertenecen sobre el valor de dichas mejoras (n. 1.).

2 Para la mejor comprehension de lo antecedente es de advertir, que el poseedor de buena fe, compensando los frutos percibidos de la cosa, recupera los gastos necesarios hechos en ella (n. 2. l. 40. tit. 28. p. 3.), no por derecho de accion, pues no la tiene, como que habiendo hecho las mejoras en buena fe y creencia de ser dueño, no pudo tener ánimo de obligar al que lo era en realidad; sino de retencion de la cosa, quando se le pida particularmente por reivindicacion, ó de otros qualesquier bienes de la herencia, si fuese generalmente por peticion de esta. Debiendo reintegrarse en los propios términos de las impensas útiles, siempre que el dueño de la cosa las hubiese de haber hecho ó hubiera de haberla vendido inmediatamente, ó si fuere rico, y por lo mismo no le fuese molesta la satisfaccion de dichas mejoras; pues no verificándose alguna de las expuestas circunstancias, solo se le permite al tal poseedor que las separe sin detrimento de la cosa, excepto si el dueño de ella apronte su valor (eod. n. et dict. l. part.); pero si los mencionados gastos fuesen voluntarios únicamente, carece el poseedor de remedio alguno para la consecucion de su importe, y solo le queda el efugio de la apuntada separacion. Y si el

poseedor fuere de mala fe, aunque puede recuperar las impensas necesarias, implorando á este fin el oficio judicial, pues si no las hubiese hecho quedaria obligado á pagar el menoscabo de la cosa: sin embargo, siendo útiles le es prohibida su reintegracion, y solo se le permite que las separe en los términos que quedan explicados; pero si fueren *merè* voluntarias, se le hace imposible por todos medios su recuperacion (eod. n. 2. l. 44. tit. 28. p. 3.).

3 Quando el poseedor tenga alguna especie de título en la cosa, aunque esté sujeta á restitucion, v. g. el marido respecto de la dotal, el legatario, heredero, ó fideicomisario en lo tocante á los bienes que han de restituir, segun la voluntad del testador, no solo puede recuperar las impensas necesarias por via de retencion, sino tambien por la accion *negotiorum gestorum*; y lo mismo las útiles en el caso de serle cómoda su solucion á la persona á quien se ha de hacer la restitucion, quedándole en lo respectivo á las voluntarias la facultad de separarlas: en inteligencia, que la repeticion de mejoras, que queda explicada, se ha de hacer con arreglo al valor que tienen al tiempo de la restitucion, y no segun el que se consideraba en la sazon que se hicieron; en cuyos casos no se compensa la estimacion de ellas con la de los frutos y emolumentos percibidos por el poseedor. Todo lo qual tiene lugar en los bienes dados en usufructo, sujetos á perpetuo aniversario, y feudales en el caso de su respectiva restitucion al propietario, sucesor ó dueño directo (n. 2. vers. *Quæ omnia procedunt*, et 3.). Y aunque parece que el poseedor de mayorazgo, y en su representacion los herederos podrian en virtud de lo expuesto recuperar del sucesor los mejoramientos hechos en los bienes vinculados, sin embargo media la diferencia de que

en

en este caso el tal sucesor logra una adquisicion temporal, y no absoluta y perpetua, qual se verifica en las restituciones arriba dichas: y por lo mismo en estas es mas adaptable, y menos sensible la satisfaccion de mejoras hechas en las cosas que se les restituye, atendiendo á la mayor utilidad que consiguen (n. 4.).

4 A ninguno se le permite con arreglo á nuestra ley hacer castillos ó fortalezas, aunque sea sobre sitio de su pertenencia, sin licencia del Monarca, incurriendo de lo contrario en un delito de lesa Magestad, sino que dentro de un mes de la construccion la denuncia-re al Soberano (n. 5.). Para cuya perfecta inteligencia es de suponer, que á qualquiera es lícito edificar sobre su area sin límite alguno (excepto si por ley, costumbre ó estatuto se halle establecida alguna regla), aunque se le siga perjuicio al vecino, Monasterio ú otro lugar pio, en obscurecerles la luz y claridad de sus casas; pues usando de su derecho el dueño edificante, como árbitro de sus bienes, á ninguno se cree hacerle injuria. Cesando esta absoluta permision de edificar: primero, en aquellos que lo hacen en terreno público con permiso del Príncipe ó Concejo á que pertenece; porque este privilegio se entiende concedido sin perjuicio de tercero (n. 6.): segundo, quando el edificio fuese perjudicial á algun sitio ó era que sirviese para recoleccion de frutos, de forma, que les impidiese el ayre con que se habia de aventar y limpiar el grano: esto por razon de la pública utilidad, que en el asunto se interesa (n. 7.): tercero, si el dueño hiciese ó levantase el edificio, no por comodidad suya (la que en duda es presumible), sino por perjudicial al vecino, ó con algun fin nada honesto, pudiéndosele obligar á la demolicion del edificio por la accion *doli*; y lo mismo si aunque resul-

te alguna utilidad, sea esta corta, y el perjuicio al vecino muy excesivo (n. 8.).

5 La facultad que tiene el dueño para edificar en lo suyo se extiende á que pueda abrir puerta ó ventana por donde registre la casa del vecino y sus interiores, aunque por este se alegue alguna especie de prescripcion nacida de no haberse hecho construccion alguna por el nuevo edificante, ó abierto ventana; mediante á que los actos facultativos no pueden prescribirse, excepto si con la correspondiente anterioridad se verifique prohibicion de su exercicio (n. 7. vers. *Ex quo eadem ratione*).

6 De cierta cautela podrá usar el Monasterio, Iglesia ú otro lugar pio para evitar el perjuicio que pueda irrogársele por el vecino en levantar edificio, ó abrirle algun registro: y es, que obligue al dueño, como á la verdad puede, á que le venda la servidumbre de no executar aquellos actos; mayormente si el daño que resulte al Monasterio sobrepuje á la utilidad del que edifica; pues verificándose por el contrario, quedaria este libre de dicha obligacion (n. 9. l. 2. tit. 1. p. 2.).

7 De lo que queda expuesto acerca de la permision de edificar, se deduce, tener qualquiera igual facultad para construir molinos en rio público innavegable, sin tener obligacion de solicitar permiso de la Ciudad, Villa ó Lugar por cuyo territorio vaya; á no ser que tuviese prescripto el derecho de prohibirlo por tiempo inmemorial (n. 10.). Sin que obste la ley 18. tit. fin. p. 3., pues habla en el caso de que el rio corra por terreno perteneciente á la Ciudad ó Concejo, que entonces debe preceder permiso superior; como tambien quando vaya por territorio del Príncipe, ó si sea navegable, porque teniendo el rio esta circunstancia,

se

se numera entre las regalías del Soberano (n. 11. R).

8 Si estando algun molino hecho lícitamente, se intentase hacer otro por qualquier persona en el mismo rio, no puede servir de impedimento al primero el segundo que se construya; pero si aquel esté hecho ilícitamente no puede reclamarse el perjuicio que este le cause (n. 12. l. 18. tit. fin. p. 3.). Bien entendido, que aunque ambos molinos se hayan hecho precediendo las licencias correspondientes, el segundo que se haya fabricado no podrá recoger para sí agua alguna si toda la necesitase el mas antiguo, y por consiguiente, este en tiempo de verano podrá estancar el agua á prevencion para que no pare quando no la haya, aunque de ello redunde perjuicio al nuevamente construido (eod. n. 12. vers. *Quam tamen communem*, et *de quibus apertè*). Pero si el agua bastase en todo tiempo para los dos, no puede el mas antiguo impedir el perjuicio formal que le resulte por defecto de mas cosecheros que irian sin duda á moler á él á no haberse hecho el nuevo molino, y repartirse entre ambos el producto de la maquila, por quanto este es un perjuicio exterior no inherente á la cosa, y que proviene de la voluntad de los dueños de la aceytuna. Con advertencia, que si no constase qual de los dos molinos se haya primeramente fabricado, debe presumirse tal el que se halle construido en parte superior al otro con respecto al parage de donde venga el agua: á exemplo de dos instrumentos con fecha de un mismo dia, puestos en un protocólo; en cuyo caso se considera primeramente otorgado aquel que se encuentre con precedente colocacion (eod. n. 12. et eod. vers. *Ex quibus apertè*, ex verb. *Adde tamen*, l. 18. tit. fin. p. 3.).

Asi

(R) *Vid.* Gutierr. *in Prdct. quæst. civil. lib. 4. quæst. 30.*

9 Asi como no es del todo absoluta la libertad de hacer molinos, tampoco lo es la de construir edificios, y asi no pueden levantarse sin permiso del Príncipe, Ciudad ó Concejo en sitio público, como plaza, camino &c., ni aun executarse la edificacion en suelo propio del que la hace, como ocupe en algun modo terreno de aquella qualidad, aunque esto se verifique sin tocar al suelo en forma de cobertizo (eod. n. 12. vers. *Viso quod regulariter*): y por consiguiente aunque alguno tenga casas propias á ambos lados de calle ó camino público, le está prohibido correr pasadizo de una á otra, de suerte, que para ello debe preceder permiso superior, haciéndole pagar al interesado algun anual en favor del que le franqueó la licencia; y si esta faltare podrá el pueblo apropiarse lo edificado, ó imponerle dicho contingente si no redunde al público notable perjuicio (n. 13. l. 23. tit. fin. p. 3. l. 1. tit. 7. lib. 7. Recopil.).

10 Tambien está prohibida por derecho Real la construccion de castillos y fortalezas, no solo en los límites del Reyno, sí tambien en lo interior de él, aunque sea sobre suelo propio, y con el único fin de fortalecer y hermosear sus casas (n. 14. ist. l. 46. l. 18. tit. 6. lib. 3. Recopil.). Y aunque parece que nuestra ley prohibe tambien la reparacion de dichas fortalezas, debe entenderse quando estas se hubiesen destruido y arruinado enteramente, en cuyo caso se verifica nueva edificacion de ellas; mas no procede la expuesta prohibicion respecto de algunos leves reparos, ó porque el edificio amenace ruina, ó se le haya caido alguna parte, mediante á que se seguiria á su dueño notable perjuicio si no pudiera poner pronto remedio á aquel peligro á pretexto de tener que impetrar Real acultad (nn. 15. y 16.): y asi deberá el Juez compe-

ler-

lerle á ello en caso de omision, y se costeará la obra del fondo de Propios si el dueño no tuviese por entonces con que hacerla; bien que no satisfaciendo este en el tiempo que se le asignare el importe suplido, se sacará á pública subhasta á solicitud del Procurador general del pueblo el edificio reparado, para que por este medio se reintegre á los Propios su desembolso (n. 16. ex verb. *Ex qua declaratione*, l. penult. tit. fin. p. 3.). Advirtiéndose, que si el edificio fuese público, y no haya repuesto para su composicion, deberán ser compelidos los vecinos á aprontar la cantidad de su importe, por redundar en beneficio de todos (n. 17. l. 20. tit. fin. p. 3.). Sin que sea de omitir, que aunque el Alarife que ajustó hacer enteramente algun edificio por un tanto, ó cierto diario contingente hasta su consumacion, quede obligado al interes de los defectos y vicios que por su culpa se adviertan; cesa esta responsabilidad quando no ajustó el todo de la obra, y sí solamente trabajar en ella por un diario estipendio, pues en este caso podia el dueño despedirle qualquier dia que le pareciese (n. 18. l. 16. tit. 8. p. 5.). Debiéndose en duda presumir viciosa la construcion, si su ruina se verificare dentro de quince años de haberse finalizado (eod. n. 18. l. 21. tit. fin. p. 3.).

11 Igualmente le está prohibido á qualquiera edificar en lo suyo en caso que lo constituido cubra ó descanse sobre edificio ó fundo de otro, el qual podrá impedirlo por los remedios legales del interdicto *uti possidetis*, ó accion negatoria, y aun de su propia autoridad, si lo edificado descanse y haga pie en su posesion, no solo teniéndola *in solidum*, sí tambien parte de ella, aunque el consocio sea el que haga el perjuicio: bien es verdad, que verificándose la inmision sin artificio, y solo por disposicion natural, como si un ár-

bol extendiendo sus raices perjudicase las paredes inmediatas, ó creciendo sus ramas obscureciese el fundo vecino, deberá ocurrirse á este daño con el interdicto *de arboribus cædendis*, ú otro remedio que se considere oportuno; y en el primer caso se cortará del todo, aunque en el segundo se debe dexar hasta quince pies de alto (n. 19.).

12 Asimismo no puede hacerse edificio en suelo ageno, en tanto que verificándose mala fe, el dueño se alzará lícitamente con lo construido; bien que debe satisfacer el importe de sus materiales al que edificó, si lo hizo este con buena fe (eod. n. 19. vers. 5. *Non potest*, l. 44. tit. 28. p. 3.). Y últimamente no puede edificar el que debiese servidumbre *altius non tollendi* (eod. n. vers. l. 2. tit. 31. p. 3.).

13 Supuesto lo antecedente se hace indispensable notar, que la denuncia de nueva obra solo tiene lugar quando esta se halle empezada ó preparada, porque si se halla finalizada, compete únicamente el remedio *recuperandæ*, ó el *retinendæ* en caso de que la construccion se haya hecho sin violencia ó clandestinidad, y posea al mismo tiempo la cosa el denunciante, esto á fin de que no se le perturbe en la posesion en que se halla, y en su consequencia se deshaga lo edificado (nn. 20. y 21.). En inteligencia, que el interdicto *recuperandæ* puede concurrir con la denunciacion de nueva obra en el caso de haberse finalizado la construccion, sin embargo de que se haya denunciado anteriormente (eod. n. 21.). Sin que obste que el interdicto *recuperandæ* sea superfluo, á vista de que la denuncia de nueva obra tiene mas recomendacion, y aun por esto puede intentarse hasta treinta años, siendo asi que el otro remedio dura solo uno, por quanto puede ayudarle en muchos casos en que carece de exer-

ci-

cicio dicha denunciacion; de suerte, que el interdicto *recuperandæ* tiene lugar en cosa comun; compete al usufructuario, al que tiene servidumbre rústica, al colono ó inquilino: todo lo qual se verifica por el contrario en la denunciacion de nueva obra (n. 22.); con advertencia, que el expresado interdicto no solo compete al dueño ó poseedor, sino tambien al interesado en que no se hubiese construido el edificio: v. g. el vendedor despues de haber entregado la cosa al comprador, por razon de quedar obligado á sanear las resultas que verificaren; siendo el efecto de dicho interdicto, que se demuela el edificio á costa del que lo hizo; y asi podrá intentarlo el dueño del solar, en caso de no tenerle cuenta la permanencia de lo edificado (eod. n. 22. vers. *Item adde*).

14 La denuncia de nueva obra puede hacerse por qualquier persona que tenga interese en que el edificio no se hubiese construido, bien por razon de dominio, ó quasi posesion, derecho de prenda, ó de servidumbre urbana (n. 23.); y esto aunque sea menor de catorce años, y sin intervenir autoridad de su tutor, como haga denunciacion *per jactum lapilli*, ó por intervencion judicial; pues para executarla verbalmente, ha de autorizarse por dicho tutor, como que este es caso en que hace peor su condicion, por transferir al denunciado la posesion de la cosa, baxo cuya distincion podrá la muger denunciar sin licencia de su marido (n. 26.). Dixe *de servidumbre urbana*, por quanto al que la tiene rústica se le deniega el propuesto remedio, y solo le queda el de la accion confesoria, para que se le continúe en su derecho, con condenacion de daños é intereses al que no le impidiese por medio de alguna construccion (n. 24. l. 5. tit. in fin. p. 3.); bien es verdad, que si la servidumbre rústica se hubiese impuesto en cier-

cierto y determinado sitio del fundo sirviente, construyéndose en el edificio, podrá intentarse por el que tuviese el expresado derecho la denunciacion de nueva obra, mediante á que en este caso el perjuicio termina inmediatamente contra la misma servidumbre (eod. n. 24. ex verb. *Vel aliter cogitavi*); advirtiéndose, que aunque el usufructuario, atendido el derecho comun, no podia intentar la dicha detentacion *ex persona sua*, pues solo tenia la accion confesoria para que no se le impidiese con lo edificado el derecho del usufructo, hoy, segun la l. 4. tit. fin. p. 3., le es permitido (n. 25.), como tambien á qualquier amigo ó extraño á nombre del dueño, prestando caucion de que este lo tendrá á bien (n. 27. l. 1. tit. fin. p. 3.).

15 Aunque en el §. 13. queda sentado no competirle al colono ó inquilino el remedio de la expresada denunciacion, por no tener derecho en la cosa, bien que debe avisar al dueño si advierta algun perjuicio, cesa aquella regla en el caso de que este hubiese obligado sus bienes á la firmeza de contrato, ó estuviese ausente, ó si el arrendamiento se hubiese hecho por largo tiempo (eod. n. 27.).

16 La denunciacion de nueva obra puede hacerse al dueño de ella, á los maestros, oficiales, ó á otra qualquier persona que allí se hallase á nombre de aquel, ó por causa de la construccion; bien sean personas libres, esclavas, mayores ó menores de edad, de forma, que la denuncia llegue á noticia del dueño, pudiéndose hacer sin intervencion de Juez en dias feriados contra ignorantes, ó que lo repugnen; y por lo mismo será util hacer la denuncia á los oficiales de la obra, ya porque se destruye lo edificado despues de haberla propuesto, y ya porque aquellos regularmente se abs-

abstienen de seguir en el trabajo (n. 28. l. 1. in fin. tit. fin. part. 3.).

17 En caso que la denunciacion hecha á los oficiales de la obra no haya llegado á noticia del dueño, se debe destruir lo edificado posteriormente á costa de aquellos, por haber seguido en la construccion sin participar la expuesta novedad (n. 29.); con advertencia, que no encontrándose oficial ó persona á quien pueda hacerse la denuncia, puede esta efectuarse en la misma obra; bien que entonces lo que se edificare nuevamente, ignorando el dueño esta interrupcion, no deberá destruirse á su costa (eod. n. 29. vers. *Adde tamen*); sin que sea de omitir, que la denuncia debe hacerse á presencia de la misma obra, en tanto que, verificándose en otro sitio, aunque sea al propio dueño, no producirá efecto alguno (eod. n. et vers. l. 1. prop. fin. tit. fin. p. 3.); bien que entonces podria procederse por el interdicto, *Quod vi, aut clam*, á la demolicion de lo edificado desde que el dueño lo supo, y á expensas de este (eod. n. et vers. ex verb. *Adde tamen quod hoc casu*).

18 La denuncia de nueva obra se verifica no solo en cosas de particulares, sino tambien en las públicas del pueblo, y aun en las que fueren pertenecientes á sus Propios; debiendo en el primer caso ser el denunciador qualquiera que en el asunto tenga interese; en el segundo qualquier vecino; y en el tercero el Procurador general del Concejo (n. 30. l. 3. tit. fin. p. 3.).

19 De tres modos puede hacerse la denuncia de nueva obra: primero, verbalmente, manifestando á los que en ella se hallen, que desde luego queda denunciada: segundo, poniéndose alguna piedra ó piedras en lo edificado, expresando, que este hecho denota la denunciacion; y tercero, acudiendo al Juez, á fin de

que

que este personalmente, ó por medio de otra persona con su mandato, pase al sitio donde se está edificando, y haga saber á los operarios cesen en la construccion (n. 31. l. 1. tit. fin. p. 3.). Verificándose la notable diferencia del modo de denunciar, *solo verbo*, á los otros dos en que por aquel acto, como efecto de timidez en el denunciante, pierde este la posesion, y se transfiere al dueño de la obra; lo qual no se verifica en estos, pues es notorio que la posesion se pierde por solo el ánimo; siendo de tener presente, que bastará una sola denuncia, aunque muchos edificios se hagan en distintos sitios, siempre que no estén muy distantes unos de otros, de suerte, que en todos se oiga y penetre facilmente aquel acto hecho en qualquiera de ellos (n. 32.).

20 El efecto principal que produce la denuncia de nueva obra es, que lo construido despues de ella se demuela á costa del que edificó (n. 33. l. 8. tit. fin. p. 3.); y esto aunque la obra se hubiese denunciado sin justa causa, no porque al principio dexe de haber obligacion de pretextarla, debiendo el denunciante hacer ó solicitar alguna diligencia, por la que conste el estado que tenia el edificio al tiempo de su denunciacion, á fin de que lo posteriormente obrado se demuela; pues de otro modo no se podria venir en conocimiento de lo que debiera destruirse, y asi en duda deberá permanecer todo lo edificado (eod. n. 33. ex verb. *In quo attende*).

21 En caso que el denunciado ofrezca fianzas suficientes para demoler á su costa el edificio, si despues apareciere justo el procedimiento del denunciante, no por esto deberá seguir la construccion adelante, siempre que el denunciador repugne dicha seguridad, y juntamente ofrezca manifestar incontinenti su derecho en

el

el intervalo de tres meses, dentro del qual, si asi no lo executare, debe seguir la obra con la ofrecida fianza hasta las resultas del juicio; con advertencia, que esta disposicion es util, tanto al denunciador como al denunciado; á aquel porque sentiria mayor daño si se suspendiese la construccion hasta la terminacion del asunto, y entonces apareciera la justicia del contrario para edificar; y á este, mediante á que de continuarse el edificio, sufriria mayor costo para su demolicion (n. 34. l. 9. tit. fin. p. 5.); bien entendido, que el apuntado tiempo de tres meses empieza á correr desde que se ofreció la fianza (eod. n. 34. vers. *Et adde quod incipiunt*), dentro del qual, si el denunciador justificare su derecho, y en su vista el Juez pronunciase sentencia contra el edificante, este no tiene otro efugio que el de la apelacion, sin poder continuar obrando, aunque preste ante el Juez, *ad quem*, la prenotada seguridad (eod. n. et vers. l. 9. tit. fin. p. 3.).

22 Si el denunciante no hiciere ver el derecho de su denuncia, y al mismo tiempo se verificare haberla entablado maliciosamente, debe ser condenado á la satisfaccion de lo que importasen aquellos materiales que le hubiere hecho perder al contrario, excepto de los que por culpa de este se hubiesen extraviado, como se advierte en el caso de que el denunciado hubiere seguido edificando, sin embargo de la denuncia, y por este se le hubiere obligado á su demolicion (n. 35.); advirtiéndose, que aun sin fianza alguna podrá el dueño de la obra continuar su construccion, sin embargo de la denuncia, en el caso de que el que la hizo aparezca desde luego notoriamente destituido de justicia, ó porque sea persona inhabil para denunciar, como lo es el infame, muger, menor de catorce años, y otros; ó porque el actor no tenga cosa alguna en el

el sitio en que se hace el edificio; ó por razon de haberse manifestado algun instrumento público hecho entre las partes, ó executoria que resista la denuncia; ó por último en el relato de esta se expresare alguna causa injusta (n. 37.).

23 Tambien puede continuarse la construccion aun sin fianza, si el denunciante, á instancia contraria, no manifestare la causa de su denunciacion (segun debe hacerlo); sin que baste expresarla en general, antes bien se requiere específica é individual explicacion de ella (eod. n. 37. vers. *Tertium remedium*).

24 Igualmente podrá el denunciado continuar su obra, dando la correspondiente fianza, siempre que manifieste seguírsele en la detencion un perjuicio insoportable, y que sobrepuje á la poca ó ninguna utilidad del denunciador, como se verifica en el caso de estarse construyendo en algun rio un molino por tiempo de verano; pues entonces de esperarse á que el actor justifique dentro de los tres meses su derecho, vendria el invierno, y de consiguiente el rio con bastante incremento, que imposibilitase la construccion de dicho artefacto, é hiciese perder los materiales prevenidos (eod. n. 37. vers. *Quartum remedium*. S): siendo digno de notar, que aunque el denunciador exprese al principio alguna causa ó causas impertinentes, podrá despues en la prosecucion del juicio proponer otras que mas bien conduzcan á su defensa (n. 38. T); debiendo el Juez, conforme á las segundas, pronunciar su sentencia, como que debe mirar con reflexîon mas bien la verdad del caso que otras escrupulosidades (U).

La

(S) *Vid.* Cortiad. *decis.* 259. *à num.* 25.
(T) Carlev. *de Judic. tit.* 2. *disp.* 8. *à n.* 3. Gutierr. *Pract. quæst.* 98.
(U) *L.* 10. *tit.* 17. *l.* 4. *Recop.*

25 La facultad de denunciar no admite prescripcion ínterin dure la obra, por ser en este intervalo un acto facultativo al denunciante, y tambien porque aquel derecho pudiera motivarlo el temor de que el contrario edifique; y como permanece esta causa en todo el tiempo de la construccion, de aquí nace durar por el mismo la accion de denunciar; pero el interdicto demolitorio, que despues de hecha la denuncia se propone, á fin de que la obra se destruya, permanece por treinta años; y aun por solo uno si termine á que la demolicion sea á costa del denunciado, y se le condene en los intereses, porque entonces se verifica ser una accion penal; debiendo contarse el año desde el dia en que empezase la continuacion del edificio; y asi, aquietándose el dueño de él por tres, quatro ó mas años en su prosecucion, no por esto habrá de extinguirse aquel remedio (n. 39.).

26 La denuncia de nueva obra, como que es *in rem scripta*, pasa á los herederos y sucesores particulares del denunciado, solo á efecto de que sufran la demolicion de lo nuevamente construido; mas no debe ser á su costa, si no que ellos mismos, sabedores de la novedad de la denuncia, edifiquen sin embargo de ella (n. 40. l. 6. tit. fin. p. 3.).

27 Igualmente compete el remedio de que se trata á los herederos y sucesores universales del mismo denunciante, si en vida de este se hubiese hecho alguna obra, mas no en el caso de no haberse asi verificado, por ser el acto de denunciar una protesta, hija de la voluntad del que la formaliza; y como perece por muerte del mismo, de aquí es necesitarse la circunstancia de dicha nueva construccion, que unida con la de haberse propuesto el expresado remedio por el denunciante, produce á los herederos de este su continua-

nuacion; debiendo cesar la antedicha limitacion quando la denuncia se hubiese entablado tambien á nombre de los herederos (n.41.).

LEY XLVII.

El hijo, ó hija, casado velado, sea avido por emancipado en todas las cosas para siempre.

1 Aunque, atendido el derecho comun, el hijo no salia de la potestad patria por la contraccion del matrimonio, hoy á presencia de nuestra ley queda eximido de ella, aunque sea espiritual ó nulo; mas no se liberta por razon de vejez, doctorado, milicia ó sacerdocio, bien que en este último caso el padre no deberá percibir el usufructo de qualesquier bienes que el hijo Clérigo tuviese (n.1.); en inteligencia, que aunque el matrimonio contraido *solo consensu*, sin intervencion de las solemnidades nupciales, se conceptúa suficiente para varios efectos, v. g. sucederse los cónyuges recíprocamente, no poderse hacer donacion el uno al otro, no adquirir el legado dexado baxo la condicion de no casar, cometer adulterio la esposa que tuviese acceso con otro, no poder la misma celebrar contratos sin licencia del esposo, y otros diferentes; no obstante para la exencion del poderío paternal han de intervenir precisamente las solemnidades nupciales, y aun tambien la de velacion, por exigirla nuestra ley *pro forma*, segun lo copulativo de las palabras *casado y velado*.

2 El hijo casado y velado se conceptúa emancipado, y fuera del poderío paternal, asi para en quanto á los efectos favorables, como odiosos al mismo hijo, segun denotan las palabras de nuestra ley: *En todas*

las

las cosas para siempre; de que es consiguiente no transmitir al padre la herencia no habida, por concepto de suidad (n. 3.) no adquirirle; poder comparecer en juicio sin su permiso, ser lícito en este caso el pleyto entre uno y otro; cesar en los bienes del hijo el derecho de usufructo, que en otros términos competiria al padre; no deber el Juez condenar al hijo segun la voluntad de aquel en el caso de haber delinquido contra el padre; y últimamente, no nacer el nieto en la potestad del abuelo, excepto si el hijo no estuviese velado, ó aunque asi fuese, haya sido concebido el nieto antes de esta circunstancia; en inteligencia, que por el matrimonio se liberta el menor de veinte y cinco años, como sea mayor de diez y ocho, de la potestad del curador; no omitiéndose advertir, que aunque muera el marido de la hija, ni esta ni sus hijos vuelven al poderio paternal (n. 3. l. 6. tit. 25. p. 7. in fin.).

LEY XLVIII.

Mandamos, que de aqui adelante el hijo, ó hija, casándose, velándose, se hayan para sí el fructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el qual sea obligado á se lo restituir, sin le quedar parte del usufructo dellos.

1 El padre, por razon de la potestad que tiene sobre el hijo, adquiere el usufructo de los bienes que este tenga, bien sean dexados por la madre, ó su linea, bien por otros parientes, ó bien por algun extraño, quedándole al hijo reservada únicamente la propiedad de ellos (n. 1. l. 5. tit. 17. p. 4.); y esto aunque el padre contraiga segundas nupcias (eod. num. vers. *Quod primo extende*), ó le sea dexado á aquel so-

solo el usufructo, cuyo derecho finalizará muerto él, en cuya contemplacion se hizo la dexacion, sin esperar la muerte de ambos, excepto quando no conste, y se dude en favor de quien se mandó el usufructo, pues en este caso, muerto el hijo, permanece en el padre, y por falta de este, continúa en aquel, por estar dispuesto especialmente, que el expresado derecho lo adquiera el que de los dos superviviere (n. 2.); bien entendido, que aunque el hijo casado no le pida al padre el usufructo de los bienes adventicios, no obstante podrá repetirlo con los frutos que haya producido, quando le parezca, sin que le obste su taciturnidad, pues esta por lo regular dimana de la reverencia paternal, y por lo mismo repugna concepto alguno de donacion (eod. n. 2. in addict.).

2 El padre no solo es usufructuario de los bienes libres del hijo, sino tambien de los vinculados y pertenecientes á la dotacion de algun mayorazgo que el segundo posea, por regularse en la clase de adventicios, sin que obste contra esta resolucion deberse estimar semejantes bienes, como si fuesen donados por el Príncipe, por razon de la licencia y facultad que debe intervenir para la fundacion, y que por lo mismo deban reputarse en la clase de castrenses, cuyo usufructo sin duda no pertenece al padre; por quanto esta doctrina solo tiene lugar en los bienes propios del Monarca, haciendo este de ellos alguna donacion, mas no en el caso arriba propuesto, en que los vinculados fueron del fundador del mayorazgo, y continúan, siendo de los sucesores, en él; de modo, que no pierden la qualidad de bienes privados, por razon de la autoridad Real con que se prohibe en adelante su enagenacion: tampoco hará al caso la especie de que siendo el poseedor del mayorazgo un mero usufruc-

fructuario de los bienes en que consiste, parezca repugnante constituirle al padre usufructo de aquel que pertenece al hijo, en que se verificaria servidumbre de servidumbre, mediante á que dicho poseedor tiene verdadero dominio en los expresados bienes, segun queda sentado en la exposicion de la ley 40. de Toro; con lo que concurre, que aunque fuese mero usufructuario (sin perjuicio de la verdad), pudiera el padre tener la comodidad y administracion del usufructo; bien entendido, que este derecho espira por muerte del hijo, y pasa con los bienes vinculados al inmediato sucesor, sin continuar el padre disfrutándolos, segun se verifica en los de otra clase, por mas que haya cesado la patria potestad, pues esta causa basta haberla al principio para la continuacion de sus efectos, á exemplo de otros diferentes casos, en que se verifica lo mismo (nn. 3. 4. y 5.).

3 Los bienes que el hijo adquiriese despues de la emancipacion, estan exîmidos de que el padre goce el usufructo de ellos; pero siendo su adquisicion anterior, queda en el segundo la mitad, en recompensa del beneficio que hizo al primero con la emancipacion (numero 6. l. 15. tit. 18. p. 4.); y asi quando el hijo queda emancipado por disposicion de ley, sin tener que agradecer al padre su libertad, cesa en este la retencion de dicha mitad, como se advierte en el caso de nuestra ley por la contraccion del matrimonio, aun siendo contra la voluntad del padre; y con mayor motivo debe cesar quando el hijo ya emancipado casare, debiéndosele hacer la restitucion de todo el usufructo, aun respecto del fuero interno en los expresados casos, por terminarse dicha disposicion Tauriana á un fin tan honesto y recomendable como el de ayudar á sostener las cargas del matrimonio (eod. n. vers. *Ex quibus juribus*).

4 Siendo privilegio especial del matrimonio para sostener sus cargas, que contrayéndole el hijo, haya de ser reintegrado por el padre de todo el usufructo de los bienes adventicios, es consiguiente cesar esta particularidad en los casos de que por Dignidad Episcopal, Judicatura ú otro ministerio que logre el hijo, salga del poderio paternal (eod. n. 6. vers. *Item etiam*); con advertencia, que aunque la Dignidad Clerical no sea modo para disolver la patria potestad, quedarán no obstante libres de dicho usufructo los bienes que el hijo Clérigo adquiriese con el motivo de este ministerio, y no los de otra qualidad (n. 7. l. 3. in fin. tit. 21. part. 1.).

5 Tampoco, por la misma razon, perderá el padre el usufructo de los bienes adventicios del hijo quando este entre en Religion, y por lo mismo se liberte de la potestad patria, como que pasa á la de su Abad y Superior (eod. n. 7. vers. *Quarto infero*); y lo mismo se verifica quando el padre usufructuario se haga Religioso, pues el derecho del usufructo continúa en él, bien que la comodidad pasa al convento hasta su muerte, en cuyo convento se consolida con la propiedad que quedó en el hijo; de suerte, que la entrada en Religion no induce consolidacion del usufructo tenido, por el que la hace con la propiedad respectiva á un tercero, por ser aquel un acto meritorio, del qual es repugnante se hubiese de seguir perjuicio al mismo que lo executa (n. 8. X); siendo digno de advertir, que renunciando el padre en favor del hijo el derecho de usufructo que le corresponde en los bienes de este, queda todo él en el segundo, y subsiste la tal remision, sin esperar se confirme por muerte del primero, á causa de no

(X) *Vid.* Joann. Gutierr. *Quæst. can. lib. 2. cap. 1. ex num. 97.*

no ser rigurosa donacion, por no alargar el padre cosa alguna de su patrimonio (n. 9.); bien entendido, que tolerando el padre por algun tiempo que el hijo usufructúe, solo se entenderá remitido el usufructo percibido por el tiempo de su taciturnidad, mas no todo el derecho de él; y asi podrá el primero, quando le parezca, proceder á la percepcion de sus emolumentos (n. 10.).

6 No estimándose propia donacion la remision que hace el padre en favor del hijo del usufructo que en los bienes adventicios de este le pertenece, ni desfalcando por lo mismo aquel su patrimonio, es consiguiente no ser revocable, en concepto de inoficiosa, por los demas hijos, ni imputable en la mejora que el padre hubiese hecho á el, en cuyo favor remitió dicho usufructo; y asi este no está obligado á traerla á colacion y particion con sus hermanos (eod. n. 10. vers. *Ex quo textu.* Y).

7 Tampoco pertenece al padre el expresado usufructo quando al hijo se le hayan dexado los bienes, prohibiéndole al primero su adquisicion (eod. n. 10. vers. *Tertio principaliter*); bien que la madre, ó su linea, no tiene facultad para imponer semejante condicion en la legítima que indispensablemente tiene que dexar al hijo exônerada de todo gravamen (n. 11.); siendo digno de advertir, que si un extraño dexare á padre é hijo juntamente algunos bienes, debe el primero percibir el usufructo de la parte respectiva al segundo (n. 13. Z).

El

(Y) P. Thom. Sanch. *disp.* 4. *n.* 18. *lib.* 6. *de Matrim.* Herm. *in l.* 8. *t.* 4. *p.* 5. *glos.* 12. *n.* 15. *et seqq.* Dom. Castill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 112. Dom. Salg. *in Lab. p.* 2. *cap.* 15. *n.* 50. *vid.* etiam Cancer. Var. 3. *p. cap.* 21. *ex num.* 105.

(Z) Riccius *ad Franch. decis.* 2. 5. *vers.* Nota.

8 El padre, á consequencia de la potestad que tiene sobre el hijo, es legítimo administrador de los bienes de este, cuyo usufructo le pertenezca; y por lo mismo no necesita de nombramiento judicial para la direccion y gobierno de ellos en juicio ó fuera de él (n. 14. l. 5. in fin. tit. 17. p. 4.); en tanto que no tiene obligacion de dar cuenta alguna de su administracion, ni menos para sus resultas, se induce hipoteca en los bienes de su pertenencia, y por consiguiente tampoco tiene que hacer inventario de los del hijo que administra (n. 15. A); bien que si el padre hubiese enagenádolos, podrá aquel proceder contra este y sus sucesores á su total reintegracion, excepto en aquella parte en que le fuere heredero (n. 16. l. 24. tit. 13. p. 5.), debiendo el padre hacer inventario, y quedar sujeto á dar cuenta en aquellos bienes en que no tenga el usufructo, y solo sea un mero curador de ellos (n. 17. B).

9 El padre con justa causa puede enagenar sin decreto del Juez los bienes del hijo en que tenga la administracion legítima, por no reputarse en la clase de los demas curadores, y presumirse que aquel los mira con mas cariño que estos á los de sus menores (n. 18. in fin. C).

LEY XLIX.

Mandamos, que el que contraxere matrimonio, que la Iglesia tuviere por clandestino, con alguna muger, por el mismo hecho, él, y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, in-

(A) Dom. Castill. *de Usufruct. cap.* 3. Dom. Molin. *de Hisp. primog. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 33. *et ibi addent.*

(B) *Vid.* Dom. Castill. *in ead. tract. et cap. num.* 85. *et seq. et* 107.

(C) Dom. Castill. *in tract. de Usufruct. cap.* 3. *num.* 70.

incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados á nuestra Cámara, y sean desterrados destos nuestros Reynos, en los quales no entren so pena de muerte; y que este sea justa causa para que el padre, y la madre pueda desheredar, si quisieren, á sus hijas, que el tal matrimonio contraxeren; lo qual otro ninguno no pueda acusar, sino el padre, y la madre muerto el padre.

1 El que contraxere matrimonio clandestino (que es el que se efectúa sin la correspondiente denunciacion en la Parroquial, á fin de que los que sepan algun impedimento vayan á manifestarlo), los testigos y demas que en el asunto intervinieren, incurren, *ipso jure*, en la pena de confiscacion de sus respectivos bienes, y destierro perpetuo, cuyo delito es causa suficiente para que los padres puedan desheredar á los hijos que el tal matrimonio hubieren contraido, sin que ninguna persona, ni aun el Juez de oficio, pueda acusarle, sino el padre, ó en su defecto la madre; no estimándose de consiguiente clandestino el matrimonio celebrado á presencia de muchos fieles, *in facie Ecclesiæ*, aunque no se verifiquen las denunciaciones ó proclamas (n. 1.).

2 Aunque parece repugnante que el Legislador hubiese tenido facultad para establecer esta ley, por tocar un punto espiritual, cuyo conocimiento es propio de la jurisdiccion Eclesiástica, sin embargo, como quiera que en realidad nada se dispone en lo substancial del matrimonio, y el fin es cuadyuvar á los preceptos Canónicos, castigando á sus contraventores, se hace á la verdad muy recomendable y digna de observancia la citada Real deliberacion; bien es verdad, que hoy, conforme al Santo Concilio de Trento, parece impracti-

ticable su pena, por ser nulo el matrimonio contraido sin la asistencia del Párroco y dos testigos (n. 2, cap. de Reformat. Matrimon. sess. 24.).

LEY L.

La ley del fuero, que dispone, que no pueda el marido dar mas en arras á su muger de la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar; y si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde, y execute; y si algun escrivano diere fe de algun contrato, en que intervenga renunciacion de la dicha ley: mandamos, que incurra en perdimiento del oficio de escrivania que tuviere, y de alli adelante no pueda mas usar del, so pena de falsario.

LEY LI.

Si la muger no oviere hijo del matrimonio, en que interviniere promision de arras, y no dispone expresamente de las dichas arras, que las haya el heredero, ó herederos della, y no el marido, ora la muger haga testamento, ó no.

LEY LII.

Qualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane, si el esposo la oviere besado, la mitad de todo lo que el esposo la oviere dado ante de consumido el matrimonio, ora sea precioso, ó no; y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado, tornase á los herederos del esposo; pero si qualquiera dellos muriere despues de consumido el matrimonio, que la muger, y

su

sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados le ovo el esposo dado no aviendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras oviere, que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos ella muerta tomar las arras, ó dexarlas, y tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado: la qual ayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y si no escogere del dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.

LEY LIII.

Si el marido, y la muger durante el matrimonio casaren algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote, ó donacion propter nuptias, que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio: si no los oviere que basten á la paga de la dote, y donacion propter nuptias, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenescieren en qualquier manera; pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ó hace donacion propter nuptias á algun hijo comun, y de tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere: y si no la oviere que la tal dote, ó donacion propter nuptias se pague de los bienes del marido, y no de la muger.

1 Entre los cónyuges se verifican regularmente seis especies de donacion, quales son: *Sponsalitia largitas propter vel ante nuptias*; arras, dote, pura, y simple llamada *inter virum et uxorem*: y la que se induce por la ley entre los cónyuges recíprocamente en lo respecti-

tivo á la mitad de gananciales adquiridos durante el matrimonio (n. 1.).

2 *Sponsalitia largitas*, que es la primer especie, se reduce á una donacion que se hace con la esperanza, y por causa del futuro matrimonio que ha de contraerse entre los que la formalizaron, sin necesitarse expresion de hacerse baxo la condicion *si matrimonium sequatur*, por resultar esta virtualmente de la presunta voluntad de las partes (n. 2. l. 3. tit. 11. p. 4.). Siendo el efecto de semejante donacion, que especificándose no haya de volver con pretexto alguno al que la hizo, permanece firme, y se le adquiere plenamente al donatario, aunque no se verifique la contraccion del matrimonio; mas en duda, ó se efectúa el casamiento, y entonces tambien se perfecciona la donacion; de suerte, que ningun evento vuelve al donante; ó no se contrae, y en este caso se hace restitucion de ella por el donatario siempre que haya sido por su culpa, porque teniéndola el donante, deberá este carecer de dicho beneficio (eod. n, 2. ex verb. *Cujus virtus*). Y si no se verificó la celebracion del matrimonio por algun acaso inculpable á los contrayentes, v. g. si alguno hubiese muerto siendo hecha la donacion por el esposo, y no habiendo intervenido ósculo entre ellos, la recupera aquel enteramente, ó si intervino, sola la mitad, y aun nada habiendo tenido cópula, como que por ella es visto confirmarse el matrimonio: mas siendo hecha la dotacion por la esposa en favor del esposo, y no se verifique el casamiento, aunque haya intervenido ósculo, se recupera por aquella ó sus herederos; y si hubieren tenido cópula, la adquiere para sí el esposo, por haberse verificado la condicion con que se executó el donadío (n. 3. l. 3. tit. 11. p. 4. l. 4. tit. 2. lib. 5. Recop.): bien

que

que es mas freqüente y regular que el esposo done á la esposa, que no esta lo haga en favor de aquel, por razon de deber ser venerada y atendida principalmente en el ornato, en que el marido es tanto mas interesado, quanto mas honor le resulta de ello (eod. n. 3. ex verb. *Frequentius tamen*).

3 El motivo de lucrar la esposa en caso de intervenir ósculo la mitad de la donacion hecha por el esposo, y este no adquirir cosa alguna de la de aquella, consiste en que la muger decae de su honor y estimacion en que la besen, y por lo mismo es muy conforme que en recompensa de ello tenga algun premio, para que con este interese, cubriendo en algun modo aquel defecto, encuentre con quien casar: todo lo qual se verifica por el contrario en el hombre (n. 4. l. 3. tit. 11. p. 4.). Bien entendido, que quanto queda establecido en los esposos de futuro, tiene tambien lugar hoy en el matrimonio de presente (eod. n. vers. *Advertendum tamen*, et ist. l. 52. Taur.). Extendiéndose el lucro que tiene la esposa de la mitad de lo donado por el esposo, aun al caso de ser cosas preciosas (cuya graduacion queda sujeta al prudente arbitrio judicial): y aunque no sucede asi despues de estar perfecto el matrimonio, lo motiva la presuncion de que el marido lo hace no con ánimo de donarselo á la muger, sino de concederselo únicamente para su uso: cuyo concepto cesa entre los cónyuges de futuro ó de presente; pues el esposo sin duda dona á la esposa por causa del matrimonio su honestidad y virginidad, por lo qual debe lucrar la mitad en recompensa de su pérdida, y aun todo, verificada la consumacion del contrato; si no es que haya promision de arras, en cuyo caso queda á eleccion de la esposa escoger uno ú otro en el término de veinte dias contados desde que se le re-

requiera á que eliga por los herederos del marido (n. 4. ist. l. 52. l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop. D).

4 Aunque el esposo en el tiempo de la celebridad del matrimonio y velacion diere á la esposa algunos vestidos, ornamentos ú otras cosas preciosas, debe no obstante la misma lucrar el todo ó mitad de dicha donacion, segun la distincion propuesta en el §. antecedente; ya porque la citada nuestra ley 52. se explica con las palabras de *esposos*, cuya qualidad se verifica hasta que el matrimonio sea en realidad contraido, y ya porque valen las donaciones que entonces se hacen los cónyuges recíprocamente, aun siendo en el mismo dia en que se hayan de celebrar las nupcias; sin que se puedan graduar por de *inter virum et uxorem* hasta que se verifiquen hechas despues de consumado el matrimonio. Y si se dudare si la donacion se executó antes ó despues del matrimonio, se presumirá lo primero si se hizo en casa de la muger, y lo segundo si en la del marido (n. 5.).

5 Tambien debe ganar la esposa el todo ó mitad de lo donado por el esposo antes de recibir las bendiciones de la Iglesia, bien proceda ó subsiga el ósculo ó cópula á la donacion, por verificarse tambien en este caso la razon que para dicho lucro queda expresada en el §. 3. de esta ley: con lo que concurre, que la qualidad de esposos, de cuya expresion usa nuestra ley 52., dura hasta la efectuacion del matrimonio, aunque haya intervenido cópula entre ellos: bien entendido, que si esta ó el ósculo se hubiere verificado antes de contraerse los esponsales, bien de presente, ó bien de futuro, como que entonces cesa la qualidad y circunstancia de esposos, y por lo mismo la razon de

(D) Ayor. *de Partition. part.* 2. *cap.* 74. *n.* 37.

de nuestra ley, no adquiere la muger cosa alguna de la donacion que se le haya hecho por el marido, aunque despues contraigan matrimonio (n. 6.).

6 No obstante que los esponsales resulten nulos é inválidos, la esposa ignorante de ello adquirirá el todo ó mitad de la donacion hecha por el esposo, segun la distincion que expresa la citada ley 52., mas no si supiere la nulidad de dicha convencion. Pero si ambos la hicieren con ciencia de aquel defecto, en pena de su indignidad se alzará el Fisco con lo donado (n. 7.): procediendo el lucro de esto en favor de la esposa, mediante el ósculo, aunque entre en Religion, como que es un acto que no merece pena alguna, y se equipara á la muerte natural; de que se deduce, que el pacto de adquirir la dote en el caso de esta, procede tambien en el de dicha profesion (n. 8.). Sin que la muger tenga prelacion á los acreedores de anterior hipoteca en las cosas que de la expresada donacion fueren enagenadas por el esposo (eod. n. vers. *Sexto quæro*).

7 Por lo tocante á la donacion *propter vel ante nuptias*, es aquella que el marido, su padre ú otra persona á nombre de él hace á la muger por razon del matrimonio en recompensa de la dote, y para su mayor seguridad; cuya donacion se hace de la muger durante el matrimonio, y disuelto vuelve al marido ó á sus herederos (n. 9. l. 1. tit. 11. p. 4.). Conviene con la dote: primero, en que una y otra se llama donacion: segundo, en que asi como la dotal pertenece al marido hasta la disolucion del matrimonio, en cuyo caso debe restituirla á la muger, del propio modo esta adquiere la *propter nuptias* hasta el mismo evento, el qual verificado, la devuelve á aquel: tercero, en la obligacion que tienen los padres tanto de donar *propter*

ter nuptias al hijo, quanto de dotar á la hija: quarto, en que asi al marido respecto de la dote, como á la muger en quanto á lo donado *propter nuptias*, compete accion reivindicatoria contra qualquier extraño, en virtud del dominio que sobre ello tiene respectivamente: bien que en el segundo caso, siendo contra el marido, solo podrá verificarse el intento quando disuelto el matrimonio no se hiciese restitucion de la dote á la muger, ó esta debiese lucrar por razon de pacto la expresada donacion, ó si el marido se fuese empobreciendo: quinto, en que aun asintiendo la muger, carece el mismo de facultad para enagenar tanto la dote, como la donacion *propter nuptias*; y aunque aquella puede renunciar del derecho de hipoteca que tiene en los bienes del marido quando este se halla con segura responsabilidad por otro concepto, ó la remision es de la general inducida por la ley (pues la hipoteca especial dimanada de la expresa estipulacion del marido, es irrenunciable), sin embargo se halla prohibida de hacerlo de la donacion *propter nuptias*, y derecho que en ella le compete: sexto, en que pactando el marido lucrar parte de la dote quando el matrimonio se disuelva, en el mismo evento adquiere la muger igual porcion de la donacion *propter nuptias*, aun sin haber intervenido pacto expreso de ello, por entenderse virtualmente repetido por las partes en este segundo caso el que intervino en el primero: séptimo, en conceptuarse tácita estipulacion en una y otra donacion: octavo, en que ambas deben traerse á colacion y particion por el marido y muger con sus respectivos hermanos: nono, en que la posibilidad de enagenarse por razon de dote las cosas sujetas á restitucion, se extiende al caso de la donacion *propter nuptias*: décimo, en deber ser la cantidad de esta igual á

la

la en que consista la dote: undécimo, en que una y otra permiten aumento durante el matrimonio: duodécimo y último, en que tanto el dominio de la dote, aunque esta sea de todos los bienes, quanto el de lo donado *propter nuptias*, no se transfiere sin tradicion de una parte á otra (n. 10. E).

8 La donacion *propter nuptias* se distingue de la dote en tres cosas: primera, en que el marido es poseedor de esta, y la muger no lo es de aquella: segunda, en que el mismo lucra los frutos de una y otra donacion; bien que hoy todos los producidos de qualesquier bienes pertenecen á ambos cónyuges quando la muger quiera satisfacer las deudas contraidas durante el matrimonio de por mitad (n. 11. l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopil.): tercero y último, en que la misma tiene tácita hipoteca por su dote en los bienes del marido, el qual carece de este derecho en los de aquella para la recuperacion de lo que le donó *propter nuptias*; y aunque á la muger en caso de lucrar esta donacion por razon de pacto ú otro motivo compete igual hipoteca que en la dote contra el marido y sus herederos, no tiene prelacion en competencia de otros acreedores anteriores (n. 11.).

9 De lo expuesto acerca de la donacion *propter nuptias* se deduce ser esta util por dos conceptos: primero, por estár mas segura la dotal, mediante á que el derecho de hipoteca en aquella es irrenunciable: y segundo, porque interviniendo pacto de haber el marido de lucrar la dote, se entiende virtualmente repetido en la donacion *propter nuptias* en favor de la muger: bien entendido, que aunque se distinga de la de arras, no se halla en uso en nuestro Reyno, y en

(E) Dom. Castill. *lib.* 4. *Controv. c.* 49. *n.* 33. Leon. *deciss.* 9.

en su lugar corre esta (eod. n. ex verb. *Et sic resolutive.* F): de modo, que donacion *propter nuptias* se llama hoy la que el padre hace al hijo quando casa por razon de capital, por mas que lo contrario quiera el Autor al fin de este (n. 11. G).

10 La donacion de arras (prescindiendo del concepto civil y de partidas) hoy se llama aquella que se hace por el marido á la muger en remuneracion de su dote, virginidad y circunstancias, aunque sea despues de contraido el matrimonio por ser donacion remuneratoria; cuyas arras pertenecen á la muger disuelto aquel contrato (n. 12.); sin que su importe pueda exceder de la décima parte de lo que deducido todo lo que el marido estuviese debiendo quedare á este mismo (l. 2. tit. 2. lib. 5. Recopil.): cuyo cabimiento basta que se verifique al tiempo de la promision de arras, aunque despues se aminore el patrimonio del donante; quedando á cargo de la muger ó sus herederos acreditarlo asi para solicitar el cumplimiento de dicha obligacion, pues de lo contrario obtendrá la parte del marido, aunque nada justifique (n. 13. XXXVIII). En inteligencia, que aunque es irrenunciable la ley que limita las arras hasta la décima por ser prohibitiva, é incurre el Escribano que otorgue esta renunciacion en perdimento de su oficio, excepto si se hiciere generalmente, y sin particularizarse á la citada ley; sin

(F) Ayor. *de Partition. part.* 2. *q.* 33. *n.* 28. *et* 30. *et q.* 44. *n.* 56. *vers.* Itæ pro hoc facit.

(G) Id Ayor. *eod. p.* 2. *q.* 33. *n.* 30.

(XXXVIII) Lo contrario sienta el Ayor. de Part. p. c. 7. n. 27. 28. y 29. expresando, que la muger funda su intencion en la promision hecha por el marido, y que por consiguiente es obligacion de los herederos de este desvaneceria con la prueba de no tener cabimiento en la décima.

sin embargo, interviniendo juramento, valdrá aun en el exceso la expuesta donacion (eod. n. H). Siendo digno de notar, que no teniendo el marido al tiempo del casamiento caudal alguno de que dotar á la muger, puede hacerlo del que en adelante tuviere y adquiriere (eod. n. I); quedando en este caso al arbitrio de la misma elegir el tiempo que quisiere para la regulacion de la décima parte, en que debe contenerse la donacion, la qual puede hacerse tanto á doncella como á viuda, y asi la lucran disuelto el matrimonio, por ser una adquisicion proveniente de la voluntad del marido que á ello quiso obligarse (eod n. K). Bien entendido, que en el poseedor de bienes vinculados y sujetos á restitucion, que no teniendo libres hizo promision de arras, se habrá de regular la décima para su solucion, segun la doctrina del Señor Molina *de Hisp. primog.* á quien se remite el Adicionador en este n. 13. lit. *V*. (L).

11 El menor no tiene restitucion contra la donacion de arras que hubiese hecho hasta en la cantidad del diezmo de sus bienes, por quanto es un acto muy regular, y que hubiera executado otro qualquier sugeto prudente y juicioso, mayor de veinte y cinco años; sí bien es cierto, que teniendo curador, debe intervenir su autoridad para evitar la nulidad del contrato. Con advertencia, que lo antecedente tiene lugar quando la promision de arras fuese de dinero ó de cosas inconservables; porque terminándose á bienes inmuebles, se requiere indispensablemente decreto judicial; aunque

(H) Ayor. *de Part. p.* 1. *cap.* 7. *n.* 19.

(I) Ayor. *eod. loc. n.* 18.

(K) Id. Ayor. *eod. loc. n.* 32. *vers.* Pero lo contrario, *et vers.* Item pro hac *verb.* Et ita communiter practicatur.

(L) *Vid.* Ayor. *eod. loc. n.* 26.

que si asi no se verificase, y despues de los veinte y cinco años transcurrieren quatro, *ipso jure*, se ratifica el donadío, como que es un título oneroso, atendida la qualidad de remuneratorio (14.). Y aunque su pertenencia con arreglo á la ley del Fuero, muerta la muger no era absolutamente de los herederos de esta, hoy á presencia de la 51. de Toro, el marido no tiene en dicho evento derecho alguno á las arras, antes bien las adquieren los hijos ó parientes de la muger (eod. n. vers. *Item adde quod mortua*).

12 La quarta especie de donacion que se verifica entre los cónyuges es la dote. Esta pues no es otra cosa que lo que se da ó promete al marido por razon del matrimonio, y con el fin de sostener sus cargas (n. 15. l. 1. tit. 11. p. 4.): cuya promision puede hacerse por la misma muger, sus padres, parientes ó por algun extraño antes ó despues del matrimonio; pues la constitucion de la dote no tiene prohibicion en tiempo alguno (n. 16. dict. leg. part.), y es extensiva á todos los bienes, como que es una donacion que se hace por causa onerosa, y asi cesa en este caso la disposicion de la ley 69. de Toro, que solo tiene lugar en las simples y gratuitas (eod. n. 16. M). Siendo digno de advertir, que casando la muger simplemente sin expresion de dote, en tal caso no se consideran por esta los bienes que aquella tuviese, aunque entonces le fuesen entregados al marido para que los administrase, si no que intervengan conjeturas suficientes para inducirlo (n. 17.), como si la muger le entregase á él mismo al tiempo del matrimonio ó despues cierta cosa ó cantidad (n. 20. N). En inteligencia,

(M) Dom. Castill. *lib.* 4. *controvers. c.* 53. *n.* 35.

(N) *Vid.* Dom. Castill. *lib.* 4. *controvers. c.* 40. *à n.* 23. Dom. Covarrub. *de Spons. c.* 5. *n.* 5.

cia, que la simple promision [illegible] bebida tácitamente la condicion *si matrimonium sequatur*: de forma, que el tiempo de su paga toma principio luego que se contrae el matrimonio (n. 18. l. 11. y 12. tit. 11. p. 4.); excepto si se hubiese puesto individualmente otro término, pues entonces se habrá de estar á ello (eod. n. 18.).

13 La dote puede empezar, ó por tradicion, entregandosele desde luego al marido, ó por promision, bien se haga esta por estipulacion ó por nudo pacto; porque hoy atendido el derecho Real, de qualquier modo que se haga la obligacion, produce las acciones competentes; y asi el marido tiene la suya para repetir la dote prometida, á cuyo fin induce la ley en su favor tácita hipoteca en los bienes del que la ofreció: bien es verdad, que en este caso no tendrá el privilegio de antelacion que se considera en la muger para que se le ampare en ella (n. 19. l. 23. tit. 13. p. 5.), ni pasa el dominio al marido hasta su tradicion, aunque la promesa sea hecha generalmente de todos los bienes (n. 27.). Con advertencia, que prometiéndose la dote simplemente sin expresion del quanto, queda sujeta su tasa al prudente arbitrio judicial, atendidas las circunstancias de personas, lugar y patrimonio (eod. n. 19. O). Y si dada ó prometida cierta dote á una hija, despues se ofreciere otra á otra simplemente, se regulará su quanto con arreglo al de la primera (eod. n. vers. *Adde tamen*).

14 Tres clases de bienes pueden considerarse en la muger casada, dotales, cuyo dominio, administracion y producto pertenece al marido; de suerte, que en razon de ellos puede este á su mismo nombre

(O) Dom. Castill. *de Alien.* c. 36. §. 7.

bre exercitar las acciones convenientes: parafrenales, que son aquellos que la muger tiene fuera de la dote, y solo pertenece al marido su manejo y administracion, por habérsele entregado expresa ó tácitamente por aquella; en cuyo caso puede este hacer de procurador á nombre de la muger sin su expreso mandato: y otros cuyo dominio, usufructo y administracion reside en ella, sin tener el marido otra facultad que la de hacer ó defender en razon de estos dichos bienes, dando caucion de rato, á exemplo de otra qualquir persona conjunta: bien es verdad, que la muger para qualquier cosa que sobre ellos quiera practicar ha de tener permiso del marido (n. 20. vers. *Item adde*. P).

15 Quando el padre teniendo bienes del hijo en administracion prometiere á este capital alguno, ó dote si fuere hija, para el matrimonio, sin especificacion alguna; se entiende hecha la oferta del caudal y patrimonio del primero, por ser obligacion de los padres hacerles á los hijos en dicho caso las expresadas donaciones; y por esta razon lo propio debe ser quando se hace la promision de bienes del padre y del hijo juntamente: pero si expresare con individualidad de qué bienes hace la donacion, individualizando el quanto que se ha de cargar sobre unos y otros, á ello se debe estar, como que ya cesa aquella duda (nn. 21. y 23. l. 8. tit. 11. p. 4.); por lo qual prometiéndose la dote con tal que en ella se incluya todo quanto se le debiere á la hija, es visto que el padre no la ofreció solamente de su patrimonio (eod. n. 21. vers. *Ex quo singulariter*, verb. *Sed advertendum*): y lo mismo si se expresare hacerse la promision de los bienes de la hija únicamente (eod. n. vers. *Secundo etiam*). Cesando

to-

(P) Vela, *dis.* 1. *et* 4. *à n.* 97. Rox. *de Incompatib. p.* 4. *c.* 3. *à n.* 5.

toda la anterior disputa en los casos en que el prometente carezca de obligacion de dotar, como lo es la madre, tutor ó curador; y asi estos se entiende hacen la promision de los bienes que tienen en su poder pertenecientes á la de cuya dote se trata (n. 23.). Sin que obste la especie de que contribuyendo el padre al hijo con alimentos, sin embargo de estar obligado á ello, se presume erogarlos de los bienes de este ultimo; por quanto dicha obligacion es subsidiaria en defecto de no tener el hijo con que alimentarse; y la de dotar á las hijas tiene exercicio desde luego, como que termina á un favor público para que las mugeres encuentren con mas proporcion con quien casar (eod. n. vers. *Superest tamen*).

16 Prometiendo un tutor ó curador extraño á su pupila ó menor cierta dote que exceda de lo que en realidad tenia de esta en su poder, y le pertenecia legítimamente, no está obligado á pagar el referido exceso; excepto si apareciere por algunas conjeturas que quiso donarla, ó que sabia muy bien á quanto alcanzaba el caudal de su administracion. Pero si la expuesta promision la hiciere la madre ú otro ascendiente, deberá satisfacer íntegramente la dote ofrecida, por presumirse de su natural afeccion querer agregarla á la hija de sus propios bienes aquella parte (número 24.).

17 Quando el padre prometiere la dote durante el matrimonio, y hubiere gananciales, de estos se debe satisfacer aquella, aunque la madre en ellos tenga interese; ya porque *ex causa necessaria*, qual es la dotal, se permite enagenar los citados bienes; y ya porque tratando aquella de lucrar la mitad de los mismos, es muy conforme haya de sufrir la deduccion del insinuado débito. Lo mismo debe suceder si sola

la madre (bien que interviniendo licencia de su marido) hiciere la propia promision; pues se entiende executada con respecto á los bienes lucrados durante el matrimonio; cuya doctrina se extiende aun al caso de prometerse la dote disuelto ya este contrato, por militar aquí tambien la apuntada presuncion (n. 24. vers. *Item etiam*). Con advertencia, que muerto el padre donante, no se deberá traer á colacion por la hija dotada mas que la mitad de la dote, atendiendo á que aquel tenia igual derecho que la madre en los bienes gananciales, y asi la otra mitad se colacionará despues en la herencia de esta (eod. n. vers. *Pulcrum*). Sin que sea de omitir, que prometiendo el padre y la madre juntamente dotar á la hija, ó darle capital al hijo, no habiendo gananciales de que hacer la solucion, deben sufrir igualmente esta detraccion los bienes que respectivamente tuviesen marido y muger, aunque no tenga otros que los dotales (n. 25. ist. l. 53. Taur.): lo qual con mayor razon se verificaria si el padre juntamente con la madrastra ó con algun extraño hiciese dicha promision (eod. n. vers. *Ex quibus infero*).

18 Aunque en la promision que de la dote se hace al marido se admite fiador, no sucede asi para la restitucion que de ella se ha de hacer por aquel á la muger; pues de admitirse en este último caso, resultarian continuas desazones entre los cónyuges, nacidas de que siendo la especie de dicha fianza nada grata al marido, y estando á él sujeta la muger, era preciso que esta sufriese infinitos disgustos; y mas á vista de que la fianza, que es la causa, deberia permanecer hasta la disolucion del matrimonio: nada de lo qual se encuentra en el caso primero; bien entendido, que la disposicion que impide la admision

de

de dicha fianza en el segundo, es irrenunciable por ser prohibitiva (n. 26. Q).

19 Puede darse fiador para la restitucion de la dote en varios casos: primero, quando esta se hubiese pagado antes de contraerse el matrimonio, y se tratase de devolverla en caso de no efectuarse este contrato: segundo, si el marido se fuese empobreciendo: tercero, quando el matrimonio estuviese ya disuelto: quarto, habiendo de ser fiador el padre del marido, y no su hermano ú otro consanguineo: quinto, interviniendo juramento: sexto, en caso de que el donante fuese persona extraña, y por lo mismo esta, y no la muger hubiese de recibir la fianza: séptimo y último, quando hubiere costumbre de ello en el pueblo donde se hace la dicha donacion (eod. n. 26. ex vers. *Quod tamen*, usque ad n. 27. exclus.).

20 La dote dada ú ofrecida al marido por el padre de la muger, disuelto el matrimonio se ha de restituir á esta enteramente por haber ya salido de la patria potestad mediante su contraccion; por lo qual cesan en este caso las disposiciones civiles que prevenian otra cosa, como que el matrimonio con arreglo á ellas no exîmia al hijo del poderío paternal (n. 28.). Lo mismo debe verificarse quando la promesa se haya hecho por algun extraño ó pariente de la muger, pues se presume donarle á esta; aunque estipule dicho promitente la restitucion de la dote simplemente, sin expresar la persona á quien se haya de hacer, ó lo haga alternativamente, por especial favor de dicha donacion; pero si la estipulacion sea copulativa para el donante y dotada, entonces pertenece la dote de por mitad

(Q) *Vid.* Dom. Larr. *dec.* 7. Dom. Olea *de Cess. jur. tit.* 5. *q.* 3. *n.* 8. Dom. Castill. *tom.* 6. *controv. cap.* 168. §. *unic.*

tad á uno y á otro, y aun toda á aquel si para sí solo hubiese pactado su restitucion (eod. n. vers. *Si vero*).

21 Como los padres tienen obligacion de dexar á sus hijos ó en vida ó en muerte sus respectivas legítimas, si les prometieren ó dexaren dote se entiende que cumplen con aquella; y asi se estima pura, y no condicional esta donacion, aun en la cantidad excedente de la rigurosa legítima de la hija dotada; esto por evitar diversidad de conceptos en una misma disposicion. Pero si ademas de la promesa ó legado dotal le fuere dexada á la hija su legítima, se tendrá por condicional; pues como el padre habia ya cumplido con su obligacion, cesa el concepto arriba apuntado: y lo mismo aunque no fuese dexada dicha legítima, como la citada donacion se hiciere con respecto á cierto matrimonio, ó el donante fuere persona extraña; porque no encontrándose en ésta necesidad alguna de mandar la dote, es visto que no miró tanto el beneficio particular de la dotada y futuro marido, quanto el comun que se sigue á la República: excepto si por algunas conjeturas pueda conceptuarse pura la expuesta liberalidad. Bien entendido, que en los casos en que se estima condicional, no puede su importe pedirse por el interesado hasta que el matrimonio en realidad se haya contraido á lo menos por palabras de presente sin mas solemnidad; y esto aunque la dotada tenga la edad competente, y ofrezca caucion de casarse. Siendo digno de advertir, que si el testador previniere á sus albaceas que expendan alguna cantidad entre doncellas que hayan de casarse, no deben elegir las que al tiempo de su fallecimiento se hallen sin la edad competente; antes bien han de esperar á la verificacion de este requisito: excepto quando

la

la voluntad del disponente se termine á ciertas y determinadas personas, como á Francisca, Juana, ó Antonia, pues entonces sin demora alguna se habrá de practicar la eleccion, como que en ello no se causa perjuicio á otras (n. 29. R).

22 Si la solucion de la dote consistente en dinero se retardare al marido, que en el ínterin hubiese sostenido las cargas del matrimonio, y no si lo contrario hubiese hecho, se le debe satisfacer alguna usura limitada á lo que haya gastado con la muger, y en sostener las citadas cargas, por mas que se hubiese pactado algun tanto por ciento, mediante á ser esto prohibido; infiriéndose de lo antecedente no debérsele computar al marido en la suerte principal de la dote al tiempo de su paga, aquellos frutos que hubiese percibido de la cosa que se le hubiese dado en prenda, ínterin se le hacia pagamento de dicha dote, ya por tener alguna incertidumbre aquel lucro, y ya por subrogarse la prenda en lugar de la dote, cuyos emolumentos sin duda pertenecen al marido; bien es verdad, que si el producto de la alhaja opignorada fuese excesivo, se deberá computar el sobrante de lo gastado en sostener las cargas matrimoniales con la suerte principal (n. 30.); en inteligencia, que si el marido en todo el tiempo del matrimonio, ó de la vida del deudor, hubiese dexado de pedir las usuras no prometidas, es visto hacer cesion y donacion de ellas (eod. num. vers. *Unum tamen est*).

23 Aunque el marido no tiene obligacion de alimentar á la muger, antes bien puede devolverla á las casas del padre, ó de aquel que la dotó, en el caso de no

(R) Dom. Covarrub. *cap.* 3. *de Testam. num.* 14. Castill. *de Alim. cap.* 36. §. 10.

no pagársele la dote ofrecida, no es asi quando ni se le dió ni prometió alguna, pues asi como ella le sirve, y cuida de su casa, del mismo modo él debe alimentarla y sostenerla conforme á sus circunstancias (n. 31. cap. *Per vestras*, de Donation. int. vir. et uxor.).

24 Si el marido, haciendo de actor ó de reo, perdiese el pleyto, que sobre reivindicar ó defender alguna cosa dotal tuviese pendiente con otro, no le queda á la muger contra este, disuelto el matrimonio, accion alguna, siempre que el marido hubiese hecho aquella, y justificacion que podia, de forma que en ello no interviniese fraude ó culpa suya, pues el tercero litigó con parte legítima, qual es el marido respecto de las cosas dotales, como que es dueño y administrador de ellas, y por lo mismo obsta á la muger la sentencia dada en el referido litigio; pero si el marido se versó en su seguimiento y defensa con malicia ó notable descuido: queda sin duda responsable á la satisfaccion de la pérdida; y no teniendo facultades para ello, podrá repetirse por la muger del tercero, que obtuvo en el expresado juicio (n. 32. S).

25 El marido, durante el matrimonio, lucra los frutos de la dote, aunque excedan del gasto que se haga en sostener las cargas matrimoniales, bien sean aquellos naturales, civiles ó industriales, tanto producidos de cosas inmuebles, quanto de muebles ó semovientes, v. gr. la lana, leche, corderos y demas que se considera fruto de ganado; bien que el parto de la esclava que hubiese ido en dote al matrimonio, no pertenece al marido, como tampoco á otro qualquier usufructuario, por ser especie repugnante á la de los frutos y demas cosas que fueron criadas para el hombre.

(S) *Vid.* P. Molin. *de Justit. et Jur. tract. 2. disp.* 428.

bre (n. 33. l. 14. tit. 31. p. 3.): igualmente pertenecen al marido los emolumentos, frutos y comodidades que en qualquier manera provengan del mayorazgo, título, jurisdiccion ó dignidad que la muger llevase en concepto de dote; y aun por esto está prohibido el marido de hacer donacion á la muger de los expresados frutos, como si fuese otra qualquier cosa de su pertenencia; y asi podrán repetirse por dicho donante, en aquello en que la muger se hubiese locupletado, y no invertido en alimentarse á sí y á sus hijos (eod. n. 33.); todo lo qual procede, aunque la muger fuese impúbera, como sea habil para la cópula, y tambien su malicia supla el defecto de la edad; porque si asi no se verificare, ignorándolo el marido, no lucra este los frutos como tal, sino en qualidad de poseedor de buena fe, y solamente en quanto sostenga el matrimonio, si hubiere sido sabedor: de todo lo qual se deduce, que para adquirir el marido los frutos dotales, han de verificarse tres cosas: primera, matrimonio; segunda, entrega de dote: tercera y última, que aquel sostenga dichas cargas (eod. n. 33. vers. *Quid autem*).

26 Los frutos producidos de los bienes parafrenales no pertenecen al marido sino á la muger, porque no pasan al matrimonio con el título honeroso de mantener sus cargas como los dotales; bien es verdad, que hoy todos los frutos que sobrasen, disuelto el matrimonio, tanto de bienes dotales como de parafrenales, ó de otra qualquier especie, se hacen comunes, y se dividen igualmente entre ambos cónyuges como bienes gananciales (eod. num. vers. *Adde quod fructus*, l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopil.).

27 Entregándosele al marido el fundo dotal con fruto pendiente, y disuelto el matrimonio, despues de alzado, no le pertenece todo él, sino solo el corres-

pon-

pondiente al tiempo que duró el matrimonio; y lo mismo debe suceder en el caso de que no se le haya entregado con fruto alguno, como este ya lo haya quando se verifique dicha disolucion (eod. num. vers. *Adde tamen circa super.* l. 26. tit. 11. p. 4.).

28 Si el marido se fuese empobreciendo, puede la muger pedir la dote, aun durante el matrimonio, no para enagenarla, sino para mantener su casa y familia, ó solicitar se ponga en seqüestro, para que su producto se aplique al propio destino, ó recibir fianzas del marido para asegurar la satisfaccion de la dote, disuelto el matrimonio (eod. num. vers. *Item quæro*, l. 29. tit. 11. p. 4. XXXIX): quedan al arbitrio de la muger, como que es actora, elegir el intento que de los referidos le parezca, aunque el marido esté pronto á efectuar el de dicha fianza (eod. num. vers. *Dubium tamen*); bien es verdad, que los frutos que sobren de mantener la familia, deben restituirse al marido, por ser suyos; advirtiéndose, que su inopia no es preciso sea actual, para que la muger use de los arbitrios apuntados, sino basta que aquel empiece á versarse mal en la administracion y manejo del caudal, á cuyo fin es suficiente semiplena prueba ó presuntiva de ello, como que se trata de considerable perjuicio de la muger, y su dote, cuyo fomento es tan recomendado por derecho (eod. num. vers. *Adde tamen quod hoc casu*).

29 Aunque el marido sea pobre y sospechoso al tiempo de contraerse el matrimonio, podrá no obstante la muger, si despues tuviere aquel mala versacion en

(XXXIX) Si la inopia del marido se verificase sin culpa suya, cesa la obligacion de restituir la dote hasta que el matrimonio se disuelva. Cur. Philip. 2. *Part.* §. 26. *num.* 57.

en el caudal, usar de alguno de los remedios propuestos en el párrafo antecedente (eod. n. vers. *Quod tamen*): bien entendido, que si el que dió la dote por la muger fuese un extraño, aunque hubiese pactado la devolucion de ella, no puede durante el matrimonio solicitar se le restituya con pretexto de la inopia del marido; ya porque el pacto se terminó tácitamente al caso de que el matrimonio se disuelva, y ya porque quedaria la familia sin el alivio que tiene quando la madre pide su dote en el propio evento de pobreza, pues se queda con ella para sostener al marido, á sí y sus hijos (n. 34.): siendo digno de notar, que aunque este, despues de haber restituido los bienes dotales, se enriqueciere, no los recupera, mayormente si permanezca ignorante en el manejo de sus bienes (n. 35. T).

30 Aunque regularmente la cosa comprada con dinero de otro no se hace de este, sino del mismo que la compra; y asi acontece quando con el dotal el marido merca alguna alhaja, pues esta no pertenece á la muger, excepto si aquel se hallase insolvente, á menos que la compra se hubiese hecho con voluntad de ella (n. 36. l. 49. tit. 5. p. 5.); sin embargo, lo contrario se verifica respecto de la Iglesia, menor, furioso, pródigo, y demas que se hallan baxo de curaduría y administracion, quando la compreda es hecha por el Síndico, Tutor, Curador ó Administrador, y asi se hace de aquellos la alhaja comprada por estos; pero no si el comprador fuese un extraño, excepto quando este estuviese insolvente; bien es verdad, que si el dueño del dinero fuese soldado, le pertenece qualquiera cosa que con él comprare una persona extraña, aunque esta se halle solvente, y haga la compreda simplemen-

(T) *Vid.* Rox. *de Incompatibilit. part. 5. cap. 6. n. 105. et 114.*

mente, ó á su propio nombre; esto por especial favor y privilegio militar (eod. n. 36.).

31 Disuelto el matrimonio, compete á la muger, y sus herederos contra el marido y los suyos, á efecto de recuperar la dote que hubiese consistido en cantidad, una accion personal y privilegiada, respecto de otros acreedores personales anteriores, nacida de la ficta promision, que de restituirla en aquel evento induce la ley (n. 37. U); á cuyo fin tiene tácita hipoteca en los bienes del marido, y su fiador (eod. n. vers. *Item*, l. 23. tit. 13. p. 5.); aun quando aquel fuese menor de veinte y cinco años, ó la dote putativa, por razon de haberse contraido un matrimonio prohibido, ignorándolo la muger, en cuyo caso tambien pertenece á esta lo adquirido y lucrado durante él, y aun tiene el privilegio de que no puedan ser enagenados sus bienes dotales (eod. num. et vers. X), cesando el derecho de tácita hipoteca respecto de un extraño, que habiendo dado la dote hubiese estipulado su devolucion al mismo; tambien si la esposa lo fuere de futuro, porque sin matrimonio no puede haber dote (eod. num. vers. *Limita tamen.* Z); bien entendido, que dicha tácita hipoteca excluye á los acreedores anteriores que tambien la tengan en los bienes del marido; esto en atencion á la pública utilidad que se interesa en la conservacion de las dotes, ya que las mugeres sufren el obsequio y reverencia que á aquellos deben tener, los peligros del parto, cria, cuidado de los hijos, y demas cargas matrimoniales (eod. num. vers. *Et adde*, l. 23. tit. 3. q. 5.).

El

(U) Carleb. *de Judic. tit. 3. disp. 3. n. 135. et disp. 5.* Parlad. *lib. 1. Rer. Quotid. cap. fin. p. 1. §. 11. ampl. 4.*

(X) *Vid.* Cur. Philip. *part. 2. lib. 2. §. 12. n. 37.*

(Z) *Vid.* Cur. *eod. loc. num. 36.*

32 El derecho de tácita hipoteca que tiene la muger por su dote en los bienes del marido, no toma principio hasta la solucion de ella, aunque el tal prometiese su restitucion con la esperanza de percibirla; de forma, que si el marido, ya contraido el matrimonio, se adeudare con expresa hipoteca en favor de otros acreedores, y despues recibiere la dote, serán estos preferidos á la muger, excepto quando la promision de restituir la dote no recibida se haga por el marido con hipoteca expresa, pues entonces el derecho de ella nace desde luego para que la muger deba ser preferida en concurrencia de otro qualquier acreedor, que despues de la referida promesa contratase con el marido, aun con expresa hipoteca (n. 28. l. 33. tit. 13. p. 5.); de lo qual dexa entenderse, que la muger con tácita hipoteca no tiene prelacion por su dote en los bienes del marido, en competencia de otros acreedores anteriores que la tengan expresa (n. 39. l. 33. tit. 13. p. 5.); y lo mismo sucede aunque la posterior hipoteca de la muger sea tambien de esta qualidad: bien es verdad, que en duda, el crédito dotal se presume anterior á otro qualquier, como se verifica encontrándose dos instrumentos otorgados en un mismo dia por distintos Escribanos, sin que ninguno de ellos contenga la hora de su otorgamiento, en cuyo caso el respectivo á la dote se estimará anterior al otro. Dixe *ante distintos Escribanos*, porque si fuere uno mismo ante quien se hayan otorgado ambos documentos, entonces el primero en el orden y colocacion lo es tambien en quanto á los efectos (n. 40. A): bien entendido, que aunque la muger tenga tácita hipoteca y derecho de prelacion para el cobro

(A) Salg. 2. *Part.* Laber. *cap.* 4. *n.* 169. Dom. Olea, *tit.* 6. *q.* 2. *num.* 14. *et tit.* 8. *quæst.* 3. *num.* 15. *et* 17.

bro de los bienes parafrenales, cuya administracion haya estado en el marido, y no quando la hubiese tenido ella misma; esto procede en concurrencia de acreedores, que carezcan de hipotecas anteriores, pues teniéndolas de esta qualidad, deben preferirse por sus respectivos créditos (eod. num. vers. *Item quæro*, l. 17. tit. 11. p. 4. B): tampoco tiene prelacion para el reintegro de las arras ó donacion *propter nuptias* (XL), mitad de gananciales, vestidos dados por el marido, y demas bienes que no sean dotales, porque en estos trata la muger *de damno vitando*, y en los otros *de lucro captando* (n. 41.).

33 Si la dote hubiese consistido en especie, sin haberse hecho de ella estimacion alguna, aunque durante el matrimonio sea del marido, disuelto vuelve su dominio á la muger; y por lo mismo, como que es acreedora de este derecho, es preferida entonces á otro qualquier acreedor anterior, aun con expresa hipoteca, y puede vindicarlos de su detentador (n. 42.), sin que sea necesaria tradicion alguna para que el dominio de dicha dote regrese á la muger, aunque para su adquisicion debiera intervenir aquel acto, pues mas facil es que una cosa vuelva á su antiguo sistema, que no inducírselo este de nuevo; y asi se advierte (entre otros muchos exemplares), quando el dominio de la cosa vendida con el pacto de la ley comisoria retrocede, *ipso jure*, al vendedor, luego que el comprador no satisfaga el precio dentro del tiempo estipulado (eod. n. 42. vers. *Ex quo textu, et Ex quo primo infero*); en inteli-

(B) Gregor. *in hac leg. glos.* 3.

(XL) Si las arras ó donacion *propter nuptias* se hubiesen dado por aumento de dote, tiene en ellas la muger los mismos privilegios que en esta. Cur. Philip. *part.* 2, *lib.* 2, *cap.* 22. *num.* 32.

ligencia; que el aumento ó daño acaecido sin culpa del marido en la expresada dote inestimada, pertenece á la muger, y por lo mismo á esta no se debe por aquel estimacion alguna de los vestidos, ó animales que al tiempo de la disolucion del matrimonio se encuentren consumidos (eod. num. vers. *Et adde quod tali casu*), á cuyo fin el marido, para exônerarse de esta responsabilidad, como que es una especie de procurador ó guardador de la muger y sus bienes dotales, tiene que acreditar haber estos perecido por uso, casualidad, ú otro motivo en que no haya verificádose culpa suya; bien es verdad, que las ovejas ú otros qualesquier animales deben suplirse de los mismos frutos y efectos que produxeren, por mas que los de los bienes dotales pertenezcan al marido (n. 43. l. 21. tit. 11. p. 4.); advirtiéndose, que si la dote inestimada no consista en especie, sino en género, y de consiguiente en cosas que constan de peso, número ó medida, debe aquel, disuelto el matrimonio, entregar otras del mismo género, ó pagar su estimacion segun la tengan en este tiempo, aunque se hallen gastadas y consumidas las entregadas, por llevar en sí embebida semejante obligacion (eod. n. vers. *Limita tamen*, l. 21. tit. 11. p. 4.).

34 Pero si la dote consistente en especie fuere estimada en términos que su estimacion induzca compreda, entonces el aumento ó detrimento de los tales bienes pertenece al marido, por ser deudor de cantidad; y asi aunque se hallen al tiempo de la disolucion del matrimonio en la misma bondad y sistema que aquel las hubiese recibido, no puede pagarse con ellos la dote á la muger, si no quisiere recibirlos, y apeteciere mas bien percibir su estimacion; tambien se deduce, que si el marido legare á esta la especie dotal estimada, puede la misma pedir por la accion *ex testamento* el le-

legado, y por la de dote solicitar ademas su estimacion; y si la que se diere á los bienes dotales no induzca compreda, y solo se hubiesen tasado y estimado con el único objeto de que se sepa su valor, en este caso, hallándose al tiempo que el matrimonio se disuelva deteriorado, no en su intrínseca bondad, sino en la menos estimacion que el transcurso del tiempo haya motivado, ó por el contrario, se encuentren con mucho mas valor originado de la propia causa, pertenece á la muger este daño ó aumento (n. 44. ll. 18. 19. y 20. tit. 11. p. 4.); con advertencia, que haciéndose dicha tasacion con agravio del marido ó de la muger, debe deshacerse en favor del perjudicado, aunque no exceda de la mitad del justo precio de la cosa dotal (eod. num. vers. *Quod tamen intellige*, l. 16. tit. 11. p. 4.); bien entendido, que si el marido se encuentre insolvente quando el matrimonio se disuelva, aunque los bienes dotales se le hubiesen dado con tal estimacion que causase venta, vuelve *ipso jure* á la muger el dominio de ellos, y de consiguiente no solo es preferida en su percepcion á todo otro acreedor, sino que tambien puede reivindicar los de qualquier poseedor (eodem num. vers. *Quod tamen intellige*).

35 El marido no tiene obligacion de satisfacer á la muger el valor de los bienes parafrenales consumidos en el uso de ambos, con anuencia expresa ó tácita de ella (eod. n. 44. vers. *Et ex superioribus*, et vers. *Tertia conclusio*), excepto en aquello en que resulte utilizado, v. gr. si los tales bienes le hubieren excusado de la obligacion que *alias* tendria de comprar otros de la misma qualidad para el uso de su casa y familia, en cuyo particular son de mejor condicion los bienes parafrenales que los dotales inestimados, pues como los frutos de estos pertenezcan al marido, no es responsable

ble á la consuncion que el uso de los mismos haya causado (eod. num. vers. *Secunda conclusio*).

36 Los derechos inherentes al mismo contrato dotal, quales son los de tácita estipulacion é hipoteca, pasan á los hijos y herederos extraños de la muger; pero el respectivo á esta solamente, como es el privilegio de prelacion, no se transfiere á los herederos extraños, sino solo á los hijos de aquel matrimonio, por la identidad de personas que se estima tener con los padres (n. 45.).

37 Disuelto el matrimonio, debe restituirse la dote por el marido ó sus herederos, siempre que consista en bienes inmuebles, porque siendo en muebles ó cantidad, tiene aquel un año de término para su restitucion, si no que en el instrumento dotal se hubiere asignado menos dilacion (n. 46. l. pen. tit. 11. p. 4.); con advertencia, que los frutos que en dicho intervalo legal ó convencional produxeren los citados bienes muebles de suyo fructuosos, como son los esclavos, jumentos &c., se han de restituir tambien á la muger, quedándole únicamente al marido el uso que haya tenido de ellos; bien es verdad, que siendo cantidad, no se le debe hacer cargo de la usura ó interese que en el citado tiempo le haya producido, y cumple con la mera restitucion de ella (n. 47. C); bien entendido, que el marido ó sus herederos deben prestar alimentos á la muger en el referido intervalo, excepto quando ella tuviese de que alimentarse, ó por muerte de la misma solicitasen sus herederos disfrutar el propio beneficio, ó le fuesen entregados inmediatamente los expresados bienes, sin querer el marido valerse de la dilacion legal ó convencional, ó se tratare de percibir

(C) *L. 26. tit. 11. part. 4. verb.* E no mas.

bir alimentos preteridos, si no que esta qualidad proviniese de la demora, en que la muger hubiese constituido á los herederos del marido, por medio de la peticion de aquellos, ó la muger quisiese compensar (segun está obligada) los frutos que en el citado tiempo produxeren los dichos bienes, con los alimentos que haya de percibir, los quales deben prestarse por los herederos del marido, aunque á ello no alcancen los productos; y si estos excedieren á los alimentos, ha de satisfacerse el exceso por los mismos á la muger; siendo de tener presente, que quedando esta preñada, debe ser alimentada en todo el tiempo de la dilacion, sin embargo de habérsele restituido inmediatamente su dote, ó ella tuviese con que acudir á su manutencion (n. 48. usque ad vers. *Adde tamen*).

38 En los casos en que la muger debe ser alimentada por los herederos del marido, como que es obligacion impuesta por la ley, y no por el hombre, debe ser en las casas de ellos, como no resulte perjuicio, incomodidad, ú otro particular nada decente y honesto á ella (eod. num. vers. *Adde tamen*); con advertencia, que la muger, muerto el marido, puede quedarse en las casas mortuorias, y en la ocupacion de los bienes que se hallen en ellas hasta la solucion de la dote; esto en virtud del derecho de tácita hipoteca que tiene en ellos, á cuyo fin se le debe franquear por el Juez la correspondiente carta de amparo (eod. n. vers. *Item adde*).

39 El marido ó sus hijos, mas no los herederos extraños, gozan en la restitucion de la dote del beneficio de competencia, reducido á no poder ser reconvenidos en mas de lo que pueden hacer (n. 49. l. fin. tit. 11. p. 4.), de cuyo privilegio tambien participa el padre de él, suegro de la muger; y lo mismo el padre de ésta, sue-

suegro del marido, quando se le pide la dote ofrecida durante el matrimonio; porque, si ya disuelto, sea reconvenido, y el yerno debiese lucrar la dote por razon de pacto ú otro motivo, carece aquel del expuesto beneficio; bien entendido, que esta excepcion de competencia es irrenunciable aun con juramento, y puede oponerse despues de la sentencia en la execucion de ella; bien es verdad que no tiene exercicio, no ofrece caucion con fianza, si puede, de pagar íntegramente luego que venga á mejor fortuna, ni en el caso de que la muger esté muy pobre, sin tener efugio alguno para acudir á su manutencion, pues la caridad bien ordenada nace de sí mismo; ni por último, en el caso de que la dote hubiese consistido en especie estimada ó inestimada (eod. num. vers. *Quod primo extende*); sin que sea de omitir, que para la exâccion de la dote, ni se atiende al domicilio del marido, ni menos al de la muger, sino solo al lugar donde se contraxo el matrimonio, excepto si entre los cónyuges se hubiese hecho contraria convencion (num. 50. l. 24. tit. 11. p. 4.).

40 El marido recupera las impensas necesarias hechas en la especie dotal, y tambien las útiles, como sa hayan impendido de consentimiento de la muger, ó esta sea rica, y por lo mismo pueda satisfacerlas cómodamente, pero no las voluntarias, aunque se permite su separacion sin detrimento de la cosa (n. 51. l. fin. tit. 11. p. 4.).

41 La dote confesada, aun con juramento, no prueba su real y efectiva numeracion, ni goza de los privilegios que tiene la verdaderamente recibida, porque esta confesion se presume hecha con el fin de tener mas presto á la muger, ó el de manifestarse con esta y los suyos mas liberal, y asi, disuelto el matri-

monio, puede oponerse por el marido ó sus herederos la excepcion *non numeratæ dotis* dentro de un año, como la disolucion se hubiese verificado á los dos de la confesion dotal; y si despues de ellos, pero en el discurso de los diez, dentro de tres meses; pero disolviéndose el matrimonio despues del decenio, no tiene lugar la referida excepcion, si no que el marido ó sus herederos fuesen menores, y por esto debiesen gozar de la restitucion contra el lapso del expresado tiempo (n. 52. D).

42 La excepcion *non numeratæ dotis* no puede oponerse por el marido, su heredero ó acreedor quando, aunque la dote no fuese efectivamente recibida, el Escribano expresase en el instrumento dotal haberse hecho la numeracion á su presencia, ó aquel hubiese renunciado del beneficio que tiene para proponerla, ó á su sola confesion precediese promision de ella, ó por último la dicha confesion se verificase repetida con intervalo de tiempo (eod. num. vers. *Quod tamen limita*, et *Sexto limita*, l. 9. in fin. tit. 1. p. 5.); en inteligencia, que aunque los acreedores del marido no puedan oponer la excepcion *non numeratæ dotis*, si este hubiese renunciado de ella expresa ó tácitamente por el lapso del tiempo correspondiente, se exceptúan tres casos, quales son: primero, quando aquellos ignorasen la confesion de la dote hecha por el marido su deudor, pues entonces tienen restitucion por la cláusula general *si ex qua alia mihi justa causa*: segundo, si fueren acreedores con expresa hipoteca, cuya circunstancia induce sin duda prelacion en sus créditos: tercero y último, quando la confesion estuviese

(D) Herm. *l. 9. gloss. 5. à n. 45. tit. 1. p. 5.* Vela, *dissert. 12. à num. 68.*

se executada por el marido durante el matrimonio, hallándose pobre y oprimido para la satisfaccion de sus deudas, porque entonces se presume fraudulenta (eodem num. vers. *Unum tamen*).

43 La causa dotal es por su naturaleza breve y sumaria, y asi en ella deben los Jueces proceder sin las dilaciones que admiten otros juicios (eod. n. vers. *Item quæro.* E); advirtiéndose, que su conocimiento pertenece privativamente al Juez Secular, y solo entenderá el Eclesiástico por incidencia, tratándose ante él directamente de la causa matrimonial, y accesoriamente de la dote (n. 53. F): admite apelacion en ambos efectos la sentencia dada sobre este negocio, bien sea en favor del marido, bien en el de la muger, ó bien en el de otro qualquiera (n. 54. XLI).

44 Quando se haya contraido matrimonio prohibido, v. g. entre parientes, sabiéndolo las partes, y habiéndose seguido cópula, incurren en la pena de confiscacion de la dote, y donacion *propter nuptias*; y ademas de todos sus bienes, en caso de no haber hijos de otro matrimonio, destierro, pérdida de honores, y aun azotes, si sean personas viles; pero si uno contraxo *scientèr*, y el otro ignorándolo, é interviniese cópula, la dote ó donacion *propter nuptias* pertenece al que la hubiese recibido; y si no intervino, puede

(E) Barbos. *l.* 1. *p.* 1. *à n.* 42. *Solut. matrim. et n.* 52. *et* 55.

(F) *Vid.* Dom. Castill. *de Alim. cap.* 7. *et* 26. Gutierr. *lib.* 1. *Pract. quæst.* 44. *à num.* 6.

(XLI) Lo contrario se halla mas bien recibido en la Práctica; de forma, que la providencia dada en favor de dote ú alimentos, en caso que la persona que los haya de recibir esté pobre, se executa sin embargo de apelacion, y solo se admite en el efecto devolutivo. Bovad. *lib.* 2. *Polit. cap.* 21. *num.* 134. Dom. Salg. *de Reg.* 2. *part. c.* 1. *et* 2. Gutierr. *in Pract. lib.* 31. *quæst.* 106. *et* 146.

de repetirse por el donante, no por la accion ordinaria, sino por la condicion *sin causa*; advirtiéndose, que lo antedicho solo tiene lugar en la dote, donacion *propter nuptias*, y demas que se hacen por causa del matrimonio, porque las simples que median entre los expresados cónyuges sabedores del insinuado defecto, se confiscan, aunque no se verifique cópula; y si lo ignoraren ambos, pueden repetirse por el que las hizo; pero si el donante lo supo, y el donatario no, queda de este el donadío, habiendo intervenido cópula, y si no intervino, pertenece al Fisco (n. 55. l. 3. tit. 18. part. 7.).

45 En caso que el matrimonio sea nulo, ignorándolo ambos cónyuges, ó la muger solamente, disuelto que sea, ó por muerte, ó por diborcio, la dote putativa goza los privilegios de la verdadera, si sean respectivos al mismo contrato, accion ó donacion dotal, v. gr. el derecho de prelacion, y demas que hasta aquí quedan explicados (n. 56.); pero no si aquellos miran al derecho, virtud y efectos provenientes del matrimonio, quales son, entre otros muchos, el de sucederse recíprocamente los cónyuges en defecto de parientes dentro del grado asignado por la ley: el de la dilacion que tiene el marido para restituir los bienes dotales, que sean muebles, ó consistan en cantidad; bien es verdad, que con arreglo á la ley 81. de Toro, puede el marido putativo acusar al adúltero, lucrar la dote, y hacer lo demas que en este caso le es permitido al que lo sea verdadero (eod. n. vers. *Si verò privilegia*): tambien pueden legitimarse los hijos del tal matrimonio (eod. n. vers. *Ex quibus utilitèr*), y se verifica la recíproca participacion de los bienes gananciales (eod. n. vers. *Item etiam quæro*).

46 Los bienes dotales regularmente no pueden enage-

genarse sin intervenir juramento de la muger; bien que esta, haciéndose la enagenacion por el marido, aun con su permiso jurado, puede repetir el precio de aquellos, y lo mismo aunque el contrato fuese hecho por ambos cónyuges, por presumirse que el dinero de la venta y enagenacion lo percibiria el marido; pero si sola la muger hubiese enagenado, aun con permiso de este, y ella misma percibiere el importe de la cosa, carece de la expuesta repeticion (n. 57.); siendo digno de notar, que aunque la muger hubiese jurado no vender los bienes dotales, ni consentir en su enagenacion, vale no obstante la que despues haga con juramento, á exemplo del matrimonio contraido v. gr. con Juana, sin embargo de haberse jurado antes su celebracion con Antonia, y otros diferentes actos que penden de la mera voluntad del que los executa, porque de lo contrario se verificaria quitársela el arbitrio contra el derecho y libertad natural (n. 58.).

47 La muger, disuelto el matrimonio, no puede aprobar ó ratificar la enagenacion que durante él hizo el marido de los bienes dotales, ni ella misma enagenarlos hasta que real y verdaderamente tome posesion de ellos, porque hasta este acto les dura la qualidad y privilegio de dotales (n. 59.), excepto quando el matrimonio se disolviese por muerte de la muger, en cuyo caso sus herederos, sin la expuesta aprehension, pueden aprobar la enagenacion hecha por el marido, ó ellos mismos executarla de los citados bienes, como tambien la muger, practicándolo con juramento (eodem num. vers. *Ex quo primo*).

48 Quando la muger evinciere la dote que ella misma enagenó, no queda obligado el fiador que intervino para seguridad de la enagenacion (si no que recibiese en sí el peligro, y aseverase que el asunto no era con-

contra ley), ya porque esta fue *ipso jure nulla*, y por lo mismo no puede producir obligacion alguna civil ó natural, que sirva de supuesto para la acusacion de fianza, y ya porque de lo contrario el fiador, luego que pagase, repetiria contra la muger, y esta por un medio indirecto quedaria privada del privilegio que tiene en los bienes dotales; pero si el marido ú otro qualquier extraño los enagenase, queda obligado, tanto él mismo, como el fiador, porque la enagenacion de cosa agena es *ipso jure* válida: la propia distincion se verifica en la enagenacion hecha de bienes inmuebles del menor sin decreto judicial, ó por este ó por el curador, pues executándola el primero, es nula la fianza, y si el segundo, queda por ella obligado asi este como el fiador que la formalizó (n. 60.).

49 Si el marido hubiese enagenado la cosa dotal sin anuencia y consentimiento de la muger, y esta ó sus herederos, disuelto el matrimonio, la reivindicasen, queda obligado á la eviccion y saneamiento del contrato en favor del comprador, si este compró ignorando aquel defecto de solemnidad, y si sabiéndolo, solo será responsable al precio de la cosa enagenada, á semejanza de las de alguna Iglesia, distraidas por su Ecónomo ú otro tercero (n. 61. G).

50 Aunque la enagenacion de la especie dotal se haga por la misma muger con permiso y licencia del marido, no se confirma por la disolucion del matrimonio, como aquella hubiese sido nula, y de consiguiente puede la muger recuperar los citados bienes de qualquier poseedor ó comprador, aunque lo hubiesen ignorado; ya porque en este caso obran propiamente los privilegios concedidos á las mugeres en razon de sus dotes, y

(G) Barbos. *l.* 1. *p.* 5. *à num.* 20. *et* 26. *Solut. Matrim.*

y ya porque aun disuelto el matrimonio, ni pueden ratificar las enagenaciones hechas por sus maridos, ni ellas mismas executarlas hasta que aprehendan la posesion de la dote, segun queda manifestado en el párrafo 47. de esta ley (n. 62. H); sin que sea de omitir, que el marido, durante el matrimonio, puede recuperar la cosa dotal que él mismo hubiese enagenado, lo uno por interesarse en ello la utilidad pública, y lo otro porque aquel no viene contra su propio hecho, sino procede á nombre de la muger, y por intereses de esta; y aunque el marido tambien los tiene en percibir los frutos dotales, pues le pertenecen, claro es que redunda el util de ellos en beneficio de toda su familia; y la misma repeticion pueden hacer el Ecónomo de alguna Iglesia, tutor, curador, y otros semejantes en quanto á los bienes de aquella, impúbero ó menor (n. 63. I).

51 La quinta especie de donacion que se verifica entre los cónyuges, es la simple y gratuita, llamada *inter virum et uxorem*: esta por lo regular es nula, en tanto que ni aun produce obligacion natural, ni por lo mismo admite fiador, siendo el fin de esta prohibicion para que los cónyuges no se desprendiesen facilmente de sus bienes, á conseqüencia del recíproco amor y cariño que el uno al otro se tienen (n. 64. ll. 4. y 5. tit. 11. p. 4.); bien es verdad, que la expuesta donacion se confirma por muerte del que la hace; porque entonces, mediante la permanencia que de su voluntad tuvo el donante, y quedar conferida para despues de su muerte, á semejan-

(H) Giurb. *ad Consuetud. cap.* 15. *glos.* 2. *n.* 4. Barbos. *Rubric. Solut. Matrim.* 3. *part.* 3. *num.* 13. *et* 21.

(I) Guzm. *de Evict. quæst.* 26. *à num.* 69.

janza de un legado, cesa el motivo de la expresada nulidad (n. 65.), necesitándose verdadera ó ficta tradicion de la cosa donada para la dicha confirmacion (eodem num. vers. *Unum tamen*); bien entendido, que esta no se retrotrae al tiempo de la donacion para que se conceptúe desde luego válida, y de consiguiente trasladado el dominio en el donatario, si no solo en quanto á la pertenencia de los frutos producidos en el medio tiempo, cuya confirmacion no se verifica por muerte del donatario, aunque sí por la que de ambos aconteciere á un mismo tiempo, como en alguna ruina, incendio, naufragio &c.: de todo lo qual se deduce, que la citada donacion no se confirma por muerte, quando se verificase premorir el donatario, ó si el donante la revocase expresa ó tácitamente (eod. num. vers. *Adde tamen*, l. 4. tit. 11. p. 4.); en inteligencia, que lo antedicho no procede quando el matrimonio sea nulo, aunque se contraxese ignorando las partes su defecto, pues en este caso lo donado vuelve inmediatamente al donante (eod. num. vers. *Advertendum tamen*).

52 Esta donacion vale en los casos siguientes: primero, quando no sea mera, sino alguna venta, permuta, ú otro contrato oneroso: segundo, haciéndose *causa mortis*; y asi pueden los cónyuges donarse recíprocamente, para que el superviviente lucre los bienes del premuerto por el tiempo de su vida: tercero, si la donacion se executare para conseguir algunos honores, dignidad, ú otra cosa semejante: quarto, quando es remuneratoria; advirtiéndose, que por tal se gradúa la hecha por un marido viejo é innoble en favor de su muger joven é hidalga, por razon de estas dos circunstancias: quinto, si en la dicha donacion se verificare, que aunque el donatario de sus resultas enriquezca, el donante no quede mas pobre,

co-

como sucede renunciando el marido alguna herencia, legado ó fideicomiso con el fin de que el substituto ó heredero legítimo que lo sea, acaso la muger, lo perciba: sexto, quando interviene juramento: séptimo, si debiendo uno á otro alguna cosa, verificado tal dia ó condicion, la entregare antes de que llegue, porque el origen de la que parece gracia, es oneroso y obligatorio: octavo y último, quando la donacion es entre personas Reales: en todos los quales casos cesa la razon de la prohibicion (n. 66. usque ad vers. *Advertendum tamen*); siendo digno de notar, que quanto queda expuesto acerca de la donacion *inter virum et uxorem*, tiene tambien lugar en los cónyuges de presente, y antes de consumado el matrimonio, porque aun se verifica entonces mayor afecto entre ellos, para estimularles á una impremeditada liberalidad de uno á otro (eod. num. vers. *Advertendum tamen*); y aunque por derecho Real la prohibicion de la expresada donacion dura solamente un año contado desde la contraccion del matrimonio, porque hasta entonces se conceptúa el afecto graduado capaz para desprenderse los cónyuges con facilidad de sus caudales, sin embargo pueden verificarse en estas circunstancias las doctrinas antecedentes, confirmándose la donacion hecha dentro del año por su transcurso, ó muerte del donante; y siendo válidas desde luego las que en dicho intervalo y en los ocho casos arriba apuntados se formalizaren (eod. num. vers. *Hodie tamen*, l. 3. tit. 12. lib. 3. For. K).

53 Aunque el cónyuge revoque la donacion hecha al otro, no obra efecto alguno si este tenga ya consumida la cosa donada en términos que no quede mas ri-

(K) Dom. Castill. *lib.* 4. *Controv. c.* 49. *n.* 30.

rico, pero quedándolo, está obligado á satisfacer la estimacion del donadío á aquel que lo executó (n. 67.); siendo digno de advertir, que aquellas dádivas hechas al tiempo de la celebracion del matrimonio por extraños ó amigos en favor de ambos cónyuges, se deben comunicar, como si fuesen gananciales, entre uno y otro; pero si el donante era consanguineo del marido, pertenecen á este solamente; y en el caso de que por aquel se haga la dádiva á la esposa al tiempo de los esponsales, ó en el mismo dia de celebrarse las nupcias, se estima como si el esposo la hubiese executado á la esposa, y produce los mismos efectos que la donacion llamada *Sponsalitia largitas*, de que queda tratado en el principio de esta ley; mas si dicho consanguineo del marido hizo la dádiva á la muger despues de aquel dia, durante el matrimonio, queda reducida á una donacion *inter virum et uxorem*; y por consiguiente se confirmará pasado el año de haberse contraido el matrimonio, excepto si hubo revocacion de ella, ó la muger premuriese (eod. num. ex verb. *Ex quibus utiliter necessario quæro*).

54 Vale la donacion hecha en favor de la concubina, no solo para su retencion, sino tambien para exîgir lo prometido, excepto si el donante fuese Militar, Clérigo, Doctor, Abogado, Caballero del Orden de San Juan, Santiago, ó Calatrava, porque á estos se les confiscan semejantes donaciones, con el fin de estimularles á la separacion de semejantes tratos, tan impropios de sus respectivos ministerios, que á la verdad les impiden la consecucion del fin á que por dichas sus qualidades deben aspirar (eod. n. vers. *Item adde*. L).

La

(L) *Vid.* Antun. *de Donat. l.* 1. *prælud.* 2. §. 7. Dian. *tom.* 8. *tract.* 4. *resol.* 56.

55 La sexta y última donacion que media entre los cónyuges, en la que induce la ley en orden á la comunicacion y division que entre los mismos debe hacerse de todo lo lucrado y adquirido durante el matrimonio, por razon de la sociedad, promiscuo amor y trabajo de ambos en adquirir y conservar, para cuyo conocimiento debe deducirse primeramente los capitales que cada uno hubiese llevado al matrimonio, á fin de que lo que resulte de mas se divida igualmente entre los cónyuges, excepto si entre estos se hubiese pactado la absoluta comunicacion de todos los bienes, no solo lucrados durante el matrimonio; sino tambien de los que á él llevasen (n. 69. l. 1. et seq. tit. 8. lib. 5. Recopil.); debiendo en duda presumirse lucrados y adquiridos durante el matrimonio todos los que se encuentren, no probándose lo contrario; y aun por este inconveniente, y áfin de evitarlo, será muy útil hacer instrumento público de los capitales que lleva uno y otro consorte (n. 70. dict. l. 1. tit. 8. lib. 5. Recopil.); bien es verdad, que todos los frutos que sobraren disuelto el matrimonio, ya sean producidos de los gananciales, ya de los patrimoniales, deben dividirse y comunicarse igualmente (eod. num. vers. *Fructus tamen*, l. 4. tit. 8. lib. 5. Recopil.), aunque uno llevase mas capital que el otro, ó provengan del mayorazgo que algun cónyuge poseyese (eod. n. et vers. verb. *Item extende*); de que se infiere cesar la disputa sobre á quien pertenezcan los frutos de los bienes parafrenales: la misma comunicacion admiten los que estuvieren pendientes, y aparezcan ya á la vista, como la uva, aceytuna, &c.; porque si fueren sembrados, se dividen, aunque todavia no hubiesen nacido; y si no hubiere siembra en el fundo, como cesa el motivo de la comunicacion, solo estará obligado su due-

dueño de satisfacer al otro cónyuge ó herederos de él la mitad del importe de las impensas ó mejoramientos que se verificaren; tambien se comunica el fruto del ganado, aunque no haya nacido (n. 71. l. 10. tit. 4. lib. 3. For. ll.).

56 La comunicacion y division de los expresados bienes cesa en varios casos: primero, entre los esposos de presente antes de la mútua cohabitacion, y que se verifique el cuidado y diligencia de la muger en lo que corresponde; y aun por lo mismo esta no lucra cosa alguna de lo adquirido por el marido en el tiempo del divorcio ó separacion culpable á ella misma, y no quando lo sea al marido por razon de su sevicia y malos tratamientos (n. 72.): segundo, quando sean donados, ó por el Príncipe, como que es privilegio suyo, ó por algun particular, de quien no es presumible hacerlo por contemplacion de la tácita sociedad que se verifica entre los cónyuges, sino por la del propio donatario (eod. num. vers. *Secundus*. M): tercero, siendo en qualquiera manera heredados, bien de pariente, ó bien de algun extraño: quarto, quando sean castrenses, y provenientes de estipendio militar, bien que sus frutos se comunican; pero no si sean quasi castrenses, por no extenderse á estos prohibicion alguna de su division (eod. num. vers. *Tertius est*. N): quinto, siendo enagenados por el marido durante el matrimonio sin fraude, y no para que la muger careciese de este lucro (eod. num. vers. *Quintus est*, l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopil.); y esto aunque sea por donacion, como no se pruebe ser fraudulenta, ó ella

(M) *L. 5. tit. 8. lib. 5. Recopil. Vid. Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 119. et 120.*

(N) *L. 5. tit. 8. lib. 5. Recopil.*

ella lo sea por su naturaleza, qual la que se hace de todos los bienes: pues á inducirse dolo del mismo hecho de donar los bienes lucrados durante el matrimonio, serian estos inalienables y sujetos á restitucion; ademas que la ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. que permite la enagenacion de ellos, habla generalmente, y no excluyó la donacion, que es especie de ella. De que se infiere no poder la muger solicitar parte ó estimacion alguna de los consumidos por el marido en juegos ú otras cosas ilícitas, porque el fin directo en ello no es de defraudar á la muger, sino de soltar la rienda á sus vicios (n. 73.): sexto y último, quando la muger, disuelto el matrimonio, viva luxuriosa y deshonestamente; porque entonces pierde los gananciales que la corresponden, y vuelven á los herederos del marido (eod. n. vers. *Sextus*, l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopilacion).

57 En caso que el marido enagene dolosamente los bienes gananciales durante el matrimonio, y no exîstan, debe satisfacer á la muger de su patrimonio el importe que de ellos corresponda á esta; ó podrá descontársele á aquel en la mitad de gananciales que le pertenecen: y si hecha la correspondiente excusion resultare que el marido no tiene de que hacer pago, podrá repetirse por la accion revocatoria contra los que adquirieron los expresados bienes, y aun desde luego, sin preceder excusion, si exîstieren en poder de ellos (n. 74.).

58 Aunque las leyes, costumbres ó estatutos del domicilio de ambos cónyuges esten diferentes en quanto á la division de gananciales, exâccion de dote, aplicacion de arras, y demas donaciones que median entre aquellos; siempre se ha de atender á las que rijan en el pueblo donde se contraxo el matrimonio, y otorgó

el instrumento dotal (n. 75. l. 24. tit. 11. p. 4.). Siendo de tener presente, que el dominio y posesion de la mitad de gananciales pertenezca á la muger *ipso jure*, sin que preceda para ello tradicion alguna; bien que puede renunciar de este derecho quando le parezca (n. 76. l. 47. vers. fin. tit. 28. p. 3.).

59 La muger no lucra la mitad del usufructo que ya contraido el matrimonio se consolidare con la propiedad respectiva al marido en alguna cosa de su caudal, por quanto aquel derecho se conceptúa dimanado de la misma causa que la propiedad; y por tanto no es cosa distinta de esta para el fin de dicho lucro (n. 78.). En inteligencia, que aunque la muger fallezca sin declarar su voluntad en orden á la aceptacion ó renuncia de las gananciales, se transmite el derecho de ellos á sus herederos, como que es universal y proveniente de la disposicion de la ley (n. 79.). Sin que sea de omitir, que si el marido durante el matrimonio haga algun edificio sobre suelo suyo, aunque lo construido ceda á este, se debe á la muger la mitad de su valor por razon de ganancias, las quales en lo que pertenecen á ella, deben quedar excluidas de la confiscacion hecha al marido de sus bienes (eod. n. vers. *Item quæro*); y las pierde si disuelto el matrimonio cometa adulterio; á exemplo de la herencia, legado ó fideicomiso que por aquel la fuere dexado; y lo mismo la dote (n. 80. l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopil.).

LEY LIV.

La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento, *ni* ab intestato; *pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquier*

quier herencia ex testamento, et ab intestato *con beneficio de inventario, y no de otra manera.*

LEY LV.

La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no pueda hacer contracto alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningun contracto que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda hacer quasi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: & estuviere por sí, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere.

LEY LVI.

Mandamos 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 si el marido se la diere, vala todo lo que la muger hiciere por virtud de la dicha licencia.

LEY LVII.

El Juez con conoscimiento de causa legitima y necesaria compela al marido que dé licencia á su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, & si compelido no se la diere, que el Juez solo se la puede dar.

LEY LVIII.

El marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia, no embargante que la di-

cha licencia no haya precedido; ora la ratificacion sea general, ó especial.

LEY LIX.

Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proxîmo venir, ó corre peligro en la tardanza: que la justicia con conoscimiento de causa seyendo legítima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger, la que el marido le habia de dar: la qual asi dada vala como si del marido sea.

1 Como el marido es dueño de los bienes dotales, su administrador y usufructuario, no admite duda que la muger carece de facultades para contratar en razon de ellos; y por lo mismo parecia que no militando este motivo en los parafrenales (pues el marido solo tiene su administracion), y demas que la muger lleva al matrimonio *extra dotem*, podria esta hacer contratos sobre ellos, aun sin permiso del marido: sin embargo, como quiera que hoy los frutos producidos de qualesquier bienes pertenecen de por mitad á ambos cónyuges, y por esto resulta interesado aquel en las disposiciones y contratos que la muger practique sobre ellos, justamente previno nuestra ley 55., que á este fin haya de intervenir licencia de su marido; y mas quando aquella debe respetar á este como cabeza, y se halla baxo su potestad, principalmente en tres cosas: primera, en quanto á la residencia y cohabitacion que debe hacer con el marido: segunda, en lo respectivo á la prestacion de obras que está obligada á hacerle; y tercera, en lo tocante á la sujecion que debe sufrir á la jurisdiccion y domicilio del marido (número 1.).

Va-

2 Vale el contrato hecho por la muger sin licencia ó ratificacion de su marido, y aun sin la del Juez, siempre que á ella le sea util, á semejanza del formalizado por el menor sin autoridad de su tutor ó curador; y aunque nuestra ley 59. da á entender, que aun en este caso deba intervenir licencia judicial en la expresion *ó provechosa á su muger*, esto no induce necesidad, y sí produce el efecto de la perpetua validacion del contrato, aunque despues aparezca inutil: lo qual no es asi en el que se executa por la muger sin permiso alguno, porque apareciendo despues inutil, se deshace (n. 2.). Advirtiendose, que no es necesaria la licencia del marido quando la muger contrata con él, ó le demanda alimentos, dote ú otro qualquier derecho que le corresponda, en caso de irse aquel empobreciendo (n. 3.). Lo mismo quando ambos tratan con algun tercero, porque este hecho induce un tácito permiso (n. 4.), ó si la muger á presencia del marido practicare el contrato (n. 5.), ó este despues lo ratificare (n. 6.); ó por último, quando aquella con ciencia y paciencia del marido estuviese dedicada á alguna negociacion ú oficio, y quanto á ellos tratare y contratare (n. 7. l. 3. tit. 3. lib. 5. Recopil.).

3 Aunque el contrato hecho por la muger sin licencia del marido tenga la circunstancia del juramento, no vale, porque esta qualidad solo obra quando del acto en que interviene resulta interese unicamente al mismo que lo formaliza, mas no si media el de un tercero, qual es el marido en nuestro caso (n. 8.).

LEY LX.

Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio.

1 Ya queda dicho que todo lo ganado y adquirido durante el matrimonio se divide de por mitad entre marido y muger: bien es verdad que esta no lucra la mitad de los réditos pagados por aquel durante el matrimonio, que sean respectivos á algun censo que sobre sus bienes estuviese cargado antes de contraer el casamiento; porque la parte de la alhaja á que corresponden se conceptúa enagenada desde la imposicion del censo sobre ella. Pero si se redimiere, ó el marido pagare algun débito contraido antes del matrimonio, corresponden sin duda á la muger sus respectivas mitades (in princip. huj. leg. in not. Addic.).

2 Supuesto lo qual se duda si la muger podrá renunciar la parte que de los gananciales la corresponde; con motivo de que pasando, *ipso jure*, á ella el dominio de estos bienes, viene á ser la renuncia una especie de donacion *inter virum et uxorem*, la qual es prohibida; pero como esta traslacion de dominio no es real y verdadera, sino ficta y revocable, de forma que el renunciante no se hace mas pobre, ni disminuye su patrimonio por no haberse verificado efectiva incorporacion en el de dicha mitad de gananciales; justamente nuestra ley 60. permite su renunciacion, bien se haga durante el matrimonio, antes ó despues de él, en cuyo caso no está obligada la muger á pagar de por mitad las deudas contraidas por el marido ya celebrado el casamiento (n. unic.).

LEY LXI.

De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y allegue que se convertió la tal deuda en provecho de la muger. Y

asi

asimismo mandamos, que quando se obligare 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 convertió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada; pero si lo que se convertió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo qual todo lo que dicho es se entienda si no fuere la dicha fianza ú obligacion á mancomun por maravedis de nuestras rentas, ó pechos, ó derechos dellas.

1 Aunque regularmente puede intervenir fianza por qualquier débito y obligacion, no le es facultativo á la muger otorgarla en favor de otro, por la fragilidad de su sexô; á cuyo fin le compete la excepcion del Senado-Consulto Veleyano, no solo para resistir la solucion, sino tambien para repetirla en caso de haberla ya hecho (n. 1. l. 1. y 2. tit. 12. p. 5.); excepto si pasados dos años ratificase la fianza, ó repitiese de nuevo su otorgamiento, ó renunciase de ella, en cuyos tres casos queda eficazmente obligada (eod. n. vers. *Quod tamen*): bien que aun en ellos, intercediendo por el marido, sucede lo contrario, por mas que el débito se hubiese convertido en su utilidad (n. 2. et ist. l. 61.), y esto se acreditase evidentemente, en tanto que ni aun por razon de equidad y accion de *in rem verso* se le podrá obligar á que pague; porque la prohibicion de la ley es general, y constituye diferencia entre este caso, y el de que la muger se obligue de mancomun con su marido (eod. n. vers. *Advertendum tamen*).

2 En caso que la muger se obligue de mancomun con su marido, solo es responsable en quanto á aquello que resulte convertido en utilidad de ella (n. 3.); para lo qual no basta la confesion de la misma, si no es una real y verdadera justificacion, para evitar el fraude que se presume haber intervenido entre los cónyuges (eod. n. vers. *Item quæro*). Y si no resulte utilidad alguna á la muger, queda obligado el marido enteramente, por no ser respectiva á este la razon de dicha prohibicion (eod. n. vers. *Quæro tamen*).

3 La muger bien puede obligarse como principal, y el marido en calidad de fiador; por quanto la prohibicion de nuestra ley procede únicamente en el caso contrario, y en el de que la obligacion sea de mancomun con el marido, no resultando utilizada; bien es verdad que si se acreditare intervencion de fraude en el caso primero tampoco quedará obligada (número 4.).

4 Las protestas solo obran quando son respectivas á un acto que solo pende de la mera voluntad del que lo executa, mas no si para ello concurra tambien disposicion y precepto de ley. De que se deduce, que la protesta que se induce tacitamente en el marido quando contrae de mancomun con la muger, en orden á que la utilidad que á esta resulta no se tenga en concepto de alimentarla, vestirla &c., es de ningun efecto, porque la ley le obliga á esta contribucion; y asi quedará enteramente obligado, si del tal contrato no resulte la muger utilizada en el aumento de su patrimonio, ó en otro qualquier concepto distinto del de la obligacion del marido (n. 5.).

5 Aunque por derecho comun era igual la prohibicion de fianza en la muger, tanto para con un particular, quanto en favor del fisco; hoy á presencia de nues-

nuestra ley sucede lo contrario; y asi queda obligada por débitos públicos y fiscales, bien en concepto de fiadora, bien en el de correa con el marido (n. 6. et ist. l. 61.).

LEY LXII.

Ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de delicto pueda ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona.

1 La muger no puede ser presa por deuda civil (n. 1.): excepto si sea tutora ó curadora de sus hijos, y haya renunciado del Veleyano, y de todo auxîlio legal (n. 2.), ó sea pública ramera; aunque estando casada no debe encarcelarse (n. 1. vers. *Quod tamen intellige.* XLII). En inteligencia, que muger ramera se llama aquella que se trae por el lupanar ó sitio público para excitar á la entrega de su cuerpo, ó la que por lo menos admite á dos, y les lleva su contingente (el qual puede retenerlo, y aun pedir el prometido, respecto de ambos fueros (n. 3. vers. *Item addo*); y aunque no lo interese, siempre que se dé con quarenta; ó por último, se porte con trage y vestimenta propia de tan detestable exercicio (n. 3.).

LEY LXIII.

El derecho de executar por obligacion personal, se prescriva por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ello, se prescriva por veinte, y

(XLII) Aunque la muger ramera no puede ser presa por débito civil estando casada, esto cesa quando el marido lo consiente, y no en otra forma. Dom. Covarrub. *tit.* 8. §. 11. *n.* 6. *de Matrim.*

y no menos: pero donde en la obligacion & hipotheca, ó donde la obligacion es mixta personal y real, la deuda se prescriva por treinta años, y no menos.

1 El derecho de executar por obligacion personal se prescribe por diez años, aunque haya mala fe en el deudor prescribente; porque en esto no se le quita al acreedor la accion ordinaria para solicitar la cobranza del débito, sino solo un procedimiento executivo, como tan rigoroso, en pena de su descuido y negligencia (n. 1. O); pero la misma accion personal contenida en instrumento público y quarentigio dura por veinte años (n. 2.), y aun por treinta siendo hipotecaria, bien se intente contra el deudor ó sus herederos, bien contra un extraño. Con advertencia, que pasados diez años sin haberse pedido los réditos de un censo, no solo queda prescripto el derecho de executar por los pretéritos y devengados en dicho tiempo, sí tambien por los futuros que vayan cayendo (n. 2. vers. *Quoad tertiam.* XLIII.).

2 Tambien se prescribe por el tiempo de treinta años la accion mixta, personal y real, qual es la *familiæ erciscundæ, communi dividundo &c.*, y lo mismo aunque sea *meré* real (n. 2. vers. *Quoad quartum*). Procediendo todo lo antecedente en lo que mira al derecho, accion y remedio para pedir la deuda á aquel que carece de título y derecho en ella; porque si se tra-

(O) Carleb. *de Judic. tit.* 3. *disp.* 4. *nn.* 3. *y* 20.

(XLIII) Quando pasan diez años ó mas sin pedir los réditos de algun censo, se usa y practica la cautela de pedir execucion por los devengados en los nueve años y dos tercios últimos, con la protesta de solicitar los anteriores en via ordinaria.

trate de proceder contra el poseedor de alguna cosa, que lo sea con título y buena fe, no son entonces aplicables las doctrinas de esta ley, y sí las respectivas á la materia de prescripcion de que por ahora se prescinde (n. 3.).

LEY LXIV.

Por quanto en las ordenanzas que hicimos en la Villa de Madrid, á quatro dias del mes de Diciembre, del año pasado de mil y quinientos y dos años hay una ordenanza, el tenor de la qual es este que se sigue.

Otrosi por quanto por la ley por nos fecha en las Cortes de Toledo, ovimos ordenado, que si los deudores que devian algunas deudas, en quien son fechas executiones por contratos, obligaciones, ó por sentencias á pedimento de los creedores, en los deudores, ó en sus bienes, alegaren paga, ó otra excepcion que sea de recibir, que tengan diez dias, para la provar, y no se declara desde quando han de correr los dichos diez dias, declaramos y mandamos, que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion. Y pasados los dichos dias, si no provare la dicha excepcion, que el remate se haga como la dicha ley lo dispone, sin embargo de qualquier apelacion que della se interpusiere dando el creedor las fianzas, como la dicha ley lo manda. Y porque nuestra merced y voluntad es que la dicha ordenanza aya cumplido efecto. Porende mandamos, que lo contenido en ella se guarde, y cumpla, y execute como en ella se contiene, sin embargo de qualquier apelacion, que dellas se interpongan para ante nos, ó para ante los Oidores de nuestras audiencias, ó para ante otros qualesquier Jueces, ó qualquier

quier nullidad que contra la dicha execucion, y remate se alegue.

1 Aunque atendido el derecho antiguo, los instrumentos por públicos y autorizados que fuesen, no traian aparejada execucion, por depender toda la virtud y eficacia de qualquier género de prueba de la sentencia definitiva, excepto en algunos casos especiales, como el de juramento, confesion, testamento y otros (nn. 2. y 3.), sin embargo, hoy pueden mandarse á execucion, aunque carezcan de la cláusula guarentigia (n. 4. l. 1. y 2. tit. 21. lib. 4. Recop.): y solo contra ellos se admiten las excepciones de ley, y en el preciso término de diez dias que corren desde la oposicion; los quales pasados sin haberse propuesto ó justificádose alguna, se debe sentenciar la causa de remate, y proceder á este dándose primeramente por el executante la fianza de la ley de Toledo, reducida á que volverá la cantidad que percibiere siempre que por la superioridad sea revocada la providencia de remate (n. 1.): cuyo efecto no lo suspende apelacion, ni excepcion alguna, sino la de nulidad, proveniente de defecto de jurisdiccion; como si el Juez estuviese recusado, y determinase sin acompañado; pues no habiendo Juez, menos puede haber sentencia (eod. n. 1. in not. Addicion.).

2 No solo ha lugar execucion contra el deudor obligado por instrumento executivo, sino tambien contra sus herederos, cuya qualidad, y la de haber aceptádose la herencia por estos, debe acreditarla el actor, ó al ingreso del juicio, ó en el término de la oposicion (n. 5. P): bien es verdad que no se pue-

de

(P) Dom. Olea, *t. 6. q. 4. n. 12.* Carleb. *de Judic. t. 3. disp. 5. n. 3.*

de executar al heredero dentro del tiempo que la ley le concede para hacer inventario (eod. n. ex verb. *Item etiam intellige.* XLIV). Advirtiéndose, que este derecho executado no solo compete al acreedor, sí tambien á sus herederos (n. 6.): y procede tanto por la deuda, y promision expresa, quanto por la presunta y virtual, qual es la restitucion de la dote, inducida del mismo hecho de haber confesado el marido su entrega y recepcion. Sin que pueda mandarse á execucion el instrumento hecho sobre el inquilinato y satisfaccion de sus alquileres, por los devengados en el tiempo de la tácita reconduccion que haya inducido la permanencia del inquilino en la misma casa, sin embargo de haber transcurrido el tiempo estipulado para el primer arrendamiento: por quanto el referido instrumento no fue prorogado y renovado tácitamente (eod. n. vers. *Item etiam adde*). En inteligencia, que no solo es executivo el instrumento comprehensivo de obligacion pura, sino tambien de la que sea *in diem* ó condicional, venido que sea el dia ó verificada la condicion (n. 7.).

3 Aunque el instrumento esté hecho en pais donde con arreglo á sus leyes no tenga fuerza de executivo, lo será sin embargo en el en que conforme á las suyas la tenga: y por el contrario no deberá mandarse á execucion en este, si segun sus estatutos no tenga efecto executivo, por mas que en aquel lo tuviese; porque en lo respectivo al orden y mé-

(XLIV) Esta doctrina solo procede en quanto á las deudas testamentarias, como legados, fideicomisos &c., mas no respecto de aquellas que contra sí tuviese el difunto en favor de algun otro; las quales pueden pedirse luego que pasen nueve dias de haber aquel fallecido. Gut. *de Jurament. confirm.* 2. *p. c.* 4. *n.* 20. Paz *in sua Prax.* 3. *tit.* 4. *p. c.* 1. *n.* 43.

método judicial son atendibles los establecimientos del territorio donde pende el juicio, aunque en lo que mira á la substancia del contrato prevalecen los de aquel donde se hubiese hecho (n. 8.).

LEY LXV.

La interrupcion en la posesion interrupta causa la prescripcion en la propiedad, y por el contrario la interrupcion en la propiedad interrupta la prescripcion en la posesion.

1 Para la mejor comprehension de esta ley se hace preciso manifestar que hay posesion, dominio ó propiedad, usucapion ó prescripcion, interrupcion y perpetuacion. De la esencia de las dos primeras especies ya queda expuesto lo suficiente en la ley 45. Usucapion ó prescripcion se verifica quando alguno retiene cosa agena con título y buena fe por el tiempo prefinido por derecho. Interrupcion es anulacion ó revocacion de la usucapion y prescripcion ya empezada, v. g. por la reconvencion que se haga al poseedor en aquel tiempo, estando presente, y contesta la demanda; ó en ausencia por sola la citacion y presentacion de libelo. Perpetuacion es prorogacion de la prescripcion; y se verifica únicamente quando el poseedor reconvenido por el dueño de la cosa contesta la demanda, pues desde entonces se le perpetúa á este su accion, y le dura por espacio de quarenta años (n. 1.).

2 Esto supuesto, dexa entenderse la primera parte de esta ley, y redúcese su sentido á que interrumpido el reo, reconvenido en la posesion que tiene sobre la cosa (se entiende de la civil y natu-

ral

ral juntamente, porque no bastará perderse esta, y quedar aquella), se interrumpe la prescripcion en quanto á la propiedad. Interrupcion y pérdida de ambas posesiones se verifica quando por inundacion ú ocupacion de persona poderosa, ú otro motivo semejante, se hace imposible ó dificil la recuperacion de la cosa. Lo mismo por larga ausencia del poseedor, como de diez ó mas años, de que se induce un total olvido y pérdida de la posesion que se tenia en la cosa (n. 2. l. 14. tit. 30. p. 3.).

3 En quanto á la inteligencia del segundo particular que comprehende nuestra ley, no es otra que la de quedar interrumpida la prescripcion de la posesion, verificada interrupcion en la de propiedad. Esta especie se comprehende á la satisfaccion en el caso de que poseyéndose una cosa por año y dia, con título y buena fe, se prescribe con arreglo á la ley Real la posesion de ella: pero si en este intervalo se le pusiere al poseedor demanda de propiedad, queda interrumpida la prescripcion que se iba causando en la expuesta posesion (n. 4. l. 3. tit. 15. lib. 4. Recop.).

LEY LXVI.

Ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero, que le sea puesta, sin que preceda informacion de la deuda, á lo menos sumaria de testigos, ó de escritura autentica.

1 Constando por sumaria informacion de solos dos testigos, aun sin citacion, de la deuda aunque sea ilíquida, pobreza (esto es, que el deudor carece de bienes raices, á lo menos poseidos con título y buena fe, y en el territorio de aquella jurisdiccion; á cuyo fin se

se gradúa por arraigo suficiente el derecho de percibir ciertos réditos anuales sobre finca determinada, y para ello especialmente hipotecada (n. 1.), y sospecha del deudor, debe por este darse fianza de arraigo, para que si se ausentare y desamparare el seguimiento del juicio, no quede este ilusorio: y en caso de negarse á dar esta seguridad, se le debe poner preso hasta que lo execute (n. 2. l. 2. tit. de los empl. lib. 3. for.); ó seqüestrarsele los bienes que tenga, con prohibicion de enagenarlos; todo lo qual procede, no solo respecto del débito puro y de presente, sino tambien del futuro y condicional (eod. n. 2. vers. *Item etiam*).

2 Si la sospecha y causa que motiva dicha fianza ya la hubiese al tiempo del contrato, no está obligado el deudor á darla; debiendo imputarse á sí mismo el acreedor en haber contraido con persona pobre y sospechosa: de forma que la obligacion de afianzar de arraigo solo procede quando el motivo de ello supervino despues del contrato, aunque sea inculpable al mismo deudor (n. 3.).

LEY LXVII.

Ningun juramento, aunque el Juez lo mande hacer, ó la parte lo pida, no se haga en Sant Vicente de Avila, ni en el herrojo de Sancta Agueda, ni sobre altar, ni cuerpo sancto, ni en otra Iglesia juradera, so pena de diez mil maravedis para la nuestra camara, y fisco, al que lo jurare, y al Juez que lo mandare, y al que lo pidiere, ó demandare.

1 Aunque por derecho antiguo qualquier juramento decisorio, ó decalumnia, voluntario ó necesario debia

bia hacerse en el modo y forma comun, no obstante, interviniendo consentimiento y voluntad del interesado, podia formalizarse en qualquier Iglesia, lugar piadoso ó cosa sagrada (n. 1. l. 1. jucta 19. tit. 11. p. 3.); bien que no era, ni es lícito el juramento *Purgationis*, reducido á arrojarse á un inminente peligro, como fuego, guerra &c., y querer perecer en él, si no es cierto lo que se afirma, el qual no produce efecto alguno, aunque de hecho se execute, pues en ello es visto tentar á Dios, mediante á poderse verificar la casualidad de escapar bien de aquel peligro, y atribuirse esta felicidad á una verdadera asercion, que acaso puede ser falsa; y por militar igual inconveniente respecto de las cosas sagradas, que expresa nuestra ley, con motivo de advertirse algunos milagros en ellas, justamente se prohibe jurar sobre las mismas, aunque el Juez lo mande, ó la parte lo pida (eod. num. ex verb. *Quod limita.* XLV); advirtiéndose, que qualquier del pueblo puede acusar el delito en esta ley contenido, por estimarse público, como que mira á la ofensa de Dios é injuria comun, á exemplo del crimen de blasfemia (n. 2.).

LEY LXVIII.

Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion, que si no pagare á ciertos plazos, que caya la heredad en commiso, que se guarde el contrac-

(XLV) El Señor Covarrubias en el libro 6. de sus Varias Resoluciones, cap. 24., refiere dos exemplares del juramento llamado *Purgationis*; y tambien la fórmula de que se usaba para consagrar el hierro ardiendo, á fin de conseguir la indemnidad del inocente, ó el castigo del culpado.

tracto, y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad.

1 Para la perfecta comprehension de esta ley se debe tener presente: primero, que hay propio y verdadero dueño de la cosa, qual es el que tiene un absoluto derecho en ella: segundo, quasi dueño, que es el que la posee con título y buena fe, con motivo de haberla adquirido del que no era señor de ella, creyendo lo fuese, y aun por esto tiene facultad para prescribirla: tercero, propietario, que es el que tiene únicamente la propiedad de la alhaja: quarto, usufructuario, en quien reside solo el usufructo de ella: quinto, superficiario, á quien no compete mas que la superficie de la cosa adquirida, ó por compreda, ó por cierta pension anual, y carece del derecho respectivo al suelo y fundamento de aquella; en inteligencia, que la virtud y efecto de este contrato consiste en poder el superficiario vindicar la cosa en el concepto de señor util; denunciar alguna nueva obra que sobre ella se esté construyendo, bien que pareciendo la superficie por caso fortuito, queda aquel privado de su derecho, aun quando quiera levantarla á sus expensas: sexto, feudatario, que es el que recibe alguna cosa inmueble de su dueño para usarla y usufructuarla, con el gravamen de hacérsele á este por aquel ó sus herederos varones algun servicio personal anualmente (n. 1.): séptimo, enfiteuta, que es el que recibe cosa inmueble de su dueño con traslacion del dominio util, y se impone, ó promete pagar perpetuamente alguna pension anual, en reconocimiento del directo dominio que queda en el dueño de aquella (n. 2. l. pen. et fin. tit. 8. p. 5.): octavo y último, censuario, que es aquel que recibe alguna cosa inmueble

en

en dominio util y directo, con la obligacion de pagar perpetuamente al de quien la adquirió cierta pension anual (eod. num. ex verb. *Quidam est.* XLVI): tambien aquel que por razon de un principal en que se entrega, ó graciosamente impone sobre alhaja suya inmueble algun contingente anual, ó para siempre ó por tiempo: lo mismo el que recibe de otro alguna cantidad, con tal que se haga suya, y quede obligado á la satisfaccion de cierto anual, sin imponerlo sobre cosa alguna, cuyo contrato es lícito, y nada tiene de usurario, por carecer de todo concepto de mutuo; de forma, que en todas tres clases de censo tiene lugar lo prevenido en esta ley (eod. n. vers. *Ex quibus.* XLVII).

2 De las respectivas definiciones del enfiteuta y censuario se infiera diferenciarse uno de otro en que aquel, no pagando en tres años continuos el canon al dueño directo, pierde su derecho, y lo mismo si sin noticiarlo, y requerirle á este primeramente, vendiere ó enagenare la cosa que tiene en enfiteusis; todo lo qual por el contrario se verifica en el censuario, porque este es dueño absoluto de la cosa gravada con el censo, y solo tiene la obligacion de pagar su pension, sin quedarle al que la percibe derecho alguno sobre aquella, excepto si entre los contrayentes se pactare, que no pagándose el censo en este ó esotro tiempo, la

(XLVI) Este censo llaman los Prácticos *reservativo*, por reservarse el que entrega la cosa el derecho de percibir cierto anual en ella. Felician. *de Cens. q.* 1. *n.* 5. *et* 6.

(XLVII) Aunque nuestro Maestro expresa ser legítimo censuario el que recibe de otro alguna cantidad, sin imponerla sobre cosa alguna, á fin de pagarle á este cierto anual, sin embargo lo contrario está mas bien admitido; de forma, que el censo personal es usurario, y de consiguiente ilícito. Vela, *dissert.* 35. *num.* 17. Gutierr. *Pract. Quæst. lib.* 2. *cap.* 177.

la alhaja caiga en comiso, ú otras cosas semejantes, que entonces es con arreglo á nuestra ley, se deberá observar esta convencion (n. 3. l. pen. et fin. tit. 3. p. 5.); y lo mismo la pena puesta en ella, aunque exceda en mas de la mitad del justo precio, por la mucha incertidumbre que en este caso hay para regular la lesion (n. 4.); sin que sea de omitir, que hallándose reconvenidos el enfiteuta, censuario ó inquilino por atrasos de sus respectivas pensiones, y no puedan acreditar su solucion, les bastará manifestar tres documentos de los tres últimos años en que lo hayan executado (n. 5. Q).

LEY LXIX.

Ninguno pueda facer donacion de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes.

1 Aunque, atendido el derecho antiguo, era nula la donacion de todos los bienes presentes y futuros, por ser una especie de pacto y promesa de suceder (de cuya prohibicion y motivos para ella queda expuesto lo suficiente en la exposicion de la ley 22.), y subsistia la hecha únicamente de los presentes, como que el donante podia adquirir en lo futuro, y dexar instituido por heredero á otro distinto del donatario; sin embargo, por nuestra ley 69. está prohibida la donacion de todos los bienes, aunque hecha únicamente de los presentes, por ser una liberalidad que cede en perjuicio del público, é interesarse este en que aquellos no se disipen por sus dueños con tanta prodigalidad (n. 1.), ex-

(Q) *Vid.* Parej. *de Edict. tit. 7. resol.* 10. *à n.* 20. Castill. *de Alim. cap.* 39.

excepto si el donante reservase alguna cosa de consideracion, ó el usufructo de los bienes donados, por el tiempo de su vida; de forma, que pudiese testar de aquella, ó de los frutos que percibiese, ó de su precio (n. 3. R), ó la donacion fuese jurada, á exemplo de la enagenacion de la cosa dotal, contrato de menor, y otros actos, que aunque nulos y reprobados por derecho, subsisten teniendo la circunstancia del juramento; y aunque la donacion hecha de todos los bienes presentes y futuros no vale aun con dicha qualidad, lo motiva ser contra buenas costumbres, y quitarse por ello la libertad de testar, cuyo inconveniente no se verifica en la executada solo de los presentes, mediante la posibilidad de adquirir algunos en adelante, y hacer testamento de ellos (n. 4. S); con advertencia, que careciendo esta donacion de las circunstancias de reserva ó juramento que van expuestas, no vale en cosa alguna, por ser hecha en fraude de la ley; y aunque con arreglo á la ley 9. tit. 4. p. 5. la que excede de 500 sueldos, no valiendo sin insinuacion, subsiste por lo menos en esta cantidad, que necesita semejante solemnidad, ya se manifiesta haber cantidad señalada, en que pueda valer, lo qual no se verifica en nuestro caso (n. 2.).

2 Vale la donacion que en favor de un extraño hace el padre de la quinta parte de su caudal, teniendo hijos, y aunque esté obligado á dexarles precisamente las otras quatro partes, como legítima de ellos; y por lo mismo no teniendo otro caudal de que disponer

(R) Dom. Castill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 53. *num.* 21. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 10. *à num.* 22.

(S) Dom. Covarrub. *in Rubric. de Testam. part.* 2. *num.* 14. Gutierr. *de Juram. Confirmat. cap.* 11. *num.* 13.

ner libremente que el quinto, la donacion que de él haga parece ser de todo lo presente: sin embargo, como en realidad el dominio del caudal reside en el padre, hasta cuya muerte los hijos nada adquieren, y lo que es mas, usufructuar todas las cinco partes, de forma, que con este motivo puede adquirir efectos ó dinero para disponer extra del quinto donado justamente, vale la donacion que de él haga el padre en favor de extraño, aunque tenga hijos (eod. n. vers. *Quarto quæro*).

3 No vale la donacion de todos los bienes presentes, aunque se haga por causa de muerte; porque si executada en estos términos, se equipara á la última voluntad en quanto á sus efectos y confirmacion, no es asi respecto de la forma, solemnidad y ordinacion, en cuyos tres particulares se asemeja al contrato (n. 5. T).

4 Es válida y subsistente la donacion de todo lo presente en favor de Iglesia ó lugar pio, con tal que el donante sea alimentado por estos, pues pudiendo qualquiera ofrecer á la Religion su persona y bienes presentes y futuros, mucho mas podrá donar el caudal presente (n. 6. l. 1. tit. fin. p. 5.).

LEY LXX.

La ley del fuero, que habla cerca de sacar el pariente mas propinquo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, aya tambien lugar, quando se vendiere en él á moneda pública, aunque sea por mandamien-

(T) *Vid.* Dom. Castill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 3. *n.* 11. Parlad. *Rer. quot.* 2. *cap.* 8. *num.* 3. Fontanel. *de Pact. claus.* 4. *glos.* 21. *part.* 2. *num.* 56.

miento de Juez; y los nueve dias que dispone la ley del fuero, se cuenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que lo saca el precio, y haga las otras diligencias que dispone la ley del fuero, y la ley del ordenamiento de Nieva; y asimismo aya de pagar el comprador las costas, y el alcavala, si las pagó el comprador, antes que la cosa asi vendida le sea entregada.

LEY LXXI.

Quando muchas cosas fueren vendidas por un precio, que sea de patrimonio, ó abolengo, que el pariente mas propinquo no pueda sacar la una, y dexar las otras, si no que todas las aya de sacar, ó ninguna dellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso puede el pariente mas propinquo sacar la que dellas quisiere, haciendo las diligencias, y solemnidades en las dichas leyes del fuero, y ordenamiento contenidas.

LEY LXXII.

Quando la cosa, que es de patrimonio, ó abolengo, se vendiere fiada, que el pariente mas propinquo la pueda sacar por tanto, asimismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias dé fianzas bastantes, vista de nuestra Justicia, que pagará los maravedis, porque asi fue vendida al tiempo que el comprador estaba obligado.

LEY LXXIII.

Quando el pariente mas propinquo no quisiere, ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo siguiente en grado la pueda sacar; y ansi vayan de grado en grado por todos los parientes, dentro del quarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del fuero, y ordenamiento.

LEY LXXIV.

Quando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefierase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propinquo.

LEY LXXV.

Si alguno vendiere la parte de alguna heredad, que tiene comun con otro, en caso que, segun la ley de la Partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto sea obligado el que la quisiere sacar, á consignar el precio en el tiempo, y término, y con las diligencias, y solemnidades de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinquo, quando fuera de su patrimonio, y abolengo; de suerte, que lo contenido en la dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes aya lugar, y

se

se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto.

1 El derecho de retracto ya no estaba admitido por derecho comun, mediante á cohartar el libre arbitrio que qualquier dueño tiene en sus cosas para disponer de ellas segun le parezca; pero por nuestras leyes se permite, con motivo de la lícita y natural afeccion que todos tienen á los bienes de sus mayores, y aun de aquí dimana la exclusion que hace á un extraño qualquier consanguineo del difunto, sucediéndole *ab intestato*; la prelacion de la tutela; poder parecer en juicio en favor de pariente sin su mandato; y tener preferencia en acusar el delito cometido contra este (n. 1.): advirtiéndose, que el caso propio del retracto está reducido á que el pariente dentro del quarto grado pueda retraer del comprador dentro de nueve dias, y por el mismo precio la cosa inmueble que le hubiese sido vendida por el consangüineo de aquel, y heredada por este de algun ascendiente comun, de quien tanto el vendedor como el retraente desciendan; porque si el primero que adquirió la alhaja de algun extraño fuese pariente colateral del que intenta el retracto, no tendrá lugar este derecho, aunque sea vendida por hijo, nieto &c. de dicho adquirente, mediante á no descender tambien de este mismo el que trata de retraer (n. 2.); en inteligencia, que la cosa sobre que se intenta el retracto debe ser de abolengo, esto es, habida por el vendedor desde luego de su abuelo, premuerta la persona media, ó adquirida por esta primeramente, y despues por su fallecimiento trasladada por herencia al nieto que ahora vende; de forma, que para haber lugar al retracto no basta que la cosa la haya adquirido de un extraño el padre

del

del vendedor, y despues recaiga en él; antes bien es indispensable que por lo menos dimane del abuelo de este mismo (n. 3.).

2 El hijo natural puede retraer, por fundarse este remedio en el derecho de sangre, y razon de equidad; pero el espurio, incestuoso, ó habido de punible ayuntamiento, como que no es consanguineo cierto, ni del linage, casa y tronco de los padres ó ascendientes, carece de aquel privilegio (n. 4. U).

3 El hijo desheredado tiene derecho de retraer, porque aunque por la exheredacion pierde los de suceder, no es asi respecto de los primordiales de sangre (n. 5.): lo propio por igual motivo se verifica en el que hubiese renunciado con juramento de la herencia del padre (n. 6.), sin que por dicha razon deba denegarse el expuesto beneficio á las personas Eclesiásticas, bien *activè*, tratando estas de retraer, ó bien *pasivè*, vendiendo la cosa, é intentando el retracto un pariente suyo (n. 7. X).

4 Como el derecho de retraer solo compete á los parientes, ni lo transmiten á heredero extraño, muriendo en el medio tiempo que pudiesen haberlo intentado, si no que estuviese preparado por contestacion, ú otro medio (n. 8.); ni lo pueden ceder en favor de persona que por sí carezca del expuesto beneficio (eodem num. vers. *Item quæro.* Z); ni pasa al Monasterio por la entrada en el del pariente á quien correspondiese (n. 9.); ni vendiéndose por aquel la cosa del Religioso propia de abolengo, puede retraerla consan-

(U) Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæst.* 155. Covarrub. *de Matrim. c.* 8. §. 10. *num.* 4.

(X) Id Gutierr. *dict. lib.* 2. *cap.* 156.

(Z) Dom. Olea *de Cess. Jur. tit.* 3. *quæst.* 2.

sanguineo alguno de este, como que el vendedor, en quien reside ya el dominio de ella, es persona extraña respecto del tal retraente (n. 10.).

5 Aunque el pariente del vendedor, que muere en el término de los nueve dias concedidos para intentar el retracto, le sea heredero, no queda excluido de este derecho, como que permanece la razon de parentesco; y lejos de improbar el hecho del difunto, mas bien lo confirma con resistir la venta, queriendo mas bien que esta quede en su favor (n. 10. vers. *Item quæro*).

6 El condenado á muerte civil, qual es el deportado ó destinado á galeras, puede retraer, aunque no haya interpuesto apelacion, ni se halle en el término de ella, por no quedar hoy siervo de pena de resultas de aquella condenacion; pero si este sentenciado á muerte natural carece del expuesto privilegio, excepto si hubiere apelado, ó esté en términos para ello, porque incurre en la servidumbre de pena á conseqüencia de dicha sentencia (n. 11. XLVIII), tambien puede retraer el Juez en el territorio de su jurisdiccion, aunque no contraer, porque la razon de esta prohibicion consiste en el temor é impresion que es presumible en los súbditos para sufrir qualquier perjuicio, siendo aquel parte en el contrato, cuyo inconveniente cesa en el retracto, por estar ya hecho el convenio y ajuste con el comprador quando el Juez llega á intentar aquel remedio (n. 12.).

7 Aunque la cosa la haya comprado algun pariente,

(XLVIII) El condenado á muerte natural con arreglo á la ley 4. de Toro, y lo que expusimos en razon de ella, no queda hoy siervo de pena, y asi puede celebrar contratos, y de consiguiente retraer, aunque no haya apelado, ni esté en tiempo para apelar.

te, puede retraerla otro mas inmediato; y si el comprador y el retraente se hallen en un mismo grado, tendrá lugar este remedio *pro parte* (n. 13.); con advertencia, que el pariente á quien le compete, no puede ser precisado por los contrayentes á que manifieste su voluntad, esto es, si quiere usar de él, ó no, porque á este fin tiene por la ley el término de nueve dias; bien es verdad, que si expresare su voluntad, carece de arbitrio para intentar despues el dicho beneficio (n. 14.).

8 Si fueren vendidas muchas cosas en un mismo precio, todas deben retraerse, y no unas sin otras, excepto si las de cuyo retracto se dispute sean de abolengo, y las demas no tengan esta qualidad, ó cada una tenga su aprecio separado (n. 15.); siendo digno de notar, que aunque la alhaja sea vendida por cierto precio, y alguna otra cosa juntamente, se gradúa por contrato de venta, y de consiguiente ha lugar al retracto, siempre que la cantidad sobrepuje al precio de lo que con ella se diere; pero sucediendo por el contrario, se estima permutacion, y por lo mismo cesa el exercicio del citado remedio (n. 15.).

9 Los nueve dias concedidos por la ley para el retracto empiezan á correr desde la entrega de la cosa, y no desde el tiempo del contrato, ya porque el establecimiento fue para que la alhaja de abolengo no saliese de la familia, cuyo concepto no se verifica hasta su entrega, como que antes de ella ni hay enagenacion, ni por consiguiente traslacion de dominio, y ya porque de lo contrario seria muy facil que el pariente que hubiera de retraer careciese de noticia para ello, haciéndose la venta sigilosamente entre los contrayentes sin entrega de la cosa, y asi quedaria defraudado del expuesto beneficio (n. 16.); y aunque nuestra ley 70.

pre-

previene, que el expresado término corra desde el dia del remate en las ventas judiciales, lo motiva ser un acto público, de suerte, que puede facilmente saberse por algun pariente, y este intentar el retracto (eod. n. vers. *Nec obstante*); en inteligencia, que la tradicion desde que corren los nueve dias en las enagenaciones de particulares ha de ser real y verdadera, mediante á que siendo ficta, se verifica el inconveniente de no ser facil llegue á noticia de los parientes la venta de la cosa (n. 17.).

10 Si la venta se hubiere hecho con el pacto de *retrovendendo*, aunque el pariente acuda en el término de los nueve dias á retraer la alhaja, no tendrá efecto su intento, como el vendedor dentro del mismo tiempo quiera quedarse con ella, á conseqüencia de la expuesta convencion (n. 18.); y aun podrá solicitar que el retraente se la restituya, en caso de haberse ya entregado en ella, mediante á que el traspaso que le hizo el comprador, en virtud del retracto, llevaba consigo el gravamen del pacto con que él estaba obligado al vendedor (eod. num. vers. *Majus tamen dubium*); siendo digno de notar, que en la permuta no tiene lugar el retracto, por no intervenir precio alguno que pueda consignar el pariente, á quien en otros términos pudiera competirle aquel beneficio, y hablar las leyes que tratan de él en concepto de venta, y no en el de otra clase de enagenacion (n. 19.); pudiendo sin duda retraerse la cosa dada *in solutum*, ya porque este acto tiene virtud y fuerza de venta, y ya porque se verificarian muchos fraudes, mudándosele por las partes el nombre al contrato, segun pueden hacerlo con mucha facilidad (n. 20.).

11 Quando la venta es condicional no empiezan á correr los nueve dias hasta que se verifique la condi-

dicion (n. 21.), cuyo término es único para todos los parientes sucesivamente hasta el quarto grado; de forma, que si el que se hallare con mas inmediacion, se esté quieto sin deducir su intento, puede usar el que le subsiga de uno de dos remedios, ó estrecharle á que declare su voluntad en orden á si quiere retraer, para que renunciando de su derecho el primero, pueda el segundo usar del que le competa; ó intentar desde luego el retracto con los requisitos correspondientes, para en el caso que el consanguineo mas próxîmo no quiera retraer la cosa vendida (num. 21. vers. *Item quæro*).

12 Aunque la venta fuere al fiado, puede retraerse la alhaja del comprador por el pariente inmediato, sin la obligacion de consignar su precio dentro de los nueve dias, que aun en este caso corren desde la tradicion de aquella, y sí con la de proporcionar en el mismo término suficientes fianzas á pagarlo al plazo que se hubiese estipulado entre vendedor y comprador (n. 22.): tambien tiene lugar el retracto quando la cosa, aunque en realidad no se venda, si por lo menos se hipoteca ó grava por un precio quasi equivalente á lo que ella misma importa; de suerte que no sea esperable su libertad (n. 23.).

13 Pasado el término de los nueve dias no puede intentarse el retracto, aunque la cosa vuelva al mismo vendedor, ó á alguno de sus hijos por quienes se formalice segunda venta; por quanto aquella una vez que se hizo enagenable por la aquietacion que tuvo el interesado en retraerla dentro del expresado término, permanece perpetuamente de la propia naturaleza, á exemplo de la alhaja opignorada, que una vez enagenada por el deudor pignoraticio con permiso del acreedor, aunque vuelva por algun acaso al primero, no re-

recupera el segundo el derecho de prenda que en ella tenia anteriormente (n. 24.).

14 Los nueve dias para el retracto (en que se computa el en que se celebró la venta) corren *de momento ad momentum*, de suerte, que hecha la enagenacion á las doce del dia Lunes, no finaliza el término hasta igual hora del Martes de la siguiente semana (n. 25.); advirtiéndose, que aunque el pariente se halle presente á la venta de la cosa, y no la contradiga, puede no obstante retraerla despues, ya porque su taciturnidad solo puede inducir un medio entre consentimiento y contradiccion, y ya porque necesitándose de efectiva consignacion del precio, en tanto que no basta hacerla sin individualidad del quanto, como manifestando algun bolso que contuviese dinero, es presumible que el tal consanguineo no lo tuviese á mano para aprontarlo, y que por lo mismo reservó executarlo despues en el término que para ello concede la ley (n. 26.).

15 El que tuviere con otro alguna cosa en comun puede retraer del comprador la parte que su consocio le hubiese vendido, executándolo dentro de los nueve dias (eod. num. vers. *Item quæro*, ist. l. 75. Taur.); y esto aunque el tal retraente tenga una parte muy escasa en la alhaja comun, á exemplo del que teniendo la misma en un siervo, y le quiere dar libertad, puede obligar al consocio en su dominio á vender la que á este corresponda, para que aquel execute el expuesto beneficio sin obstáculo alguno: lo propio se verifica quando se quiere construir Iglesia ó Monasterio en un fundo comun por el dueño de alguna pequeña parte de él, en cuyo caso el consocio está obligado á desprenderse de la que toca para un fin tan recomendable; bien es verdad, que por ser un negocio de que resulta al comun notoria utilidad por el fomento de la Religion,

gion, se le puede precisar á qualquier dueño, aunque absoluto de la cosa, á que la venda enteramente para levantar de nuevo Iglesia, Monasterio, ú otro lugar pio (n. 27. vers. *Quod etiam*): bien entendido, que para que el socio pueda intentar el retracto, lo ha de ser *pro indiviso* (n. 27. l. 55. tit. 5. p. 5.).

16 La muger no lucra la mitad de la alhaja que el marido durante el matrimonio hubiese retraido, como pariente del vendedor, sino solamente la de su estimacion, por quanto esta adquisicion proviene de un derecho especial y privilegiado de sangre, y por lo mismo de la afeccion que se tiene por qualquiera á las cosas de sus mayores, cuya razon no milita para con la muger del que retraxo (n. 28.).

17 Si hubiese frutos pendientes en la cosa al tiempo de su venta, deben tambien restituirse, ó su estimacion, al retraente, porque este remedio repone la cosa al ser y estado que tenia en poder del vendedor; á que se agrega, que los frutos se estiman parte del fundo, y restituyéndose este, es consiguiente que lo mismo suceda con aquellos, mayormente quando el comprador carece de buena fe, como que sabia, ó debia saber, que la cosa la habia de restituir en los nueve dias del retracto (n. 29. A): sin que sea de omitir, que aunque no se quede con la cosa el comprador de ella en el caso del retracto, debe pagar alcabala, por haber perfeccionádose el contrato, y de él habérsele adquirido derecho á la Real Hacienda; bien es verdad, que despues tiene que satisfacerla el retraente al citado comprador, como que el retracto es una subrogacion de la primera venta (n. 30. et l. 70. Taur.).

No

(A) Gutierr. *lib. Pract. quæst.* 158.

18 No solo compete el derecho del retracto al pariente mas propinquo del vendedor, sino tambien al dueño directo quando la cosa se vende por el superficiario que le preste alguna anual, y no en otra forma; á este quando aquel vende el suelo de ella; tambien al socio, segun queda manifestado; pero siempre se ha de usar de dicho remedio por todos estos en el expresado término de los nueve dias, debiendo preferirse el superficiario y señor directo á sus respectivos parientes ó consocios (n. 31. et l. 74. Taur.): en inteligencia, que ni por ley Civil ni Real disposicion se le permite al usufructuario el derecho de retracto, porque no es dueño, ó *quasi* directo ó util de la cosa que usufructúa, y de consiguiente carece de parte alguna substancial en ella; y aunque el usufructo se considera parte de dominio, esto se verifica únicamente quando está unido con la propiedad, y no si de ella estuviere separado (n. 32.): tampoco puede el propietario retraer el usufructo vendido por el usufructuario, por consolidarse en este exênto con la propiedad; sí bien es cierto, que la comodidad de aquel derecho queda efectivamente enagenada, ni en ella tiene lugar el retracto, porque respecto de la misma no hay comunion ó sociedad alguna con el propietario (n. 33. l. 25. tit. 31. p. 3.).

19 En caso que la propiedad de la cosa sea vendida por su dueño al mismo usufructuario, no puede retraer el pariente ó consocio del propietario otra cosa que la mera propiedad, debiendo permanecer el usufructo en el mismo comprador que lo tenia, porque de lo contrario el retracto se extenderia á mas que á lo vendido y enagenado, que fuera absurdo; y en todo caso tendria el retraente, á lo menos por razon de equidad, que constituirle nuevo usufructo al expresado com-

comprador, como que se halla inculpable en la citada consolidacion (n. 34.).

20 Por el retracto no se rescinde la primera venta, ni de consiguiente se constituye nuevo título de ella en el consanguineo que lo deduxo, y solo se verifica una traslacion y subrogacion de un acto, y sus efectos al otro (n. 35.): no siendo de omitir, que la accion que se intenta en este remedio es personal, no *nativa*, sino *dativa*, concedida por la ley, y llamado, *condictio ex lege*, la qual es *in rem scripta*, como que compete contra qualquier poseedor (n. 36.).

LEY LXXVI.

Mandamos, que ninguna de nuestras Justicias por enemigo den rebeldía sin provanza legítima, y pasados tres meses á lo menos despues de la condemnacion, y que sea pedido por el acusador, y si de otra manera la dieren, que sea en sí ninguna la sentencia que sobre ello se diere, en lo que toca á darlo por enemigo.

1 Aunque, atendido el derecho antiguo, no se podia proceder criminalmente contra el reo ausente por delito que mereciese pena corporal, sino en ciertos casos especiales (ex n. 1. ad 7. inclus.), hoy por ley Real sucede lo contrario indistintamente, debiéndose citar al reo ausente por tres veces con término de nueve dias en cada una, si se halle dentro de la jurisdiccion del Juez que conozca de la causa, y si fuera de ella con la de veinte dias, y pregonarse ademas en cada citacion, que se hará en la casa y familia del delinqüente; y por último fixarse edictos expresivos del delito, su perpetrador, señalamiento de tér-

término, y pregones que se hayan dado: despues se pone la acusacion correspondiente con término de tres dias, los quales pasados, y acusada la rebeldía, se concluye, y recibe la causa á prueba con el término competente, dentro del qual debe el Juez hacer inquisicion de la inocencia del reo ausente: pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas con el de tres dias para tachar á los testigos, y se concluye para definitiva, por la qual, hallándose méritos é indicios suficientes para tormento, se le debe condenar al reo en la pena ordinaria del delito; con advertencia, que la ley Real expresiva de lo referido procede aunque el reo ausente sea menor de veinte y cinco años, como tenga cumplidos diez y medio, por ser ya de esta edad capaz de delito, y esforzarlo mas y mas su ausencia y rebeldía (n. 8. l. 3. tit. 10. lib. 4. Recop.): sin que sea extraña la citada Real deliberacion en quanto á permitir se condene en pena capital al reo ausente, pues para esto previene haya de preceder su legítima y repetida citacion, con prueba plena ó presuntiva del delito; con lo que concurre la tácita confesion del mismo delinqüente inducida por su fuga y rebeldía (eod. num. et ejus vers. et nn. 9. et 10.

2 Presentándose, ó siendo preso el reo ausente antes de la sentencia definitiva, se le debe oir enteramente, y subsisten contra él las pruebas hechas en su ausencia con la misma virtud y fuerza que si estuviesen practicadas en presencia; bien es verdad que el efecto causado por su fuga cesa luego que se le prende ó se presenta, y de consiguiente, no habiendo en el proceso otra prueba que la de indicios suficientes para tormento, no deberá ser condenado en la pena ordinaria del delito, como deberia serlo permaneciendo ausen-

te (n. 11.): siendo digno de notar, que la fuga puede ser delito de por sí tal, que justificada haya de ser castigada inmediatamente, ó prueba, presuncion é indicio de otro crimen principal, como hurto, homicidio &c., en cuyo último caso si el reo huyere de la prision en que estaba, es habido por confeso, é incurre en la pena ordinaria del delito; pero si, no hallándose en prision, se verificare la fuga de sus casas ó territorio del Juez que deba conocer, entonces no induce este hecho mas que un indicio suficiente para tormento, el qual se verifica aunque el reo haga fuga despues de la acusacion é inquisicion del delito (n. 14.).

3 Si el reo ausente fuere preso, ó se presentare despues de la sentencia, se debe executar esta, porque permanece todo lo hecho en la misma virtud que si se hubiese practicado en presencia de aquel; pero para esto ha de concurrir que la acusacion ó inquisicion no sea nula, ó por defecto en el acusador, ó el de la forma correspondiente, ó por otro algun motivo; y tambien debe acreditarse de mandato judicial la identidad de la persona del delinqüente, bien por su confesion, bien por otra legítima prueba, debiendo asimismo oírsele en razon de su inocencia; advirtiéndose, que sobre averiguar la del reo ausente, debe el Juez hacer por todos medios quanto pueda, bien proceda de oficio, bien á pedimento de parte (n. 13.); y si advirtiere del proceso hallarse indemne el acusado, debe absolverlo aunque permanezca ausente (n. 14.); pero hallando el asunto en unos términos neutrales, de suerte que no se encuentren indicios suficientes para tormento, que juntos con la sospecha de fuga induzcan á la condenacion del reo; ni por otro lado su absoluta inculpabilidad, debe el Juez dexar la causa indecisa, y mas no habiendo quien le inste á su finalizacion; sin

que

que sea de omitir, que aunque se verifiquen ademas de la fuga los mas vehementes indicios contra el reo, no se debe condenar á este en quanto á cometerle al ofendido su execucion, porque debiéndosele dar audiencia, si pareciere, en razon de su disculpa, se le quitaria este efugio, pudiendo acontecer que el acusador le matase primeramente en uso de su cometido; y asi solo podrá dársele á este semejante facultad quando el delito aparezca justificadísimo, de suerte que no haya la mas leve duda (eod. num. ex verb. *Postremò tamen*); en inteligencia, que la comision que se da al acusador para vengar su ofensa no es contra el precepto divino *ne occides*, porque la ley positiva en ciertos casos y circunstancias puede alterarlo, y mas en este, como que el fin es refrenar la maldad del hombre; á que se agrega que el derecho positivo no quita ni puede el pecado que cometerá el tal acusador, si en su cometido no se portase con el zelo de justicia, sino por odio, rencor y mala voluntad; antes bien el fin de la ley es alzar la pena en que *aliàs* incurriria el tal ofensor (n. 15. et 18.).

4 Aunque el acusador no puede delegar el cometido de vengar su ofensa á otra persona que á sus hijos, por ser un negocio personalísimo (n. 17.), bien se le permite llevar algun acompañado que le auxîlie, en caso de que de otro modo no pueda executar su comision; porque permitido el fin, es visto estarlo tambien los medios de conseguirlo (n. 16.).

5 La comision que se da al ofendido para matar al reo fugitivo no se extiende fuera de los dominios del Rey que la concede (n. 17. vers. *Item adde, quod non potest*), ni tiene lugar una vez que al delinqüente se le hubiese ya preso (eod. num. vers. *Item adde, quod postquam*), ni para executarla se puede usar de

veneno, ú otro medio proditorio; bien que si de hecho asi se practicase, no quedará responsable por todo el delito el tal comisionado, sino solamente en quanto al exceso y modo con que hizo la muerte, y de consiguiente se le impondrá una pena arbitraria (eodem num. vers. *Item adde, quod talis offensus*).

LEY LXXVII.

Por el delicto que el marido, ó la muger cometiere, aunque sea de heregía, ó de otra qualquier qualidad, no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio: mandamos, que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto de los bienes, de qualquier dellos, sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal qualidad, que imponga la pena ipso jure.

1 Aunque entre marido y muger deben comunicarse los bienes superlucrados durante el matrimonio, por razon de la sociedad que entre ellos induce la ley, sin embargo, como un socio ni puede disponer de los bienes del otro, ni este queda obligado por el delito de aquel, es consiguiente que un cónyuge no pierde la mitad de sus gananciales (cuyo dominio se le transfiere *ipso jure*) por delito del otro (nn. 1. y 2.); y aunque el marido tiene la administracion de todo lo superlucrado, y puede enagenarlo, esto procede por contrato, y no por delito, á exemplo del hijo respecto del peculio castrense, y del administrador *cum libera*, en quanto á los bienes de su administracion (números 4. y 5.).

LEY LXXVIII.

La muger durante el matrimonio por el delicto puede perder en parte, ó en todos sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra qualquier qualidad que sean.

1 Por derecho antiguo no era confiscable la dote sino en ciertos casos, y por determinados delitos; pero nuestra ley previene lo contrario, estableciendo, que en quanto á este particular sea reputada como otros qualesquier bienes, y de consiguiente pueda confiscarse por todo crimen, por cuya comision se incurra en esta pena (nn. 1. y 2.), excepto quando hubiese intervenido pacto de lucrar el marido la dote, en cuyo caso el delito de la muger no perjudicará esta convencion (n. 3.).

2 Siendo el marido el delinqüente, queda ilesa á la muger su dote, y aun se le debe restituir á esta su manejo y administracion, para que con su producto acuda á la manutencion de su casa y familia, pues este es un caso en que el marido viene á pobreza por su culpa (nn. 4. y 5. l. 7. tit. 8. p. 3.); pero si la muger cometió el delito, indistintamente se le confisca la dote con los demas bienes, derechos y acciones de su pertenencia; y esto aunque se verificase su perpetracion durante el matrimonio, cuya confiscacion se extiende aun al usufructo perteneciente al marido, porque la ley no la ciñe solamente á la propiedad, como que usa de expresiones generales: con advertencia, que todo lo antedicho procede quando los bienes dotales fueron propios de la muger, mas no si el padre, ó algun extraño que los dió hubiese pactado se le habian

de devolver disuelto el matrimonio (n. 5. vers. *Si verò mulier*, et n. 6.).

LEY LXXIX.

Ordenamos, y mandamos, que las leyes destos nuestros Reynos, que disponen que los hijosdalgo, y otras personas por deuda no puedan ser presos, que no ayan lugar, ni se platiquen, si la tal deuda descendiere de delicto, ó quasi delicto; antes mandamos, que por las dichas deudas esten presos, como no fuesen hijosdalgo, ó exêmptos.

1 Qualquier deudor puede ser preso por deuda hasta que la pague, ó por lo menos haga cesion de sus bienes, para que los acreedores se reintegren en sus desembolsos, sin quedarle al cediente otra cosa que el vestido ordinario (n. 1. l. 1. y 4. tit. fin. p. 5. B) (XLIX): el efecto de esta cesion es que el deudor no pueda despues ser reconvenido por sus acreedores, aunque venga á mejor fortuna, pues solamente les estará obligado en lo que pueda hacer cómodamente, y con reserva de lo necesario para su manutencion (n. 2. l. 3. tit. fin. p. 5. C), cuyo privilegio cesa quando el deudor hubiese á este fin enagenado sus bienes fraudulentamente (eod. num. L), y tambien

(B) *LL. 4. 5. 6. et 7. tit. 16. lib. 5. Recopil.*
(C) *Vid.* Dom. Salg. *in Laberint. p. 3. c. 16. nn. 60. 66. et seq.*

(XLIX) Tambien deben reservarse al deudor cediente los instrumentos de su arte para mantenerse. Paz, *in sua Prax. 1. tom. 4. part. cap. 5. num. 9.*

(L) Si los bienes enagenados fraudulentamente por el deudor puedan

bien respecto del fiador, pues este debe pagar enteramente, como dicho beneficio es personalísimo (eodem num. l. 3. tit. fin. p. 5.); bien entendido, que hoy el deudor no se libra por cesion, antes bien no bastando sus bienes para satisfacer á los acreedores, debe entregarse á estos por su orden para que les sirva, hasta ir extinguiendo con su personalidad lo que hubiese quedado debiendo (eod. num. ll. 4. 5. 6. et 7. tit. 16. lib. 5. Recopil. LI).

2 El hidalgo no puede ser preso por deuda, si no que descienda de delito, ó *quasi* delito, en tanto que ni aun puede renunciar este beneficio, ya por ser público, como que está concedido á toda la nobleza, y ya porque ninguno es dueño de su cuerpo para querer se le moleste en una prision (n. 3. l. 6. tit. 2. lib. 6. Recopil. D); bien es verdad, que el expuesto privilegio cesa quando el noble al tiempo del contrato negó serlo, sabiendo su nacimiento, é ignorándolo el acreedor con quien trataba (n. 4. E).

3 Si el deudor plebeyo se refugiare á sagrado, puede sacársele de él por el Juez Secular, impartiendo auxîlio del Eclesiástico, y dando caucion á este de no proceder contra aquel á imponerle pena corporal; y en caso que el Juez Eclesiástico no quiera condescender á la súplica del Secular, podrá este sacar al reo de la Iglesia, como lo execute sin escándalo (n. 5. l. fin. tit.

dan recuperarse, gozará del beneficio de competencia. Dom. Salg. *in Laberint. part.* 1. *cap.* 1. *et* 14. *et part.* 3. *cap.* 16. *ex num.* 1. *et* 18.

(LI) Las disposiciones de estas leyes, como tan contrarias á la equidad, no se hallan en observancia. Dom. Larr. *deciss.* 9. *num.* 51.

(D) *Vid.* Cur. Philip. 2. *part.* §. 17. *num.* 14.

(E) Rodrig. *de Execut. cap.* 5. *n.* 43. Gutierr. *de Juram. Confirm. part.* 1. *cap.* 16. *n.* 25. *et* 26.

tit. 2. lib. 1. Recopil. LII): siendo digno de advertir, que en el caso de esta ley se estima por deuda procedida de delito, ó *quasi* la que se verifica de alguna especie que v. gr. sea hurtada, bien sea principal, ó accesoriamente de oficio del Juez; tambien quando á consequencia de algun delito se hace en el derecho estimacion civilmente de cantidad; ó por último, si ademas de la pena corporal se condene al reo en algun interese aplicado á la parte (eod. n. 5. vers. *Item quæro*).

4 Noble se llama aquel que proviene de antiguo y distinguido linage, ó el que por razon de la dignidad, oficio, ministerio ó ciencia que profesa está exênto de los tributos y demas cargas que sufren los plebeyos, á cuyo fin no obstará que la madre sea innoble, porque en este particular siguen los hijos la condicion de los padres (n. 6. l. 2. y 3. tit. 21. p. 1. y 2. tit. 10. p. 7.); y esto aunque sean naturales *tantum*, por ser la nobleza un derecho privilegiado de sangre, de que estos tambien participan (eod. num. ex verb. *Item etiam*, l. 1. tit. 11. p. 7.); bien que la madre de ellos ha de haber sido única concubina y recogida en sus casas (eod. num. ex verb. *Quod tamen limita*, l. 3. tit. 11. p. 4.): siendo de reflexar, que en lo tocante al estado de la persona siguen los hijos naturales la condicion de la madre, porque esta puede aprovecharles en los tres tiempos de la concepcion, el de la natividad y el del intermedio (eod. num. ex verb. *Et si quæras*); en inteligencia, que aunque la muger que casa con el noble se

(LII) Esta ley Real no tiene observancia, por estar dispuesto lo contrario por derecho Canónico, que es el que en esta materia debe ser atendido. Dom. Covarrub. *lib.* 2. *Variar. cap.* 20. *num.* 14. *et* 16.

se hace tal, y participa de este honor en su viudedad hasta contraer segundo matrimonio, no sucede asi por el contrario (eod. num. ex verb. *Item adde*, l. 3. tit. 21. p. 2.).

LEY LXXX.

El marido no pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros, seyendo vivos, mas que ambos adúlteros, y adúltera los aya de acusar, ó á ninguno.

LEY LXXXI.

Si alguna muger, estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia, cometiere adulterio, que aunque se diga, y prueve por algunas causas, y razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad, ó afinidad dentro del quarto grado, ora porque qualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó aya fecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no pueda deshacer lo que no debian: que por esto no se escusen á que el marido pueda acusar de adulterio, asi á la muger, como al adúltero, como si el matrimonio fuese verdadero. Y mandamos, que en estos tales, que asi avemos por adúlteros, y en sus bienes se execute lo contenido en la ley del fuero de las leyes fabla cerca de los que cometen el delicto de adulterio.

LEY LXXXII.

El marido, que matare por su propia autoridad al adúltero, y la adúltera, aunque los tome in flagranti delicto, y sea justamente hecha de la muerte, no gane la dote, ni los bienes del que matare, salvo si los matare, ó condemnare por autoridad de nuestra Justicia; que en tal caso mandamos, que se guarde la ley del fuero de las leyes, que en este caso disponen.

1 Para la mejor inteligencia de estas leyes es de suponer, que siempre fue prohibido por derecho natural y divino todo acceso carnal fuera del matrimonio, el qual fue instituido por Dios nuestro Señor desde el principio del mundo con el fin de la generacion, y evitar toda fornicacion (n. 4.).

2 Por derecho positivo es prohibido el acceso con doncella, llamado *estupro*, aunque ella consienta, pues siempre se presume seducida por el hombre, el qual queda obligado, ó á llevarla en matrimonio, ó á dotarla, en tanto que si no quiere, ó no puede hacer uno ú otro, debe imponérsele alguna pena, como tambien si, aunque la dote, repugne el casamiento; pero si constare claramente no haber intervenido engaño, ni la mas mínima seduccion, antes bien ella oficiosamente, y de su libre y espontanea voluntad se hubiese entregado al estupro, queda exênto de su pena el estuprante: todo esto con arreglo al cap. 1. *de Adult. et ejus pen.*, observado inconcusamente en nuestro Reyno (nn. 5. 6. 7. 8. 9. y 10.). Procediendo la obligacion de dotar el hombre á la estuprada, aunque esta case con otro, y tenga por distinto conducto la dote com-

competente, á exemplo del acreedor de alimentos, que aunque de los suyos se mantenga, puede pedir los que se le estuviesen debiendo (nn. 11. 12. y 13.).

3 Tambien era prohibido el acceso con viuda honesta y recogida; pero atendida la general costumbre del Reyno, se halla permitido y tolerado, y de consiguiente ni se acusa este delito, ni sobre él se procede de oficio; ni por último se les impone á aquellos pena alguna (n. 14.).

4 Asimismo es punible el incesto con pena arbitraria, confiscacion de la mitad de los bienes, no habiendo hijos del primer matrimonio, cuyo delito se verifica quando se tiene acceso con alguna descendiente *in infinitum*, ó colateral dentro del quarto grado, aunque lo sea por afinidad, y haya muerto su marido, pariente del que tiene el acceso, ó sea con alguna Monja, ó Religioso con soltera (n. 15.).

5 Aunque el incesto requiere mas justificacion que el acceso entre extraños, por razon de la honestidad, que es presumible, y nace del parentesco (n. 16.), no obstante basta para acreditarlo hallarse desnudos en un mismo lecho á pariente con parienta, excepto si no estuviesen en lugar secreto, y si descubiertamente, ó fuese ascendiente con descendiente (n. 17.); ó delito *contra naturam* de varon con varon, ó bestial, que solo se prueba por el mismo acceso, ó hallarse uno sobre otro, ó por último quando se acercan con movimiento para acto luxurioso *contra naturam*, de forma que no pueda presumirse otra cosa; y aun por este concepto fue absuelto cierto reo de este crimen, y de que se hace mencion en este lugar (n. 18.).

6 La que tuviere acceso con Clérigo, Sacerdote, ó Religioso, ú hombre casado, debe ser condenada á la satisfaccion de un marco de plata, y á destierro de un año

año por la primera vez; y si reincidiere, ademas de dicha pena, incurre en la de otro marco mas con azotes (n. 19.); la qual cesa respecto de la muger casada, á quien solo el marido podrá acusar de adulterio, ó en caso que este lo consienta, procederse de oficio (número 20.); pudiendo muy bien el Juez en este caso entrar en las casas del tal Clérigo Secular ó Regular, á efecto de averiguar el expresado crimen, pues es muy conforme que las leyes Reales ayuden á las Canónicas, por las quales es prohibida á los Eclesiásticos toda fornicacion (n. 21.); con advertencia, que para castigarse á dicha concubina con la pena de tal, no basta acreditarse que hayan tenido algun acceso, ni aun hallarlos *in fragranti*; antes bien debe constar que era pública concubina del Clérigo, ó casado, entrando y freqüentando estos las casas de ella, y aun manteniéndola de quanto necesitase (n. 22.).

7 Es prohibido asimismo el acceso del esclavo con su señora, aunque sea soltera y deshonesta, é incurren ambos en la pena capital, bien que la de aquel tiene la qualidad de quema (n. 23. l. 2. tit. 9. p. 7.); y aunque se casen, y el esclavo obtenga libertad para ello, no se excusan del castigo que previene la ley (eodem ex verb. *Immo etiam*).

8 Igualmente debe castigarse con la pena de deportacion y confiscacion de sus bienes el tutor ó curador que durante, ó aun finalizada su tutela ó curaduría, tuviere acceso con la menor (n. 24. l. 6. tit. 17. p. 7.); y con arbitraria, segun las circunstancias del caso: el carcelero que cometiere igual exceso con alguna que estuviese baxo su custodia, aunque fuese pública ramera (n. 25.).

9 La que tuviere acceso con persona de otra secta por la primera vez incurre en la pena de confiscacion de

de la mitad de sus bienes aplicados conforme á la ley de Partida por baxo citada, y por la segunda en la de la muerte y confiscacion de quanto tuviere; bien que siendo muger deshonesta, por la primera vez debe ser azotada, y si reincidiere merece pena capital; pero estando casada, se le ha de entregar al marido para que haga lo que le parezca (n. 26. l. fin. tit. 25. p. 7.).

10 Al casado dos veces se le debe poner en la frente esta señal Q, conforme á las leyes del Ordenamiento; esto ademas de cinco años de destierro, y confiscacion de todos sus bienes aplicados (en caso de no tener hijos ó nietos á quienes deben dexarse), la mitad para la parte que ignorantemente hubiese sufrido el expresado perjuicio, y la otra mitad para el Fisco, y aun á este pertenece todo si ambos contrayentes fuesen sabedores de la permanencia del primer matrimonio, y no hubiere hijos (n. 27. l. fin. tit. 17. p. 7.): todo lo qual procede tambien respecto de la muger que cometiere el expuesto delito, por militar en ella la misma razon que en el hombre (n. 28. ead. l. pen.): bien entendido, que si el marido, viviendo la primera muger, ó *vice versa*, contraxere muchos matrimonios, se debe ir graduando la pena conforme al prudente arbitrio judicial, ademas de merecer tambien las que hasta aquí van expresadas (n. 29.); sin que baste para libertarse de ellas, que el segundo, tercero, y demas matrimonios sean nulos por razon de parentesco ú otro capítulo dirimente, porque solo se atiende al dolo de los contrayentes (n. 30.); debiéndose notar, que si el marido v. gr. estuviese ausente, y la muger contraxere matrimonio en virtud de haber recibido aviso cierto de la muerte de aquel, no habiéndose en realidad verificado, queda libre de dicha pena, aunque no del todo, si habiendo solamente fama ó cre-

credulidad de ello se hubiese adelantado á casarse (eodem num. 31. vers. *Hodie tamen*, cap. in præsent. de Prob.).

11 El crimen de sodomía, que es el acceso de varon con varon, se castiga con la pena capital de quema, y confiscacion de todos sus bienes (n. 32.); la qual procede aunque el marido tuviese el acto con su propia muger siempre que se haya verificado *per vas exterius* contra naturaleza (n. 33.); ó si por razon de su frialdad ú otro motivo se valiese de algun instrumento material para la consumacion del acto; ó muger con muger, haciendo una de varon, y otra de hembra (n. 34.); bien es verdad, que si el acto de una con otra se verificase sin dicho instrumento, no incurren en la expresada pena, y solo se les debe imponer una que sea arbitraria (eod. num. vers. *Sed ego dicerem*); como tambien en el caso en que la muger haga de hombre, poniéndose encima de él (eod. num. vers. *Et idem est*).

12 El delito *contra naturam* se castiga con la pena ordinaria, aunque no sea perfecto y consumado, sino solo intentado y preparado, por razon de su gravedad tan singular (eod. num. vers. *Item adde*); en inteligencia, que solo merece un castigo arbitrario el acceso con otro, no *per vas exterius*, sino por otra parte del cuerpo, ó si solo hubiere tocamiento de manos con derramamientos de semen (eod. num. et vers.).

13 El crimen bestial se castiga con la expresada pena capital qualificada (n. 35. l. 2. tit. 21. part. 7.), debiendo entonces darse tambien muerte al animal partícipe, para borrar enteramente la memoria de tan feo y detestable delito; advirtiéndose, que por el acto tenido con especie ó materia no apta, ni determinada

por

por la naturaleza para la generacion, v. gr. en un hoyo ó abertura hecha en la tierra ú otra qualquier parte, solo se incurre en una pena arbitraria segun las circunstancias del caso (eod. num. vers. *Advertendum tamen*).

14 El acceso cometido por fuerza, violentando á alguna doncella, viuda, casada ó Religiosa, merece pena de muerte, y aplicacion de los bienes del raptor y auxîliador á la forzada; siendo caso de hermandad quando este exceso fuese cometido en el campo, ó á él se sacase por fuerza á la tal de la poblacion (número 36. l. 3. tit. 20. p. 7.): lo mismo sucede respecto de la muger que fuerza al hombre, aunque rara vez se verifica (n. 37.), ó sean cónyuges de futuro, por no estar todavía la esposa sujeta al esposo (n. 38. l. 3. tit. 20. p. 7.); y por esto no incurre en pena alguna el que siéndolo de presente violentare á su muger para el referido acto, mediante á verificarse ya en esta una subordinacion y sujecion al marido para quanto guste, y le sea lícito (n. 39.).

15 La pena de muerte que se impone al forzador de alguna muger tiene lugar aunque solo se hubiese verificado el rapto, y no el acceso con ella, excepto si su omision provino de noluntad y arrepentimiento de aquel, en cuyo caso se le castigará arbitrariamente (n. 40.): igualmente procede la expresada pena capital siempre que intervenga fuerza y violencia para el acceso, aunque no haya rapto, esto es, traslacion de un lugar á otro (n. 41. l. 3. tit. 20. p. 7.); tambien aunque el acto se executase con doncella inmatura, y menor de los doce años, incurriéndose por ello en otras penas *extra* de la referida (n. 42.).

16 No solo el raptor puede contraer matrimonio

con la forzada, segun el cap. fin. *de Raptor*, sino que tambien por medio de esta aveniencia y conformidad queda libre de la expresada pena capital (n. 43. l. 22. tit. 1. p. 7.); como tambien en el caso de que aun verificado rapto, ó se hallen en el lance, confiesen ambos tener contraido matrimonio, si no que medien indicios ó circunstancias de lo contrario, como si ella se encontrase llorando ó gritando, ó haya mucha diferencia en la qualidad y condicion de las personas (número 44.).

17 Lo dicho hasta aquí acerca del rapto ó acceso violento y su pena no tiene lugar quando se comete con pública ramera, en cuyo caso no se incurre en alguna, excepto si ya hubiese dexado de serlo, y reducídose á una vida honesta, ó fuese casada, porque entonces es punible el acceso con qualquiera de estas (número 45.).

18 El adulterio se castiga con la entrega de ambos adúlteros al marido, para que de ellos y sus bienes haga lo que quiera, y asi puede darles muerte, ó cortarles algun brazo, pie &c., ó inferirles otra qualquier ofensa é injuria (n. 46. y 47.); lo qual procede aunque la tal sea esposa de presente, y no esté consumado el matrimonio (eod. num. vers. *Dubium tamen*, prædict. l. Recopil.); debiendo el marido acusar precisamente á ambos adúlteros, y en un mismo libelo, excepto si alguno hubiese ya muerto (eodem num. et vers. et n. 20. l. 80. Taur.): bien entendido, que procediéndose solo civilmente para el divorcio (cuyo conocimiento es privativo del Juez Eclesiástico), pierde la adúltera su dote con los demas bienes, y se aplican al marido (eod. n. vers. *Item etiam imponitur*); sin que sea de omitir, que aunque el matrimonio sea nulo, por razon de consangui-

guinidad ú otro motivo (si no que sea por falta de consentimiento), tienen lugar las penas de adulterio, como si no se verificase inconveniente alguno, pues ya por ellos no quedó sin hacer lo que no debian (n. 48. l. 81. Taur.).

19 El delito de adulterio solo puede acusarse por el marido, haciéndolo dentro de cinco años de su comision; mas no otra alguna persona, aun á pretexto de parentesco, ausencia ó taciturnidad de aquel (n. 49. l. 4. tit. 17. p. 7.).

20 El adulterio se prueba aun por presunciones y vehementes conjeturas, como si los testigos depongan haber visto á ambos desnudos, y solos en un mismo lecho, aunque no expresen de efectiva comision, ni de conocimiento del adúltero (n. 50. cap. *ex litter. extr. de Præsumption.*); advirtiéndose, que el marido no puede matar lícitamente á los adúlteros, hallándolos *in fragranti*, aunque no tiene pena civil, y lo puede hacer en el caso de ser executor de la Justicia sin pecar, como se refiere en el Comentario de Gomez á la ley 76. num. 18.

21 La indemnidad civil del marido que mata á los dos adúlteros, hallándolos *in fragranti*, procede aunque la muger estuviese preñada, y él lo supiese, ó el adúltero fuese de Orden Sacro, de modo que no incurre en excomunion alguna, porque el justo dolor le dispensaria mucho su exceso; ademas que en el segundo caso no se ofende á la Iglesia, porque se halla igualmente injuriada (nn. 53. 54. y 55. l. 3. tit. 9. part. 1.).

22 Basta al marido, para acreditar que mató á los adúlteros *in fragranti*, hallarse estos muertos desnudos en un mismo lecho, y en tales términos que si se encontrasen vivos, quedaria probado el adulterio,

pues quando alguno se advierte muerto en qualquier sitio, se presume que allí mismo le mataron (n. 56.); pero si lo contrario se verificase, no quedará excusado, por no haber entonces presuncion alguna que lo favorezca (n. 57.).

23 Si el marido matase á los adúlteros despues del lance, no se liberta de la pena ordinaria de homicidio, aunque justifique claramente la comision del adulterio, por cesar en estas circunstancias la razon de permitírselo la ley quando los halla *in fragranti* (n. 58. y 59.); con advertencia, que si despues de haber hecho tres denunciaciones por escrito, ó ante testigos fidedignos, al que juzgue sospechoso de adulterio, lo hallare hablando con la muger á solas en sus casas, ú otro lugar oculto y excusado, y lo matare, no incurre en pena civil (n. 60. l. 12. tit. 17. part. 7.).

24 Lo personalísimo, que es el disimulo civil en el marido que mata á los adúlteros *in fragranti*, no puede cometerse á otra persona sino á los hijos, por razon de la identidad de personas que tienen en los padres (n. 61.); bien que se le permite llevar consigo amigos ó familiares que le auxîlien, en caso de alguna resistencia ó dificultad que tema por razon de vejez, debilidad ú otro motivo (n. 62.).

25 El marido que de su propia autoridad matase á la muger adúltera no lucra la dote y demas bienes que proponiendo la correspondiente acusacion adquiriria, ni tampoco los que por muerte de aquella se le prefieren, en virtud de pacto ó disposicion de la ley (número 63. l. 82. Taur.), aunque no se le prohibe suceder *ab intestato* á los hijos ó herederos de los adúlteros, que mató *in fragranti*, en los bienes que de estos hubiesen heredado, por quanto la ley solo pone in-

ter-

terdiccion en la herencia inmediata de los mismos reos aprehendidos (n. 64.).

26 Si hallándose la muger avisada de alguno para cometer adulterio, lo revelare al marido, y citare al adulterante para dicho fin engañosamente, será lícito injuriar á este de obra y palabra (n. 65.): lo mismo puede hacerse con aquel que ofreciere alguna cosa al Alcayde ó custodiador de un castillo para tomarlo (n. 66.); y lo propio le es permitido al Juez executar con el litigante que le ofreció sobornarle, citándolo para su entrega, y teniendo allí testigos que presencien el lance para prenderle y castigarle; bien que en los tres casos antecedentes no se permite matar ó cortar miembro alguno al tal delinqüente, sino solo injuriarle y castigarle sin tanta crueldad (número 67.).

27 Si el marido hubiese premuerto, y la muger pidiere su dote á los herederos de aquel, no pueden estos executarse á su restitucion con pretexto de adulterio que la tal hubiese cometido, por ser una excepcion penal, que no se trasmite á los herederos antes de la *litis* contestacion (n. 68.): lo mismo se dirá por la propia razon, si por el contrario, premuerta la adúltera rehusase el marido entregar la dote á los herederos de ella (n. 69. l. 25. tit. 1. p. 7.).

28 Aunque la muger en el año de la viudedad tenga acceso con otro, no pierde la dote, bien permanezca esta en poder de los herederos del marido, bien se halle ya en el de aquella, porque el adulterio y su pena solo se verifica durante el matrimonio, mas no estándo ya disuelto, en cuyo caso mas bien tiene lugar el delito de estupro, el qual tiene su castigo separadamente; con lo que concurre, que el adulterio cometido durante el matrimonio no puede acu-

sarse, ni excepcionarse por los herederos del marido despues de muerto, y asi con mayor motivo no deberá servir de pretexto á los mismos para lucrar la dote un acceso tenido, disuelto ya aquel contrato; esto ademas de que solo el marido, y no otro alguno, tiene facultad para acusar el adulterio (n. 70.).

29 La pena de adulterio cesa en tres casos: primero, quando hayan transcurrido cinco años desde que se cometió, y se haya omitido su acusacion: segundo, si hubo voluntad y consentimiento del marido, bien que este debe castigarse: tercero y último, habiendo seguido él mismo viviendo y cohabitando con ella despues del adulterio, no obstante de haberlo sabido, porque en esto es visto hacer una virtual remision de él; cuyas tres excepciones deben proponerse por la muger antes de la contestacion de la ley (n. 71. ll. 4. 7. y 8. tit. 17. p. 7.).

30 El lenocinio, tanto en un extraño como en el marido, se castiga con pena de muerte, atendido el rigor de la ley; pero se practica la de azotes, asi en estos como en la muger, sacándolos á la vergüenza con coroza; bien es verdad, que no siguiéndose el efecto del acceso, se castigarán con menos rigor arbitrariamente, ó aunque se verifique, si la tal sea pública ramera, y no casada (nn. 73. y 74. l. 2. tit. 22. y 5. tit. 9. p. 7.).

31 Si la adúltera tuviere algun hijo en tiempo que cohabitaba igualmente con su marido, de forma que no pueda asegurar de qual de estos fue habido, en duda se presume legítimo (n. 75. l. 9. tit. 14. p. 3.); pero estando cierta ser adulterino, en conciencia debe revelárselo, y aconsejarle, ó que entre en Religion mendicante, para que por este medio no su-

ce-

ceda al marido, y de consiguiente perjudique á los hijos legítimos, ó que si quiere permanecer en el siglo, renuncie la herencia; y en caso que la madre no se atreva á descubrirse al tal hijo adulterino, ó que este no se conforme con medio alguno de los propuestos, debe dar á los legítimos, ó en su defecto á pobres, aquellos bienes que verosimilmente les hubiera dexado á no haber tenido al ilegítimo; y si no tuviere bienes algunos, ya que no puede hacer otra cosa, cumple con arrepentirse de su exceso (eodem num. ex verb. *Si verò*).

LEY LXXXIII.

Quando se provare, que algun testigo depuso falsamente contra alguna persona, ó personas en alguna causa criminal, en la qual, si no se averiguase su dicho ser falso, aquel, ó aquellos contra quien depuso, merescia pena de muerte, ó otra pena corporal, que al testigo, averiguándose como fue falso, le sea dada la misma pena en su persona, y bienes, como se le deviera dar á aquel, ó aquellos contra quien depuso, seyendo su dicho verdadero, caso que en aquellos contra quien depuso no se execute la tal pena, pues por él no quedó de dársela; lo qual mandamos, que se guarde, y execute en todos los delictos de qualquier calidad que sean: en las otras causas criminales, y civiles mandamos, que contra los testigos que depusieren falsamente, se guarden, y executen las leyes de nuestros Reynos, que sobre ello disponen.

1 Falsedad es un delito público, que se verifica quando alguno con malicia, y conociendo la verdad,

la muda ú oculta en perjuicio de otro (n. 1. l. 1. et tot. tit. 7. p. 7.); cuyo crimen lo comete en primer lugar el que fabrica moneda falsa, sus aconsejantes y auxîliadores: lo mismo el que para este fin hubiese dado casa, fundo &c., incurriendo todos en pena de muerte qualificada, por ser de quema, y confiscacion de sus respectivos bienes, en los que debe incluirse la casa en que se hubiese fabricado la moneda, aunque sea de un tercero, excepto si este viviese lejos, ó interviniese otra alguna circunstancia, que desvanezca la posibilidad de haberlo sabido, ó fuese viuda, ó menor de catorce años (n. 3. l. penult. et fin. tit. 7. p. 7.): en el mismo delito y sus penas incurre el que rae ó cercena la moneda (n. 4. l. 67. tit. 21. lib. 8. de la Recopil.); tambien el que la expende y reparte, sabiendo su defecto (n. 5.).

2 Tambien comete delito de falsedad el que hace ó escribe algun instrumento falso, ó siendo legítimo le borra alguna cosa substancial; incurriendo en pena de muerte siendo instrumento del Soberano, ó del Papa; porque si la falsedad se verificare de otra clase de documento, siendo por un particular, tiene pena de galeras, y publicacion de sus bienes; y si la hubiere hecho el Escribano, ademas de lo antedicho se le ha de cortar la mano derecha, y privar perpetuamente de oficio (n. 6. l. 7. tit. 7. p. 7. et in fin. tit. 19. p. 3. l. 1. tit. 12. lib. 4. For.): igualmente incurre en el expresado delito y sus penas el que usa de instrumento falso; bien que si desistiese de ello antes de la sentencia definitiva, se libra de aquellas, lo qual no es asi respecto del que lo hubiese hecho, pues siempre está responsable (eod. num. ex verb. *Item adde quod etiam ille*).

Tam-

3 Tambien comete delito de falsedad el testigo que producido en qualquier causa falta á la verdad en su declaracion, incurriendo por ello en la misma que aquel contra quien depuso, siendo asunto criminal, y en el que á ser cierto su dicho se le impondria al reo pena de muerte, ú otra alguna corporal (n. 7. l. 26. tit. 11. p. 3. l. 83. de Toro); y de consiguiente lo mismo sucede en causa de heregía, bien que en esta suele practicarse un castigo arbitrario, y menos cruel, que sufriria el acusado de este crimen á ser cierto el aserto del testigo (n. 8.); advirtiéndose, que aunque la pena de adulterio no sea cierta ni determinada por leyes Reales, como que queda al arbitrio del marido, no obstante merece la de muerte el testigo que falsamente depuso de su comision, pues por su dicho expuso á los adúlteros á que sufriesen el mismo castigo; y aun asi fue determinado en la Real Chancillería de Valladolidad (número 9.).

4 Asi como el testigo falso en causa criminal está responsable á sufrir la misma pena corporal que se le impondria al reo caso que no se hubiese averiguado lo siniestro de la disposicion de aquel, del mismo modo está obligado el Juez que con dolo, malicia ó por dinero condenare al inocente en algun castigo corporal (n. 10. l. 24. tit. 22. p. 3. et 4. in tit. fin. 30. part. 7.).

5 El testigo falso en asunto criminal, en que no venga pena alguna corporal, incurre hoy en una arbitraria, segun las circunstancias que acaecieren; y la misma se aplica en los demas casos de falsedad que no sean criminales (eod. num. vers. 10. *Si verò*, et n. 13.); y si fuere en negocio civil se le deben sacar

car los dientes (eod. n. 10. et dict. vers. l. 3. título 4. For. l. LIII).

6 Asimismo comete falsedad el que se muda su nombre ó apellido con el fin de engañar á otro (número 11.); el que achica ó altera las medidas selladas ó aprobadas por el Gobierno; en cuyo caso debe satisfacer á aquel con quien trató el duplo del daño que le hubiese inferido, y ser desterrado temporalmente (n. 12. l. 7. tit. 7. p. 7.); y el que hace algun pacto supuesto ó simulado (eod. num. vers. *Sexto*, l. 3. tit. 7. p. 7.); con advertencia, que de la sentencia declaratoria del crimen de falsedad no se admite apelacion (n. 14.).

7 Aunque el Juez que pronunciase sentencia falsamente, el Escribano que otorgare falso instrumento, ó el testigo que faltó á la verdad confiesen *in articulo mortis* lo cierto del asunto, no hacen entera fe, ya por ceder en perjuicio de tercero, y ya por no ser confesiones judiciales, excepto si concurran otros indicios y presunciones de dicha falsedad, en cuyo caso todo ello unido prueba legítimamente, pues ninguno en aquel lance se presume olvidado de la salud eterna (n. 15.).

8 En prueba de lo antecedente hace que el Maestro Antonio Gomez logró su Cátedra de resultas de haber declarado uno de los que votaron la oposicion á ella, llevándolo al cadahalso por haber hecho cierto homicidio; que habia votado por otro falsamente, y por lo mismo habia salido regulado con igualdad en competencia de nuestro Maestro, lo qual asi lo ma-

(LIII) La pena del testigo falso se halla hoy conmutada á pública vergüenza y diez años de galeras, las quales serán perpetuas si el negocio fuere criminal. *L. 7. tit. 17. lib. 8. Recopil.*

manifestaba para descargo de su conciencia (eod. n. 15. vers. *Et istum casum* ad n. 16.); sobre lo qual es de advertir, que el Doctor *maxime* estando en actual exercicio de alguna Cátedra, tiene varios privilegios: primero, las cinco insignias del Doctorado, que son, el ascenso á la Cátedra, bonete con flor encarnada, presentacion del libro abierto y cerrado, el anillo y ósculo (n. 16.): segundo, que no puede ser demandado sin preceder venia, ni ante otro Juez que el suyo y privativo Escolástico; que goza las preeminencias de noble, su viuda é hijos; y por lo mismo ni puede ser preso por deuda civil, ser atormentado, cargado de servicios y tributos personales de plebeyos; le es facultativo llevar armas en tiempo y por sitio prohibido &c.: tercero, que puede sentarse con el Juez en el sitio ó lugar donde exerza la judicatura: quarto, que no debe ser condenado en costas, ni residenciado quando hubiere litigado ó proferido sentencia, segun opinion probable, aunque sea la comun: quinto, que puede lanzar al vecino que con su oficio ruidoso le impida contra la quietud de su estudio: sexto, que regentando por veinte años la Cátedra en propiedad, queda jubilado, y adquiere un honor preferente respecto de los otros antiguos profesores (n. 16. vers. *Secundum* ad n. 18. l. 8. tit. fin. p. 2.); cuyo tiempo debe ser continuo, y no interrumpido con otro destino, aplicacion ó ausencia sin el permiso correspondiente (eod. num. 18. vers. *Advertendum*); sin que sea de omitir, que el Doctor creado por el Príncipe se prefiere á los demas, aunque mas antiguos, como en aquel haya precedido un riguroso exâmen; mas no si lo fuere de mera gracia (eod. num. vers. *Circa*): tambien tiene preferencia, *maxime* siendo jubilado é ilustre, al Soldado en los

los actos literarios; mas no en los Militares, ni en los ambiguos ó promiscuos de uno y otro (eod. num. vers. *Item etiam quæro*).

IN-

ÍNDICE GENERAL

DE LAS COSAS MAS NOTABLES

EN ESTE COMPENDIO.

A

Abogado. Que tiempo de estudio ha de preceder para serlo, n. 5. §. 2. in leg. 2. fol. 12. Si el que adquiere sin las solemnidades civiles, aunque este defecto lo disimule el derecho natural, deba en conciencia restituir lo adquirido á su dueño; ó si habiendo intervenido aquellas, pueda retenerlo, por mas que tenga obligacion natural de devolverlo, *n.* 124. y 125. §. 28. in leg. 3. fol. 34. y 35.

Acceso. Entre los cónyuges como sea lícito, qual sea el de estupro, y sus penas, ex n. 4. ad 13. inclus. §. 1. y 2. in leg. 80. y sig. fol. 331. y 332.

Acceso con viuda, si sea tolerado, n. 14. §. 3. in eadem leg. fol. 333.

Acceso entre parientes, de su prohibicion, penas, y modo de probarse, ex n. 15. ad 18. §. 4. y 5. in ead. leg. et idem fol. 333.

Acceso con Clérigo, Religioso ó casado, su prohibicion y penas, ex n. 19. ad 22. §. 6. y 7. in eadem leg. et id. fol. 333. y 334.

Acceso del esclavo con su señora, su prohibicion y penas, n. 23. §. 7. in ead. leg. et id. fol. 334.

Acceso del tutor ó curador con su pupila ó menor, su prohibicion y penas; como el del Alcayde de la carcel con alguna presa, n. 24. y 25. §. 8. in ead. leg. et id. fol. 334.

Acceso con persona de otra secta, su prohibicion y pe-

penas, n. 26. §. 9. in ead. leg. 80. fol. 334. y 335.

Acceso *contra naturam*, y bestial, sus penas, y modo de probarse, ex n. 32. ad 35. inclus. §§. 11. 12. y 13. in ead. leg. et fol. 336.

Acceso con violencia, sus penas, y quando estas tengan lugar, ex n. 36. ad 45. inclus. ex §. 14. ad 18. exlus. in ead. leg. et fol. 337. y 338.

Accion ordinaria y executiva. Quando y por que tiempo se prescriban, nn. 1. 2. y 3. in leg. 63. folios 297. 298. y 299.

Adulterio. Quando se verifique, sus penas, y modo de probarse; quien pueda acusarlo y castigarlo; que efectos produzca; que excepciones competan contra la acusacion de este delito; ex n. 46. ad 72. inclus. ex §. 18. ad 30. exclus. in leg. 80. à fol. 338. ad 342.

Alimentos. Si se deban á los hijos ilegítimos, su quota, y derecho que en ella tienen estos despues de adquirida; ex n. 36. ad 42. inclus. §. 11. in leg. 12. fol. 61. y 62.

Aniversarios. Si sigan la naturaleza de los mayorazgos en el derecho de representacion, y demas qualidades que en estos se verifican, n. 65. §. 23. in leg. 40. fol. 149. y 150.

Apelacion. Si la haya de la sentencia posesoria, n. 194. §. 109. in leg. 45. fol. 223.

Ascendientes. Suceden á sus descendientes segun la prerogativa del grado, y por lo mismo en la linea de aquellos no hay derecho de representacion, número 6. y 7. in leg. 6. §. 2. fol. 40.; y si entre aquellos deba hacerse distincion de bienes paternos ó maternos habidos por el nieto á quien heredan, y si sucedan *in stirpes*, ó *in capita*, n. 8. y 9. §. 4. in eadem leg. fol. 41. y 42.; y quando procede la costum-

tumbre de hacerse dicha distincion, n. 14. §. ult. in ead. leg. 6. fol. 44.

Ascendientes. Si no solo les excluya de la sucesion el hijo legítimo del difunto á quien tratan de heredar, sino tambien el espurio, natural, legitimado, substituto, pupilar, y otros, n. 10. §. 3. in ead. leg. fol. 41. Si quando suceden al descendiente, cuyo usufructo tenian, reservan íntegramente este derecho en competencia de los coherederos que carecian de él, n. 11. y 12. §. 5. in ead. leg. fol. 42. y 43.

Asignarse no puede en cosa cierta por el hijo que tiene ascendientes la tercera parte que dexare de su caudal á un extraño, aunque sí le es facultativo hacerlo en favor de alguno de aquellos, n. 2. y 3. §. 1. in leg. 12. fol. 54. y 55.

B

Bachiller. Quien pueda serlo, y que circunstancias han de preceder para la obtencion de este grado, n. 7. §. 3. in leg. 2. fol. 12.

Bienes de mayorazgo. Si puedan enagenarse, permutarse, aprehenderse ó hipotecarse, arrendarse, sujetarse á servidumbre, ó sobre ellos transigirse, ex n. 81. ad 86. inclus. §. 32. y 33. in leg. 40. fol. 154. y 155. Si por alguna causa piadosa padezcan enagenacion, n. 87. id. §. 33. in ead. leg. et id. fol. 155. y 156. Y si de facto fuesen enagenados por el poseedor, pueda el inmediato reivindicarlos, n. 88. §. 34. in ead. leg. et id. fol. 156. Si los bienes de mayorazgo puedan enagenarse con facultad Real, prescribirse y confiscarse por delito, nn. 89. 90. y 91. §. 35. y 36. in ead. leg. et id. fol. 156. y 157.

Cláu-

C

Cláusula codicilar y sus efectos, ex n. 60. ad 64. et n. 78. inclus. §. 17. in leg. 3. fol. 25. y 26. et nn. 78. et 86. 87. y 88. §. 19. in ead. leg. fol. 27. y 28.; y en qué casos se entiende puesta virtualmente, ex n. 74. ad 77. id. §. 19. in ead. leg. et id. fol. 27.; y si las hembras puedan en ellos servir de testigos, n. 70. in fin. §. 18. in ead. leg. fol. 26.

Codicilos: sus solemnidades, ex n. 66. ad 69. id. §. 18. in ead. leg. et id. fol. 26.

Condenado á muerte civil ó natural, si se hace siervo de pena, si puede hacer testamento, y qué efectos resulten de permitírsele esto, ser instituido heredero, y celebrar contratos, ex n. 1. usque ad 8. inclus. in leg. 4. §. 1. y 2. folios 36. 37. y 38.

Colaterales. Como sucedan: en que forma se haga el cómputo de grado en que se hallen; si estando en uno mismo deban todos suceder sin diferencia de que sean agnados ó cognados, nn. 1. 2. y 3. §. 1. in leg. 8. fol. 45.

Consanguineos pobres no pueden excluirse de la sucesion con seguridad de conciencia, é instituirse á un extraño, n. 4. in eod. §. 1. et leg. 8. et fol. 45.: hasta que grado sucedan, n. 5. y 6. §. 2. y 3. in ead. leg. et id. fol. 45. y 46.: si sea preferido á los demas del mismo, el que tenga mayor qualidad; y si esta circunstancia se tenga en consideracion fuera de los hermanos y sus hijos, n. 7. y 8. §. 4. in ead. leg. et id. fol. 46. y 47. Si entre los colaterales hay representacion, hasta quienes, y efectos que produce, ex n. 10. ad 14. inclus. §. 6. y 7. in ead. leg. fol. 48. y 49.; y si aquella produce *in infinitum*, siendo derecho indivisible lo en que se haya de suceder, nú-

número 19. §. 10. in eadem leg. 8. et folio 50.

Colaterales que se hallan fuera del tercero grado suceden, atendida la mayor proximidad de su grado, y toman porciones iguales los que se hallen en un mismo grado, n. 18. §. 10. in ead. leg. fol. 50. En defecto de colaterales si suceda el cónyuge superstite, tutor, hospital, ó el fisco, y quando cada uno, ex n. 24. usque ad 26. inclus. §§. 11. 12. y 13. in leg. 8. fol. 50. y 51.

Colacion. Que sea, y que motivo la induxo; si proceda *ex testamento*, y ab intestado, y si los hijos confieran lo dexado en aquel, ex núm. 1. ad 4. §. 1. in leg. 29. fol. 105. y 106. Y si sea conferible por los mismos lo recibido en vida, si estan desiguales en la institucion, n. 5. §. 2. ejusd. leg. fol. 106. y 107.

Colacion, para que tenga lugar que requisitos han de intervenir, ex n. 31. ad 36. exclus. §. 17. in ead. leg. fol. 114. 115. y 116. Cómo se haga la colacion, y remedios para compeler á su execucion, y si este derecho es transmisible á los herederos, nn. 36. y 37. eod. §. 18. in ead. leg. et id. fol. 116. y 117.

Conferir. Quienes pueden, y con quienes, ex n. 6. ad 10. exclus. §§. 2. 3. y 4. in ead. leg. fol. 106. y 107.

Conferirse. Que bienes se deban, ex n. 9. ad 31. exclus. ex §. 5. ad 16. inclus. in ead. leg. ex fol. 108. ad 114.

Computacion. Que sea, quando se verifique, y en que se diferencie de la Colacion, y que bienes se computen en legítima, ex n. 38. ad fin. in ead. leg. ex §. 19. fol. 117. y 118.

Captatoria voluntad. Que sea, quando se verifique, razon de su prohibicion, y si válga en los legados,

nn. 1. 2. y 3. §. 1. in leg. 31. fol. 122. y 123. Y si la ley pueda permitir su validacion n. 5. §. 3. in ead. leg. fol. 123. y 124.

Comisario. Solemnidad de esta comision, y por que ha de ser la misma del testamento, n. 1. y 2. §. unic. in leg. 39. fol. 134.

Castillos y fortalezas. Que facultad haya para su construccion y reparacion; y si esta deban costearla los propios, ó en su defecto los vecinos, siendo obra pública, n. 14. ad 17. §. 10. in leg. 46. fol. 230. y 231. Si pueda someterse á otro la voluntad para que disponga de sus bienes, n. 1. §. 1. in leg. 32. fol. 125.

Comisario. Que tiempo tenga para hacer la disposicion: si pueda alterarlo el testador; y si pasado, sea lícito á aquel executar su comision, aun habiéndola ignorado, n. 1. ad 4. §. 1. y 2. in leg. 33. fol. 126. y 127.

Comisario. Si pueda revocar el testamento hecho por el que le dió el poder, n. unic. §. unic. in leg. 34. fol. 127.; y si el que el mismo hizo, n. 1. §. unic. in leg. 35. fol. 128. Quando el Comisario no hizo el testamento, los parientes herederos que deban distribuir por el alma del testador; y si esto proceda quando el principal muere ab intestado, n. 1. y 2. in leg. 36. §. 1. id. fol. 128. y 129. Habiendo muchos Comisarios, Jueces en una causa, árbitros, Procuradores, Curadores, Tutores ó Administradores, si pueda uno sin los otros exercer sus respectivos cargos y funciones, ex n. 1. ad 5. inclus. §. 1. y 2. in leg. 38. fol. 132. y 133.

Contrato censual y enfitéutico y superficiario; y si valga la pena convencional puesta en ellos, y quando se presuman pagados todos los atrasos, ex n. 1. ad 5. ex §. 12. ad fin. in leg. 68. fol. 306. 307. y 308.

Ca-

Casados. Dos ó mas veces viviendo su primer cónyuge, su prohibicion y penas, ex n. 27. ad 31. inclus. §. 10. in leg. 80. et fol. 335. y 336.

D

Donacion universal. Quando valga, in tota leg. 69. fol. 308. 309. y 310.

Descendiente. Si pueda repudiar la herencia, y aceptar la mejora, n. unic. §. unic. in leg. 21. fol. 89.

Detentacion. Que sea, y en que actos se verifique, y que efectos produzca este derecho, ex n. 6. ad 16. inclus. §§. 4. 5. y 6. in leg. 45. fol. 164. ad 167.

Division hecha por el padre de su caudal entre los hijos, si sea revocable, n. 21. §. 10. in leg. 17. fol. 84.

Dote. Quanta pueda dexarse á la hija expuria, n. 43. §. 12. in leg. 9. fol. 62. y 63.

Donacion. Si valga entre padres é hijos, n. 4. y 5. §. 2. in leg. 17. fol. 79. et n. 9. §. 4. in ead. leg. fol. 80.

Dominio. Que sea, su invencion, y modo de adquirirse, ex n. 1. ad 4. inclus. §§. 1. 2. y 3. in leg. 45. fol. 163. y 164.

Dominio. Si pueda adquirirse por muchas causas, n. 98. §. 43. in leg. 45. fol. 187. y 188.

Dominio. Como se pierda, n. 110. §. 54. in ead. leg. fol. 194.

Donacion (vulgo *Donas*). Que sea, si sea lícita entre los cónyuges: de su adquisicion y pérdida por estos interviniendo ósculo ó cópula: que efectos produzca, y demas que sobre ella puede ofrecerse, ex n. 1. ad 8. inclus. ex §. 1. ad 7. exclus. in leg. 50. y sig. ex fol. 249. ad 253.

Donacion propter vel ante nuptias. Quando se ve-

rifique de sus diferencias y conveniencias con la dote; y si en lugar de aquella ha sucedido la donacion de arras; y en que cantidad consista, ex n. 9. ad 14. ex §. 7. ad 12. exclusive leg. 50. y siguientes, à fol. 253. ad 257.

Dote. Que sea, sus especies y efecto: obligacion de constituirla en favor de las hijas, de su restitucion, y preferencia que la muger tenga por ella respecto de otros acreedores; que condicion embeba su promision; y que acciones competan tanto al marido para pedirla, como á la muger para recuperarla; y demas que sobre esta donacion pueda ocurrir, ex n. 15. ad 63. inclusive, ex §. 12. ad 51. exclusive, in ead. leg. y siguientes, à fol. 258. ad 283.

Donacion llamada inter virum et uxorem. Que sea, quando valga, y se confirme por tiempo, ó por muerte, ex n. 64. ad 68. inclusive, §. 51. ad 55. exclusive, in ead. leg. y siguientes, à fol. 283. ad 286. Por el delito que comete alguno de los cónyuges, si el otro pierda sus bienes gananciales, y todos se confisquen in tot. leg. 77. fol. 326.; y si lo mismo suceda respecto de los demas bienes suyos propios, in tot. leg. 78. fol. 327.

Doctor. Sus insignias y privilegios, nn. 16. 17. y 18. §. fin. in leg. 83. fol. 346. y 347.

Distribucion cometida para su reparto entre pobres. Si excluya á la muger, ó visto, y en que lugar déba hacerse, nn. 1. 2. y 3. §. unic. in leg. 32. fol. 125.

E

Eleccion y comision. A persona incierta de ciertas, quando valga, n. 4. §. 2. in leg. 40. fol. 136. Si pueda cometer al heredero, ó comisario la del sugeto que elijan para el legado ó mejoramiento; y si hecha

cha puedan revocarle, nn. 48. 49. y 50. §. 15. in leg. 40. fol. 144 y 145.

Enagenar. Si pueda el gravado á restituir la herencia, n. 54. §. 17. in fin. leg. 40. fol. 146.

Enfiteuta. Quando pierda su derecho, enagenando la cosa sin requerimiento del dueño directo, nn. 94. y 95. §. 40. in leg. 45. fol. 186.

Edificar en lo suyo. Si se pueda aunque se perjudique al vecino, y limitaciones de esta regla, nn. 5. 6. 8. y 9. §§. 4. 5. y 6. leg. 46. fol. 227. y 228., y si tambien sea lícito, aunque en la casa del vecino haga pie, descantes, ó cubra parte de ella, n. 19. §. 11. in ead. leg. fol. 231. y 232.

F

Familia. Hasta que grado se extienda rigurosamente; que efectos obre la dexacion que se le haga de legado fideicomiso ú otra cosa, con prohibicion de enagenar la cosa fuera de ella; y que obre la disposicion en que se llama á familia extraña, orden de suceder los de esta y aquella, ex n. 40. ad 47. inclusive ex §. 11. ad 15. *exclusive* in ead. leg. fol. 143. y 144.

Fideicomiso tácito. Si lo induzca entre los herederos recíprocamente la prohibicion que se haga á todos ellos de no enagenar, ó la prevencion de que el último que muriese restituya la herencia toda á alguna persona, nn. 52. y 53. §. 16. y 17. in ead. leg. fol. 145. y 146.

Facultad Real. Que efectos produzca interviniendo en la institucion de mayorazgo, n. 55. §. 18. in ead. leg. et id. fol. 146. y 147.

Frutos pendientes en las fincas del Mayorazgo quando muere el poseedor. Si pertenezcan al inmedia-

to sucesor, ó á los herederos, n. 74. §. 30. in leg. 40. fol. 153.

Fortalezas ó castillos. Si puedan hacerse sin licencia del Rey, n. 5. §. 4. in leg. 46. fol. 227.

Fianza de arraigo. Quando tenga lugar, y quien deba darle, nn. 1. 2. y 3. §§. 1. y 2. in leg. 66. fol. 303. y 304.

Falsedad. Quando, y en que casos se verifique; quantas especies comprehenda, y que penas tenga cada una, ex n. 1. ad 15. inclusive, ex §. 1. ad 8. exclusive, in leg. 83. fol. 343. ad 346.

G

Gastos de funeral. De donde se saquen, y si sean preferibles á otros créditos, nn. 1. y 2. §. unic. in leg. 30. fol. 120. y 121.

Gananciales, que sean, y deban por tales estimarse. Cómo se regulen, y en que casos se pierda por los cónyuges la mitad de lo que á alguno pertenece: remedios para recuperar los que se hallen enagenados; que costumbre se ha de atender para este lucro, si la de domicilio del marido, ó el de la muger, ó donde se contraxo el matrimonio, de su trasmision y pérdida por la viuda siendo inhonesta, ex n. 69. ad final. ex §. 55. ad últim. in leg. 50. à fol. 287. ad 290.

H

Heredero. Si esté obligado *extra vires hereditarias* en el fuero de conciencia, quando aunque no hizo inventario, le consta el quanto de lo heredado, n. 121. §. 27. in leg. 3. fol. 33.

Hijo de familias. Si pueda hacer testamento; y si el hecho por él en otro Reyno produzca efecto, respecto de los bienes sitos en el nuestro, núme-

ros 1. y 2. §. unico in leg. 5. fol. 38.

Hermanos instituidos por su hermano. Si se comprehenden tambien para la sucesion los que solo sean *ex uno latere*, n. 9. §. 5. in leg. 8. fol. 47. Si los hijos de hermano instituidos con sus tios, que es hermano del testador, sucedan *in capita ó in stirpes*, n. 14. §. 7. in ead. leg. fol. 48. y 49.

Hermanos instituidos. Si se entiendan llamados los hijos de los ya premuertos, n. 17. §. 9. in ead. leg. fol. 50.

Hijo natural. Qual se llame, y circunstancias que han de concurrir para serlo; de su sucesion al padre y ascendientes, y de la de estos respecto de aquel, ex n. 1. usque ad 8. inclus. et n. 11. §§. 1. 2. y 3. in leg. 9. fol. 54. 55. y 56.; como sucedan á la madre, número 9. ad 12. in eod. §. 3. et ead. leg. id. fol. 55. y 56.

Hijos de damnado ayuntamiento, espurios ó de otro modo ilegítimos, si sucedan, como y quando á sus padres y ascendientes, ex n. 13. ad 17. inclus. id. §§. 3. y 4. in ead. leg. id. fol. 55. 56. y 57. De que modos queden seguros para dexarles á semejantes hijos alguna cosa fuera de los alimentos, nn. 18. y 19. §. 5. in ead. leg. fol. 57. y 58. Si puedan ser substituidos á otros hijos legítimos, n. 20. §. 6. in ead. leg. id. fol. 58.; á quien corresponda la parte dexada al hijo incapaz; y si puedan dexárseles algo por fideicomiso expreso ó tácito; efectos que este produce, y conjeturas para su conocimiento, ex n. 21. ad 31. inclus. §§. 7. 8. y 9. in ead. leg. fol. 59. 60. y 61. Si puedan adquirir alguna cosa por contrato entre vivos, n. 32. ad 35. inclus. §. 10. in ead. leg. id. fol. 61 : los hijos ilegítimos suceden á sus padres en él, y demas que mira al derecho de sangre, y efectos que se si-

guen de esto, nn. 51. 52. y 53. §. 16. in leg. 9. fol. 64. y 65.

Homicida. Si pueda suceder á los herederos de aquel á quien mató, n. 14. §. 7. in leg. 22. fol. 92. y 93.

Hembras. Si puedan ser Albaceas ó Comunarias del testamento en los casos permitidos, n. 6. §. 4. in leg. 31. fol. 124.

Hembra. Si sea preferida en la sucesion del mayorazgo quando estuviese llamado el mayor simplemente, y ella lo fuese respecto del varon del mismo grado, n. 62. §. 22. in leg. 40. fol. 149. Si están llamadas en defecto de varones, se admitan ó prefieran los que de ellas desciendan, n. 63. in eod. §. 22. et leg. id. fol. 149.

Hijo de familia. Si se liberte de la potestad de su padre, y se haga *sui juris*, en quanto á todos sus efectos contrayendo matrimonio, nn. 1. y 3. §. 1. y 2. in leg. 47. fol. 240. y 241.

Hidalgo. Si pueda ser preso por deuda, y quando y quien se tenga por tal, in tot. leg. 79. à fol. 328. ad 330.

Hijo adulterino. Como deba ser aconsejado por la madre para no perjudicar á los legítimos, y esta quede segura en conciencia, n. fin. §. 31. in leg. 80. à fol. 342.

I J

Institucion. Hecha por señas quando *se obligue en fideicomiso*, n. 114. §. 25. in leg. 3. fol. 31. y 32. Si valga y tenga efecto, quando habiéndola hecho el testador con la condicion, *si ex hac infirmitate decessero*, escapare de ella, y despues viviere algun tiempo, n. 126. §. 29. in ead. leg. fol. 35.

Juicio de suerte. Quando tenga lugar, §. ultim. in leg. 28. fol. 119. y 120.

In-

Interdicto quorum legatorum. Que sea, quando, á quienes, contra que personas, y sobre que cosas competa, ex n. 130. ad 133. inclus. §. 69. in leg. 45. fol. 203.

Interdicto *uti possidetis.* Que sea, quando, á quienes, y contra quienes competa; como se intente, y sus efectos, ex n. 168. ad 179. inclus. et §. 88. ad 96. inclus. in ead. leg. à fol. 213. ad 217.

Interdicto *recuperandæ.* Que sea, á quienes competa, en que casos, sus efectos y excepcion que lo elidan, y demas sobre este remedio, ex n. 180. ad 192. in eodem §. 96. ad 108. inclusiv. à fol. 217. ad 222.

Instrumento público. Quando sea executable, y contra quienes; si competa este derecho á los sucesores del acreedor, in tota leg. 64. fol. 300. 301. y 302.

Interrupcion. Que sea, sus efectos, n. 1. §. 1. in leg. 65. et id. fol. 302.

Juramento. Que sea, y si pueda hacerse sobre cosas sagradas, in tota leg. 67. fol. 304. y 305.

L

Ley. Que sea, y sus requisitos, nn. 2. y 5. §. 1. in leg. 1. fol. 6. Si obligue en el fuero interno, n. 3. y 4. §. 2. in ead. leg. et id. fol. 6. y 7. Quien puede establecerla é interpretarla, nn. 6. y 7. §. 2. in ead. leg. et id. fol. 6. Que orden se ha de observar en la atencion de las leyes para determinar los pleytos y negocios, ex n. 1. ad 10. §. 5. in eadem leg. fol. 8. 9. y 10.

La ley referente subsiste, aunque no aparezca aquella á que se refiere, n. 11. §. 3. in ead. leg. fol. 7.

Legitimacion de los hijos. De quantos modos se veri-

rifica, y de la sucesion de ellos respecto de sus padres, bien estando solos, ó en concurrencia de los legítimos, ex n. 54. ad 70. inclus. ex §. 17. ad 21. in leg. 12. fol. 65. ad 68.

Legítima de los hijos. Quanta sea, y si para su cómputo se ha de sacar primero el quinto que el tercio del caudal de los padres, nn. 1. y 2. §. 1. in leg. 17. fol. 78. y 79.; y si deban satisfacerse de los mismos bienes, ó puedan pagarse con dinero efectivo, n. 3. §. unic. in leg. 20. fol. 88.

Licencia Real. Si deba preceder á la intencion del mayorazgo, y si en duda asi deba presumirse, á exemplo de la emancipacion del hijo, mejorándosele á este, ex n. 1. ad 4. §§. 1. y 2. in leg. 42. fol. 160. y 161.; y si dicha licencia espire por muerte del Rey que la dió, n. unic. §. unic. in leg. 43. et id. fol. 161.

Lenocinio. Quien lo cometa, quando se verifique, y que pena tenga, nn. 73. y 74. §. 30. in leg. 80. à fol. 342.

M

Madre que casa segunda vez. Si esté obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes que hubiese heredado de alguno de estos, del marido, ó sus parientes: como, quando, y en que casos proceda esto; y si se verifica lo mismo en el marido que contrae segundo matrimonio, ex n. 1. ad 7. inclus. ex §. 1. ad 6. in ll. 14. 15. y 16. ex fol. 70. ad 73.

Madre que casa segunda vez. Si pierda lo que el marido le dexase, con tal de que asi no lo executase, ó que viviese casta y honestamente: la tutela de sus hijos, y á quienes se defiera entonces este encargo; y si tambien lo pierda teniendo vida luxuriosa; y si

lo

lo mismo se verifica en el marido, ex n. 8. ad 15. inclusive, ex eod. §. 6. ad 10. inclus. in eisd. ll. 14. 15. y 16. et id. fol. 73. ad 76.

Madre que muerto el marido trae vida luxuriosa, si deba reservar á los hijos lo que de alguno de ellos hubiese heredado; y si pierda la mitad de gananciales que la corresponden: donacion, herencia ó legado dexado por el marido, nn. 16. y 17. id. §. 10. in eisdem ll. et id. fol. 75. y 76.; y si no pidiendo antes de casar segunda vez, se les proveyese á los hijos de tutor, pierda la sucesion de estos; y que sea quando faltare al año de la muerte del padre, en que se debe hacer dicha pretension un tiempo tan breve, que en él no se pudiese evacuar la provision de tutor judicial, nn. 18. y 19. §. 11. y 12. in eisd. ll. fol. 77. y 78.

Mejora. Quando sea irrevocable, y quando no, nn. 3. §. 2. in leg. 17. fol. 79. et n. 10. §. 5. in eadem leg. fol. 81. et n. 24. §. 11. in ead. leg. fol. 84. y 85.; y si sea irrevocable en quanto á los bienes adquiridos despues de dada la posesion; y si la cláusula de constituto sea extensiva á los futuros; y que suceda quando la posesion se dió limitada á los presentes, nn. 11. 12. y 13. §. 5. in ead. leg. et id. fol. 81.

Mejora del tercio. Si deba suplirse, hasta quando la cosa en que se asignó no alcanzase para completarlo: si pueda hacerse en favor de un solo hijo; y si deba hacerse quando hay mas en favor del mas digno y benemérito; y si se vicie no expresando el quinto del mejoramiento, si no haciéndolo simplemente, n. 14. §. 6. in ead. leg. et id. fol. 81. et nn. 18. 19. y 20. §. 9. y 10. in ead. leg. fol. 83. y 84.

Mejora es irrevocable, aunque su posesion sea dada por tradicion del instrumento, ú otro qualquier acto ficto; y si hecha por via de casamiento, en gene-

neral, sin contraerse á persona cierta, con quien se haya de celebrar, se pueda revocar, nn. 15. 16. y 17. §. 7. in leg. 17. fol. 82. y 83. Si valga el gravamen sucesivo puesto al tiempo de la mejora; y habiéndose omitido entonces, pueda ponerse despues, nn. 22. 23. y 24. §. 10. y 11. in ead. leg. fol. 84. y 85.

Mejora. Si pueda hacerse en favor de los nietos; y si haciéndola la madre en los bienes, cuyo usufructo sea del padre, este quede privado de él, nn. 1. 2. y 3. §. unic. in leg. 18. fol. 85. y 86.

Mejora. Si pueda asignarse en cosa cierta; y si esta facultad pueda cometerse á otra persona; y si se entienda revocada, enagenándose la cosa señalada, n. 1. ad 5. §. 1. y 2. in leg. 19. et id. fol. 86. y 87.; y si puedan satisfacerse en dinero por los herederos, nn. 1. y 2. §. unic. in leg. 20. fol. 88.

Mejora. Si pueda aceptarse por el hijo, y repudiarse la herencia, n. unic. §. unic. in leg. 21. fol. 89.

Mejora de tercio. Si haga respeto para su cómputo al tiempo en que se hace, ó al tiempo de la muerte, n. unic. §. unic. in leg. 23. fol. 99. y 100.

Mejora. Si subsista rompiéndose el testamento, siendo nulo, n. 4. §. 4. in leg. 24. fol. 102.

Mejora de tercio y quinto. Si se saque de las donaciones que los hijos deben colacionar, n. unic. §. unic. in leg. 25. et id. fol. 102. y 103.

Mayorazgo. Que sea, y de que derecho proviene, nn. 1. y 2. §. 1. in leg. 40. fol. 135. Por quantos conceptos se verifique, si en la Soberanía de los Reyes, y sucesion del Reyno: modos de esta, hasta que grados se extiende, qualidades del Monarca, y demas sobre esta materia, ex n. 3. ad 11. excl. ex §. 2. ad 5. in ead. leg. fol. 136. y 137.; y si tambien consista en título de Duque, Conde, Marques &c., y que de-

re-

rechos tengan estos en él, ó sus herederos, nn. 11. y 12. §. 6. in ead. leg. 40. fol. 138.

Mayorazgo. Tambien consiste en bienes particulares prohibidos de enagenar: si sea ilícita la prohibicion de enagenar por contrato entre vivos; y en que casos sea permitida, y produzca efecto, ex n. 13. ad 38. inclusiv. ex §. 7. usque ad 10. inclus. in ead. leg. ex folio 138. ad 142.

Mayorazgo. Si puedan constituir los padres con seguridad de conciencia, elegir al descendiente que quieran, privando á los demas de su legítima, tengan ó no obligacion de elegir el mayor: si este se entienda llamado, expresando el fundador que sea uno el poseedor, y preferir las hembras á los varones; y si los que desciendan de ellas se admitan, estando excluidas, ex n. 56. ad 61. inclus. §§. 19. 20. y 21. in leg. 40. fol. 147. 148. y 149.

Mayorazgo. De que modos se pruebe, y si por la inmemorial; y que requisitos tenga esta, ex n. 1. ad 4. §. unic. in leg. 41. fol. 158. y 159.

Molinos. Quien, quando, y en que sitio puedan hacerse, nn. 10. 11. y 12. §. 7. y 8. in leg. 46. folios 228. y 229.

Matrimonio clandestino. Quando se verifique, y sus penas, nn. 1. y 2. §. 1. y 2. in leg. 49. fol. 247. y 248.

Muger. Quando pueda contraer sin licencia del marido, y si sea suficiente que este despues ratifique el contrato expresa ó tácitamente; y si pueda sin permiso de aquel constituir procurador, ex n. 1. ad ult. in leg. 54. y sig. ex §. 1. ad fin. fol. 292. y 293. Si pueda renunciar los gananciales, y que efectos produzca esta renuncia, n. unic. §. 1. y 2. in leg. 60. fol. 294.

Mu-

Muger. Si pueda ser fiadora del marido, ó *vice versa*, ó de un tercero, obligarse *in solidum* con aquel; y si hay algun caso en que pueda interceder por el marido, ex n. 1. ad ultim. ex §. 1. ad fin. in leg. 61. fol. 295. 296. y 297.

Muger. Quando pueda ser presa por deuda; y ahí siendo pública pueda pedir lo prometido, y retener lo que se le hubiese dado, nn. 1. 2. y 3. §. unic. in leg. 62. id. fol. 297.

O

Obra. Quando el maestro ú oficiales queden responsables á su seguridad, n. 18. §. 10. in leg. 46. folios 230. y 231.

Obra nueva, y su denunciacion, quando tenga lugar, que remedios competan para hacerla ó impedirla, y diferencia de estos al de dicha denuncia, números 20. 21. y 22. §. 13. in ead. leg. fol. 232. y 233. Obra nueva, que personas puedan denunciarla, ex n. 23. ad 27. inclus. §. 14. y 15. in ead. leg. et id. fol. 233. y 234., y á quienes, nn. 28. y 29. §. 16. y 17. in ead. leg. id. fol. 234. y 235. Sobre que cosas, n. 30. §. 18. in ead. leg. et id. fol. 235. Modos de formalizarse, y diferencia que media entre unos y otros, nn. 31. y 32. §. 19. in ead. leg. et id. fol. 235. y 236. Que efecto produzca la denunciacion de nueva Obra, quando, como, y en que casos deba cesar ó seguir su construccion, ex n. 34. ad 38. inclus. ex §. 21. ad 24. in ead. leg. fol. 236. 237. y 238. Por que tiempo dure la facultad de denunciar nueva Obra; y si el interdicto que para ello se intenta, ó el demolitorio para que lo hecho se destruya pase á los herederos, nn. 39. 40. y 41. §§. 25. 26. y 27. in ead. leg. fol. 239. y 240.

Prín-

P

Príncipe. No puede privar á los súbditos del derecho adquirido, si no intervengan justas causas, y quales sean estas, n. 11. §. 3. in leg. 1. fol. 7.

Padres y demas ascendientes, como, en que bienes, y si con exclusion de los hermanos del hijo ó descendiente difunto suceden á estos, ex n. 1. ad 4. §. 1. in leg. 6. fol. 39. Y de que derecho provenga esta sucesion, y efectos, n. 5. in eod. §. 1. et leg. et fol. 40. El padre no retiene el usufructo de la tercera parte que el hijo dexare á un extraño, estando aquel provisto con las otras dos, que es su legítima, n. 13. §. 6. in ead. leg. fol. 43. y 44.

Padres tienen la misma incapacidad de suceder á sus hijos ilegítimos que estos á aquellos, n. 44. y 45. §. 13. in leg. 9. fol. 63.

Por la *Pretericion* del hijo se anula el testamento del padre, aunque aquel sea póstumo, como este nazca naturalmente; y que circunstancias se han de verificar para que el parto sea natural, ex n. 1. ad 4. inclus. §. unic. in leg. 13. fol. 69.

Pacto de no suceder, que sea, y quando valga, y sus efectos, ex n. 1. ad 16. inclus. ex §. 2. ad 9. exclus. in leg. 22. fol. 90. ad 94.

Pacto de suceder, que sea, y si es válida entre Militares, nn. 17. y 18. §. 9. in ead. leg. et id. folio 94.

Pacto de conservar la herencia futura, que sea, si es válido, que efectos produce, y que inteligencia tiene la ley 22. de Toro sobre este concepto en quanto á las promisiones de mejorar, ó no mejorar á alguno de sus hijos, ex n. 19. ad 29. inclus. in ead. leg. fol. 95. ad 98.

Pacto en razon de dividir en cierto modo la herencia futura, que sea, y que virtud tenga, y quando sea lícito, nn. 30. y 31. §. 14. y 15. in ead. leg. 22. fol. 98. y 99.

Poseedor de mayorazgo. Si esté obligado á dar alimentos á sus hermanos, quedando la madre comun con facultades para hacerlo: si sea dueño verdadero de los bienes de la dotacion de él; y si deba afianzar sobre su restitucion en favor del siguiente sucesor; y si este en vida de aquel pueda solicitar se le declare por tal inmediato, ex n. 75. ad 79. inclus. §. 30. y 31. in leg. 40. fol. 153. y 154.; y si valga la institucion hecha por el poseedor en favor del siguiente llamado, y que efectos produzca, n. 80. §. 32. in ead. leg. et id. fol. 154. y 155.

Posesion. Que sea, y sus especies; y si para adquirirla se necesite título, y se transfiera siendo este nulo, hecho por el menor, sin decreto judicial, de bienes vinculados, ó simulado, ex n. 17. ad 28. inclus. ex §. 7. ad 14. exclus. in leg. 45. ex fol. 167. ad 170.

Posesion. Si se transfiera por acto ficto, siendo nulo el contracto; y que suceda quando espera convalescencia, como la donacion entre marido y muger, que se confirma por muerte del donante, numer. 29. y 31. §. 14. in ead. leg. et idem fol. 170. y 171.

Posesion. Por que actos verdaderos se adquiera, y si á este fin se necesite la absoluta ocupacion del fundo, y si la posesion tomada en uno se extienda á otros distintos y separados, ó si en la casa á lo que en ella existiere; y como se adquiera en las cosas incorporales, ex n. 32. ad 40. inclus. §§. 15. 16. y 17. in ead. leg. 45. et id. fol. 171. y 172.

Po-

Posesion. Si se adquiera de nuevo por la entrada en la cosa con ánimo de continuar la posesion que se creia haber, n. 41. §. 18. leg. 45. et eod. fol. 172. Como se adquiera en la jurisdiccion, y si pueda adquirirse la civil sin la natural, ó por el contrario, números 42. 43. y 44. §. 19. y 20. in ead. leg. folios 173. y 174.

Posesion. Se adquiere por actos fictos, siendo el primero por vista de ojos, y todo lo que en razon de este modo de adquirirla se ofrece, ex n. 45. ad 55. inclus. §§. 21. 22. y 23. in ead. leg. id. fol. 174. ad 176.

Posesion. Si se adquiere por entrega del instrumento y de su materia, ex núm. 56. ad n. 59. inclusive §. 25. in ead. leg. et eod. fol. 176. y 177. Si por entrega de las llaves, nn. 60. 61. y 62. §. 26. y 27. in ead. leg. fol. 177. Si por retencion del usufructo, nn. 64. y 65. in eod. §. 27. et ead. leg. id. fol. 177. Si por la conducion ó arrendamiento de la cosa, números 66. 67. y 68. §. 28. in ead. leg. et id. fol. 178. Si se adquiere posesion por la enagenacion que se hace en favor del que tenia la nuda detentacion de la cosa, ex n. 69. ad 73. inclus. §. 29. y 30. in ead. leg. id. fol. 178. ad 180. Si por poner guarda y custodiador á la cosa, núm. 74. y 75. §. 31. in ead. leg. id. fol. 180. Si por la asignacion de ella, n. 76. y 77. §. 32. in ead. leg. id. fol. 180. Si por la cláusula de constituto y de su materia, ex n. 78. ad 93. inclus. ex §. 33. ad 39. in ead. leg. fol. 181. ad 186.

Posesion. Quando se vicie por la incertidumbre, n. 96. §. 41. in ead. leg. id. fol. 186. Si pueda adquirirse por muchos títulos, núm. 97. §. 42. in ead. leg. fol. 186. y 187.

Posesion. Como pueda estar *in solidum* en muchas

personas, nn. 99. y 100. §. 44. in leg. 45. fol. 188.

Posesion ya adquirida, por que modos se retenga, y si la civil sin la natural, ó por el contrario; y quando, y en que casos aquellas se pierdan ó ambas; que efectos produzca la pérdida de la civil que solamente se tenia, n. 101. ad 104. inclus. §. 45. ad 48. in ead. leg. fol. 189. ad 191. La posesion civil sola que efectos produce, y quales sola la natural, nn. 105. 106. y 117. §. 49. y 50. in ead. leg. id. fol. 191. y 192.

Posesion de muebles semovientes, como se adquiera y retenga, n. 108. §. 51. in ead. leg. id. fol. 192. y 193.

Posesion. Como se retenga por medio de otro, n. 109. §. 52. in ead. leg. id. fol. 193.

Posesion. Si la pierda el furioso, mentecato y otros que para adquirirla tienen el mismo defecto, eod. §. 53. in ead. leg. fol. 194. Si la ley pueda hacer que pase á otro la posesion sin acto verdadero ó ficto de ella; qual sea la que se transfiere al siguiente sucesor, y que efectos produzca, n. 111. ad 114. ex §. 54. ad 58. inclus. in ead. leg. id. fol. 194. ad 196.

Posesion que induce la ley 45. de Toro, si cese luego que se aprehende la corporal; y si esta Real disposicion tenga lugar en qualesquiera bienes vinculados y sujetos á restitucion; y en todos los sucesores subsiguientes al primero, nn. 115. 116. y 117. §. 60. in ead. leg. fol. 197. y 198.

Poseedor actual de mayorazgo. Que remedios tenga contra aquel en quien se encuentran los bienes muerto el anterior, nn. 118. 119. y 120. §. 61. y 62. in ead. leg. id. fol. 198. y 199.

Posesion legal y sus efectos, nn. 127. 128. y 129. §. 67. y 68. in ead. leg. fol. 201. y 202.

Peticion de herencia. Quando, á quienes, contra que

que personas competa, y en que cosas, y en que se diferencia del remedio *Quorum bonorum*, ex n. 154. ad 167. inclusive ex §. 81. ad 87. exclus. fol. 209. ad 212.

Posesion. Como se prueba, n. 193. §. 108. y 109. in ead. leg. fol. 222. y 223.

Poseedor de buena fe. Que impensas recupere de las hechas en la cosa, nn. 2. y 3. §. 2. y 3. leg. 46. fol. 225. y 226.; y quales el Poseedor de mayorazgo, n. 4. in eod. §. 3. et leg. id. fol. 226. y 227.

Puente ó pasadizo. Si pueda hacerse de acera á acera en atravesando alguna calle pública, n. 13. §. 9. in ead. leg. fol. 230.

Padre. Si tenga el usufructo en los bienes del hijo, quando los pierda en todo ó en parte; y demas sobre esta materia, ex n. 1. ad fin. ex §. 1. ad ultim. per tot. leg. 48. ex fol. 241. usque ad 246.

Prescripcion. Que sea, y sus efectos, in tot. leg. 65. fol. 302. y 303.

Q

Quarta Trebeliánica. Si pueda sacarse para el hijo extra de su legítima de la herencia, con cuya restitucion se halla gravado, n. 84. §. 19. in leg. 3. fol. 27. y 28.

R

Restitucion. Si pueda hacerla en vida el heredero, legatario &c., que se le hubiese hecho este encargo por el difunto en favor de los hijos de aquel, ó de pobres, doncellas, &c. núm. 6. y 7. in leg. 17. §. 3. fol. 80.

Renunciar el mayorazgo, si pueda su poseedor, n. 70. §. 27. in leg. 40. fol. 152.

Remedio de la ley fin. cap. *de Edict. D. Adrian tollend.* que sea, quando tenga lugar, á quienes competa, en que casos tenga lugar, y para su intento que circunstancias se han de verificar sobre el testamento, en cuya virtud se entabla, ex n. 134. ad 146. inclus. ex §. 70. ad 77. exclus. in leg. 45. fol. 203. usque ad 207. Si la posesion que produce este beneficio se suspende habiendo legítimo contradictor; y quien lo sea, ex núm. 147. ad 150. inclus. §. 77. y 78. in ead. leg. fol. 206. y 207. Quien sea Juez competente para conocer de este remedio, núm. 151. §. 79. in ead. leg. fol. 208. Este remedio en que se diferencie del *quorum bonorum*, número 152. §. 80. in ead. leg. et id. fol. 208.

Retracto. A quienes competa, ex n. 1. ad 41. inclus. ex §. 1. ad 8. exclus. in leg. 70. y siguiente à fol. 313. ad 316. En que cosas tenga lugar, y dentro de que tiempo, y con que requisitos deba intentarse, ex n. 15. ad 29. inclus. ex §. 8. ad 15. exclus. et id. fol. 316. ad 319. Quando tenga lugar por razon de comunion ó sociedad; y otras qüestiones sobre esta materia, ex n. 27. ad últim. ex §. 15. ad últim. in ead. leg. y sig. id. fol. 319. ad 322.

Reo ausente. Como se proceda contra él, y que se ha de verificar para que se le condene, y quando compareciendo se le oiga, y de que modo, in tot. leg. 76. et id. fol. 322. usque ad 326.

S

Sucesion que tienen los hijos naturales é ilegítimos respecto del padre, ó colaterales de parte de la madre, ex n. 46. ad 50. inclus. §. 14. y 15. in leg. 9. fol. 63. y 64.

Suceder en el mayorazgo. Si pueda el Monge ó Re-

Religioso, n. 66. §. 24. in leg. 40. fol. 150. Si en la sucesion sea preferido el primogénito, aunque el padre entrase á poseer despues, y ya en tiempo de haber nacido el segundo, n. 67. §. 25. in ead. leg. et fol. 151. Y que hijo sea preferido en la sucesion de dos ó mas que naciesen de un parto, sin poderse averiguar qual fue primero, núm. 68. §. 26. in ead. leg. et id. fol. 151. Si de la sucesion deba excluirse el loco, demente ó mentecato, n. 69. in eod. §. et fol. 151.

Si los padres por algun medio puedan privar á los hijos de la sucesion del mayorazgo: si el sucesor de él deba pagar las deudas de su antecesor; y si le perjudique á aquel la sentencia dada contra este, nn. 71. 72. y 73. §. 28. y 29. in ead. leg. fol. 152. y 153.

Sucesor de mayorazgo. Si mas bien le competa el interdicto *retinendæ* que el *recuperandæ*; y si haciendo aquello le obste la excepcion de dominio, nn. 121. y 122. §. 63. in leg. 45. fol. 199. y 200. Si pueda intentar la peticion de herencia, y quando expeler de su propia autoridad al detentador de los bienes vinculados, nn. 123. y 124. §. 64. in. ead. leg. et id. fol. 200. Pretendiendo muchos ser sucesores del mayorazgo, que deba hacer el Juez con los bienes; y donde se trata el juicio posesorio de ellos, nn. 125. y 126. §. 65. y 66. in ead. leg. fol. 200. y 201.

Sucesor de mayorazgo. Si esté obligado á pagar los débitos de su antecesor, n. 71. §. 28. in leg. 40. fol. 152.

T

Testamentos. De que derecho provenga, y quien puede hacerlo, ex princ. usque ad núm. 5. inclus. in leg. 3. §. 1. y 2. fol. 13. 14. y 15. Que personas esten prohibidas de testar, ex n. 6. ad 16. §. 3. in ead. leg.

et

et id. fol. 15. 16. y 17. et n. 17. §. 6. in leg. 3. fol. 17. Si valga lo dispuesto en el testamento que no se finalizó por haber muerto el disponente, nn. 18. y 19. §. 7. in ead. leg. fol. 17. y 18. Que forma ó solemnidad debe tener el testamento otorgado en Reyno extraño; y si extendido en otro idioma es suficiente la interpretacion de una sola persona, núm. 20. y 21. §. 8. in ead. leg. fol. 18. y 19. Solemnidades del testamento cerrado para su validacion, ex n. 23. §. 9. in ead. leg. id. fol. 19. usque ad 46. inclus. §. 12. fol. 22. y 23. Testamento nuncupativo, su solemnidad, núm. 47. §. 13. in ead. leg. fol. 23. y 24. Si hecho en tiempo de peste subsiste con menos solemnidad; ó si lo fuere en favor de hijos; y si tanto el testamento cerrado como el abierto debe otorgarse *unico contextu*, nn. 48. 49. y 50. §. 14. in ead. leg. id. fol. 24. Testamento del ciego como se otorga, nn. 51. y 52. §. 15. in ead. leg. fol. 24. y 25. Testamento otorgado entre los hijos, sea nuncupativo ó abierto, requiere hoy las propias solemnidades que si se hiciese en favor de extraños, n. 53. ad 60. inclus. §. 16. in ead. leg. et id. fol. 25. Testamento se revoca por su rotura, cancelacion, borradura, enmienda ó rascadura, nn. 90. y 91. §. 20. in ead. leg. fol. 28. y 29. Y tambien por otro igualmente perfecto y solemne, quando el primero no tenga cláusula derogatoria de los posteriores; y como en estos pueda deshacerse el efecto de dicha cláusula; y en que casos se entienda virtualmente puesta, n. 92. ad 96. §. 21. in ead. leg. fol. 29. y 30. Si el testamento solemne hecho en favor de extraño se revoca por otro posterior otorgado con solos cinco testigos, y en que estan instituidos los parientes, ex n. 97. usque ad 102. §. 22. in ead. leg. id. fol. 30.; y quando por sola verbal revocacion, nn. 102. 103. y 104. §. 23. in leg.

leg. 3. fol. 30. y 31. Si valga no leyéndosele al testador, nn. 107. y 108. §. 24. in ead. leg. fol. 31. Y si pueda hacerse *ad interrogationem alterius*, por señas, ó con palabras tardas, y no perfectamente articuladas, nn. 109. 110. y 111. §. 25. in ead. leg. idem fol. 31. y 32. Si es nulo quando el testador muriere inmediatamente que se finalizó, n. 112. in eod. §. et leg. et id. fol. 32. Testamento ó contrato hecho con palabras dudosas de si será ó no voluntad deliberada, quando valga, ex n. 115. ad 119. inclus. §. 26. in ead. leg. id. fol. 32. y 33. Si sea válido en el fuero interino, faltándole algunas solemnidades, nn. 120. 122. y 123. §. 27. in ead. leg. et id. fol. 33. y 34. Quando el testamento se rompe ó anula, si subsistan los legados fideicomisos, substitucion pupilar, nombramiento de tutor, &c. Y que sea quando interviene pretericion ó desheredacion, n. 1. ad 4. §. 1. in leg. 24. fol. 100. 101. y 102.

V

Vinculacion. Si expire por muerte del hijo mayor llamado sin otras nominaciones; y si en ella se suceda por representacion, pasando la sucesion al hijo del mayor, nieto del poseedor, aunque este tenga hijo segundo, n. 65. §. 23. in leg. 40. fol. 149. y 150.

Usucapion. Que sea y sus efectos, in tot. leg. 65. fol. 303. y 304.