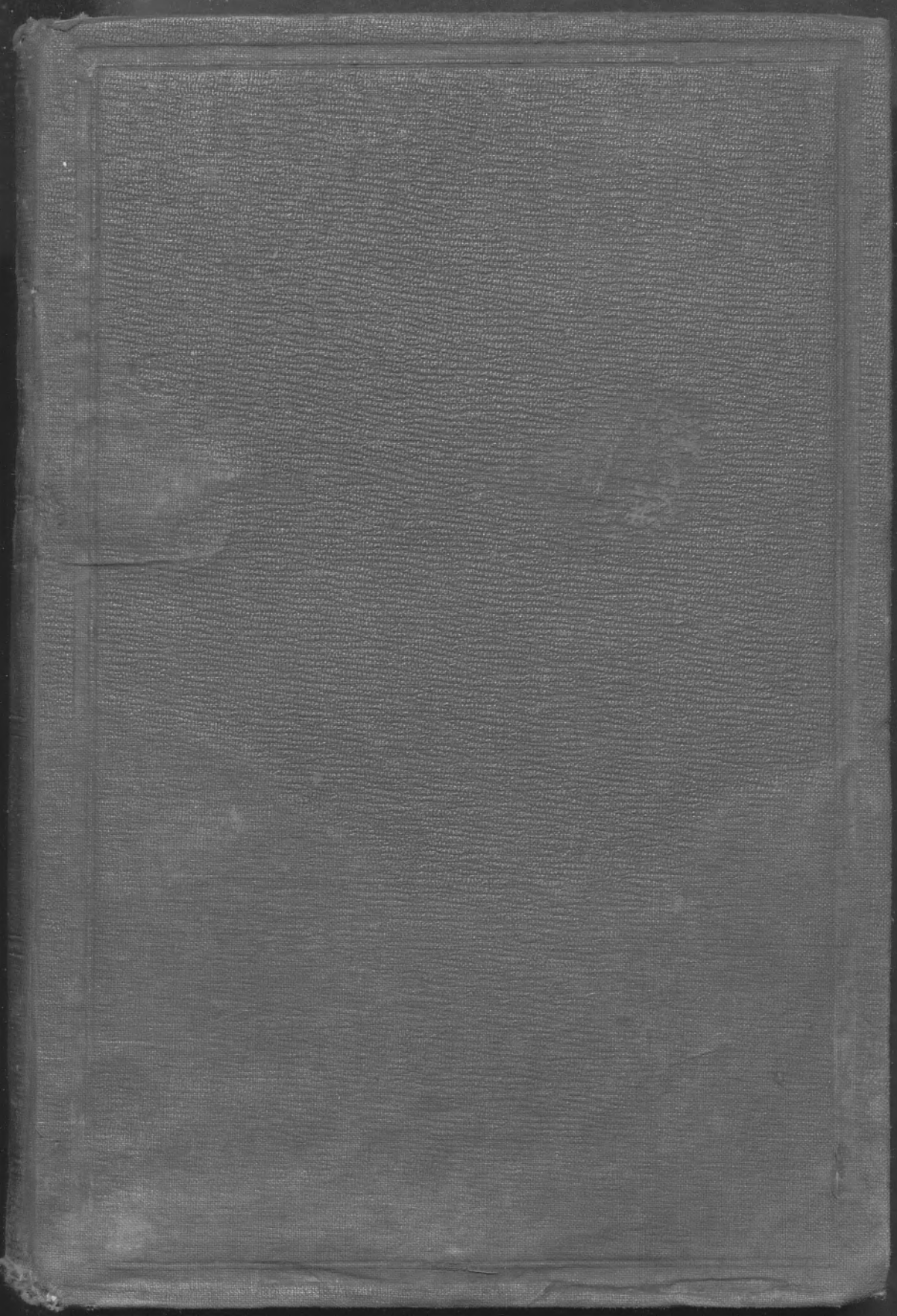










4
(v.2)

COMENTARIO A LAS LEYES DE TORO.

CB. 1151495

L. 103580

COMENTARIO A LAS LEYES DE TORO

COMENTARIO

CRITICO, JURIDICO, LITERAL,

▲

LAS OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO,

POR

Don Sancho Flamas y Molina,

COLEGIAL EN EL MAYOR DE SAN ILDEFONSO, UNIVERSIDAD DE ALCALA, DOCTOR EN AMBOS
DERECHOS EN LA MISMA Y CONSEJERO TOGADO EN EL REAL Y SUPREMO CONSEJO DE HACIENDA.

TERCERA EDICION.

Ilustrada con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales sobre los diversos ramos del Derecho Romano, español y canónico, conforme á los progresos hechos en la ciencia; con el extracto de las disposiciones legales publicadas hasta el día, aclaratorias ó derogatorias de las doctrinas y disposiciones que en dicha obra se contienen; con sumarios de las varias cuestiones y opiniones de los intérpretes comprendidas en cada comentario, y con un índice general analítico, por órden alfabético de todas las materias contenidas en la obra.

POR

Don José Vicente y Caravantes.

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA.

TOMO 11.

MADRID

Imprenta y librería de Gaspar y Roig, editores,
calle del Principe, número 4.

1853.

COMENTARIO

CRITICO JURIDICO, MATERIAL

LAS OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO

Es propiedad de la casa de los señores
Gaspar y Roig.



2.91334

CONTINUACION

AL

COMENTARIO CRITICO-LITERAL

A LAS

OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO.



Ley 36 de Toro; es la 10, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 43, tít. 20, lib. 10 de la Novísima.

Succion de los parientes del difunto cuando el comisario no formalice su testamento en el tiempo debido.

Quando el comisario no fizo testamento, ni despuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque se murió sin hacerlo, los tales bienes heredan derechamente á los parientes del que le dió el poder que obiesen de venigar sus bienes abintestato, los cuales en caso que no sean hijos ni descendientes ó ascendientes legitimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; á lo cual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no la cumpliere, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo.

COMENTARIO A LA LEY 36 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. La presente ley y la 32 hablan de un mismo caso respecto del testador, pero es diverso el caso respecto del comisario, segun se expresa: diversidad en la resolucion de la presente ley respecto de la 32, segun la diversidad del caso de que hablan.—3. Duda sobre la razon que tuvo la presente ley para fijar la diferencia de que quando los parientes que venian á heredar abintestato eran colaterales tuvieren que disponer del quinto por el alma del testador y

no los descendientes ó ascendientes en igual caso.—4 y 5. Opinion sólida de Tello Fernandez de que la razon para no gravar á los descendientes y ascendientes del testador consiste en que siendo herederos forzosos de todos los bienes de éste y aun del quinto sino dispone de él, no disponiendo ni el testador ni el comisario del tercio ni del quinto en el caso espuesto, todos los bienes se reputan por legítima, la que no debe gravarse.—6. Duda sobre si deroga la ley que se cita á la presente en cuanto á la obligacion de los colaterales de disponer del quinto por el alma del testador: se opina por la no derogacion, pues antes dicha ley confirma á la presente: se espone el fin de aquella ley.—7. La ley citada solo corrigió el abuso de compeler á los descendientes y ascendientes herederos abintestato á invertir el quinto por el alma del testador á que no estaban obligados por la ley, mas nada espresó sobre los herederos colaterales.—8. No importa que dicha ley mande que los parientes que sucedan abintestato deben hacer el entierro, funerales y demas sufragios acostumbrados, porque esta disposicion se ha de considerar en parte como estension de la de la ley de Toro, y en parte como confirmacion de la misma.—9 y 10. Abusos que se propuso corregir la ley citada.—11. Siendo estos abusos contrarios á la letra y espíritu de la ley de Toro, su correccion no puede considerarse como derogacion de dicha ley, sino como confirmacion de la misma, segun se espone.—12. Tampoco puede reputarse como correctoria de la ley de Toro en cuanto ordena que en el caso de ser omisos los herederos en costear los funerales etc., se les compeliere á ello por sus propios jueces, segun se espone.—13. Solo podia entenderse correctoria de la ley de Toro en la parte que imponia á los herederos colaterales la obligacion de invertir el quinto de sus bienes en beneficio del alma del testador, que fue la disposicion principal, y esto no es creible, diciendo que quiere se observe dicha ley de Toro.—14. No es compatible que una ley revoque otra cuando manifiesta que se observe.—15. La sola duda que queda es de si en caso que los herederos sean colaterales puede la justicia secular formar inventario de los bienes para poder compelerlos en caso de morosidad, á invertir el quinto en favor del alma por las razones que se esponen.—16 y 17. El tiempo señalado por esta ley á los herederos colaterales para invertir el quinto en beneficio del alma es un año desde la muerte del testador, segun se dispone en la ley de Partida que se cita, y pasado este término puede la justicia secular compeler á los herederos ó proceder de oficio.—18. La presente ley es tambien correctoria en este punto de la de Partida que se cita, que concede á los obispos la facultad de compeler á los testamentarios al cumplimiento de lo mandado por los testadores.—19. Duda de si no habiendo parientes herederos abintestato, deberá invertirse no solo el quinto sino todo el resto de la herencia del testador en obras pias á beneficio de su alma ó deberán suceder los herederos extraños en defecto de parientes: decision porque deben estos, con exclusion de las obras pias, ser preferidos en la sucesion de la herencia, sin que sirva de obstáculo la disposicion de la ley 32, por las razones que se espresan.—20. Cuando sucedan la muger ó el fisco tambien tienen que invertir el quinto por el alma del testador.—21. Duda sobre si cuando uno muere intestado por no haber hecho testamento por sí ni por comisario, deben los colaterales ó los que vengan á sucederles, invertir el quinto de la herencia en obras pias: decision por que la obligacion que impone esta ley á los colaterales debe limitarse al caso de que habla y no al de la duda espuesta.

1. Dispone la presente ley que cuando el comisario no hizo testamento por haber pasado el tiempo señalado para hacerlo* ó por no haber querido, ó porque se murió antes, los bienes del que dió el poder vayan á sus parientes que lo habian de heredar abintestato, y sino son hijos descendientes ni ascendientes legítimos estén obligados á disponer de la quinta parte de dichos bienes por el alma del testador dentro del año contado desde la muerte del mismo, y si no lo cumplieren, manda que las justicias los compelan á ello, y que cualquiera del pueblo sea parte para demandarlos.

2. Para la mas fácil inteligencia de esta ley conviene advertir que esta y la 32 hablan de un mismo caso respecto del testador, á saber, cuando dió poder general é indefinido al comisario para que hiciese testamento por él; pero

es diverso el caso de parte del comisario, porque en la 32 el comisario llevó á efecto la facultad que le dió el testador, é hizo testamento por él, y en la presente se supone que no usó de la facultad que se le dió para testar por no haber podido ó querido el comisario otorgar el testamento: de esta variedad que hubo de parte del comisario nació la diversidad que se nota en la resolución de esta ley respecto de la 32, reducida á que en el caso que se propone en la 32 el que dió el poder murió testado en cuanto al quinto de sus bienes, é intestado en los demas, habiéndole quedado parientes con derecho de heredarle, y en el caso de la presente el que dió el poder murió absolutamente intestado en todos sus bienes, tanto en el caso de dejar parientes como de morir sin ellos, pues ni él hizo testamento ni tampoco el comisario á quien dió poder para que lo hiciera por él.

3. La duda que á primera vista se ofrece consiste en saber ó señalar la razon que tuvo la presente ley para establecer la diferencia de que cuando los parientes que venian á heredar abintestato eran colaterales estuviesen obligados á disponer de la quinta parte de sus bienes por el alma del testador, y que no tuviesen esta obligacion los descendientes ó ascendientes del mismo cuando sucedian en igual caso.

4. Tello Fernandez en el número 4 del Comentario á esta ley propuso esta duda, y resuelve que la razon que movió al legislador para no gravar á los descendientes y ascendientes del testador con la obligacion de invertir el quinto de los bienes en beneficio de su alma, fue el que por la ley 6 de Toro se declaró que los descendientes y ascendientes del testador son herederos legitimos y necesarios de todos sus bienes, á quien sin embargo se le permite que pueda disponer del quinto ó tercio de todos ellos respectivamente, siendo los descendientes herederos forzosos de todos los bienes del testador cuando este no dispone de la parte que se le permite, todos los bienes íntegramente pasan á los herederos por reputarse universales de todo lo que no disponga el testador, y como en el caso de la presente ley ni el testador ni el comisario dispusieron del quinto ni tercio de sus bienes, todos se reputaron por legitima de los mismos, y de consiguiente no correspondia que se les gravase con ninguna carga ó deduccion.

5. Esta opinion de Tello, á quien sigue Matienzo en la ley 10, tit 4 libro 5 de la Recopilacion, glosa 4, número 2, la tengo por tan sólida y fundada que enteramente suscribo á ella.

6. Otra duda que debe examinarse aqui es si por la pragmática ó ley 46 del título 4, lib. 5 de la Recopilacion, se corrige ó deroga la presente ley en la parte que dispone que los parientes colaterales que vengan á heredar abintestato los bienes del finado esten obligados á invertir el quinto de los bienes del mismo en beneficio de su alma, y soy de parecer que la ley 46 nada ha innovado en este punto, y que el fin que se propuso, como en la misma se espresa, fue impedir que los jueces, así eclesiásticos como seculares, estendiesen indebidamente la presente ley á herederos que en ella se exceptúan, y casos de que no habla, y dispuso que se observase la presente ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y espreso de ella, con que mal podria entenderse derogada esta ley por la 46, que tan espresa y literalmente la confirma.

7. La estension que dice la ley hacian las justicias eclesiásticas y seculares indebidamente á herederos que en esta ley se exceptúan debe enten-

derse de cuando los herederos eran descendientes ó ascendientes, en cuyo caso como la ley no les imponía la obligacion de invertir el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, indebidamente se mezclaban ambas jurisdicciones para compeler á dichos herederos á hacer la inversion del quinto en obras pias; con que es claro que en este punto la ley 46 solo corrigió el abuso introducido contra la decision de la presente ley de compeler á los descendientes y ascendientes que eran herederos abintestato á invertir el quinto de sus bienes en beneficio del alma del testador, de cuya obligacion estaban exceptuados por la ley, sin que en nada espresase para el caso en que los herederos eran colaterales.

8. No se opone á esto que mande la referida pragmática que los parientes que suceden abintestato deban hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbra en el pais con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, y que solo en el caso de que los herederos no cumplan con esta obligacion se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes, porque toda esta disposicion se debe considerar en parte como estension de la disposicion de la ley de Toro, y en parte como confirmacion de la misma: se persuade ser este el fin que se propuso en la pragmática si se hace reflexion á los abusos que supone la misma se habian introducido contra la observancia y literal disposicion de la ley de Toro.

9. Uno de estos abusos consistia en que la disposicion de la espresada ley de Toro, que hablando de los herederos colaterales les imponía la obligacion de invertir en beneficio del alma del testador el quinto de sus bienes, la estendian á los herederos que eran descendientes ó ascendientes del mismo, y por esto dice con razon la pragmática que los jueces así eclesiásticos como seculares estendian la ley de Toro á casos que en ella se exceptuaban.

40. El otro abuso era consiguiente á este, pues suponiendo en los descendientes y ascendientes la obligacion de invertir dicho quinto en beneficio del alma del testador, los compelian los jueces seculares ó eclesiásticos á ello, y para este fin se entrometian á formar inventario de sus bienes.

41. Como estos abusos eran contrarios á la letra y espíritu de la ley de Toro, su correccion y enmienda que proveyó la pragmática, no puede considerarse como derogacion de dicha ley de Toro, sino como confirmacion de la misma, y así cuando tratando de corregir dichos abusos manda la pragmática que los bienes del testador se entreguen íntegramente á los parientes que los han de heredar abintestato, y les señala el modo y forma con que han de celebrar y costear los gastos del entierro, exequias, funerales y demas sufragios, nada corrigió de lo dispuesto por la ley de Toro, pues esta ninguna cosa espresó para el caso de que los herederos fueran descendientes ó ascendientes del testador, y así el señalamiento ú obligacion que ahora les impone la pragmática se debe considerar mas bien como una declaracion ó ampliacion de la ley de Toro en esta parte que como correccion de la misma.

42. Tampoco es ni puede reputarse por correccion de la ley de Toro la pragmática en la parte que ordena que en caso de ser omisos los herederos en cumplir la obligacion que les habia impuesto de costear el entierro, exe-

quias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais segun los haberes y calidad de las personas, se les compeliere á ello por sus propios jueces, pues como la ley de Toro no habla espresamente de este caso todo lo que la pragmática acerca de él dispuso no se puede reputar por derogatorio de la ley anterior, y en realidad la pragmática no hizo otra cosa sino estender y ampliar lo que la ley de Toro disponia en el caso de que los herederos colaterales eran emisos en la inversion del quinto de los bienes, para cuando la omision era en costear el entierro, funerales y sufragios.

13. Si en alguna cosa hubiese alterado ó corregido la pragmática la disposicion de la ley de Toro, habia de ser en la parte que imponia á los herederos colaterales la obligacion de invertir el quinto de sus bienes en beneficio del alma del testador (cuyo quinto por lo regular y comunmente es de mucho mas valor del coste del entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se hagan segun costumbre del pais con arreglo á los haberes y calidad del difunto), que fue la disposicion principal que en ella se contiene, pues lo que ordena de que en caso de omision se les compela por los jueces á cumplir con esta obligacion es una secuela ó ilacion de la disposicion principal. ¿Será, pues, creible que si hubiese derogado la pragmática la disposicion principal de la ley de Toro, dijera que queria se observase la misma (nótese bien) en todo lo por ella ordenado y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y espreso de ella?

14. No es conciliable ni compatible en un juicio recto que una ley derogue y revoque lo dispuesto por otra al mismo tiempo que en términos espresos declara y manifiesta quiere se observe todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, y encarga se ciñan á lo literal y espreso de ella.

15. La única duda que puede quedar al presente es si en caso que los herederos sean colaterales podrá la justicia secular, pues la eclesiástica está enteramente escluida, formar inventario de los bienes, á fin de poder compelerlos, en caso de morosidad, á invertir el quinto en favor del alma, y aunque por la ley de Toro espresamente no se deba esta facultad á la justicia, como por otra parte se la autorizaba para compeler á los herederos á cumplir esta obligacion, parece que virtualmente le concedia poder formar inventario de los bienes, pues de otro modo mal podría la justicia saber con certeza y seguridad á cuanto ascendia el valor del quinto para compeler á su inversion, y siendo el inventario el único medio para acreditarlo, pareceria correspondia á la justicia la facultad de formarlo por ser consiguiente de que al que se le autoriza para hacer alguna cosa, se entiende concederle usar de aquellos medios que son indispensables para su ejecucion, á no ser que tanto la ley de Toro como la pragmática hayan querido dejar á la conciencia y probidad de los herederos la formacion del inventario, por lo que no fijo mi dictámen, y el lector elegirá en este punto el que le parezca mas conforme.

16. El tiempo que por esta ley se señala á los herederos colaterales para invertir el quinto de los bienes en beneficio del alma es el de un año preciso, que debe empezar á contarse desde la muerte del testador, segun está dispuesto en la ley 6, tit. 10, Partida 6, que corrige la disposicion del cap. 3 de *testamentis*, en el que se ordena que el año que se da á los ejecutores, para cumplir la voluntad de los testadores habia de empezar á correr desde

el día que los interpelaba el juez para cumplir lo ordenado por el testador, de que se infiere que la presente ley reputó y consideró como ejecutores á los herederos en este caso.

17. Pasado este término ó plazo, ordena la ley que la justicia secular compela á los herederos á hacer la referida inversion, y declara que pueda proceder para ello de oficio, ó bien á instancia de parte, que lo podrá ser cualquiera del pueblo.

18. En este punto tambien es la presente ley correctoria de la 7, tít. 10, Partida 6, que concede á los obispos la facultad de compeler á los testamentarios al cumplimiento de lo mandado por los testadores, en lo que parece que la ley de Partida se conformaba y seguia lo que habia ordenado el emperador Leon en la ley 28, *C. de episcopis et clericis*, y se hallaba confirmado en el citado cap. 3 de *testamentis*.

19. Podrá dudarse si en el caso de que no haya parientes que vengan á heredar abintestato, deberá invertirse, no solo el quinto sino todo el resto de la herencia del testador en obras pías á beneficio de su alma, como se dispone en la ley 32 de Toro, ó deberán suceder los herederos estraños que por las leyes vienen á suceder abintestato en defecto de parientes; y debe decirse que estos, con exclusion de las obras pías, han de ser preferidos en la sucesion de la herencia, sin que sea obstáculo la disposicion de la ley 32, porque aquella habla del caso en que el que dió el poder murió testado, por haber hecho testamento por él, y dispuesto de todos sus bienes el comisario, y en el caso de la ley presente, el que dió el poder no hizo testamento, ni tampoco el comisario, por lo que se verificó que murió absolutamente abintestato, en cuyo caso por la ley 6, tít. 13, Partida 6, es llamada la muger á la herencia de su marido, y en defecto de esta el fisco; y ultimamente, por la ley 1, tít. 22, lib. 10 de la Novisima el fisco escluye á la muger del finado en la sucesion abintestato.

20. Corresponde tener presente que en caso que suceda la muger ó el fisco, estarán obligados igualmente á invertir el quinto de la herencia en beneficio del alma del testador por no deberse reputar de mejor condicion y derecho que cuando los herederos son colaterales.

21. Es duda curiosa y sutil, no tratada por ninguno de los comentadores que he tenido á la vista, si siempre que cualquiera muere intestado por no haber hecho testamento por sí, ni dado comision para que otro lo hiciese por él, estarán obligados los parientes colaterales ó los que vengan á heredarlos á invertir el quinto de la herencia en obras pías: la razon de dudar se funda en que el que da poder á otro para que haga testamento por él, manifiesta su voluntad de que disponga del quinto de sus bienes en beneficio de su alma, como lo declara la ley 32 y la presente, y asi se deduce lo mismo de la 37, lo que no sucede cuando el que murió intestado no hizo testamento ni quiso que otro lo hiciese por él, cuya diferencia me inclina á que la disposicion de esta ley en cuanto á la obligacion que se les impone á los herederos colaterales debe limitarse al caso de que habla, que es cuando el testador dió facultad al comisario para que otorgase testamento por él, y este no lo hizo, sin deber estenderse al caso de la duda propuesta.

Lej 37 de Toro; es la 44, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 6.ª, tít. 19, lib. 40 de la Novísima.

El comisario solo puede disponer del quinto cuando el testador nombrase heredero.

Cuando el testador nombrada, ó señaladamente fizo heredero é fecho dió poder á otro, que acabase por el su testamento, el tal comisario no pueda mandar despues de mandadas las deudas y cargos de servicios del testador, mas 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 para mas.

COMENTARIO A LA LEY 37 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resumen de la ley.—2. La limitacion de esta ley de la facultad del comisario á que pueda solo disponer del quinto de los bienes del testador, satisfechas sus obligaciones y cargas cuando este nombró heredero espresamente, se ha de entender tanto en el caso que el heredero sea de la línea de descendientes, como de la de los colaterales.—3. Tampoco debe deducirse de la escepcion de la ley que el comisario pueda disponer de mas del quinto si el testador le dió facultad para ello, que dicha escepcion se haya de entender precisamente del heredero voluntario, bien sea colateral ó extraño.—4. Argumento en favor de lo que acaba de esponderse.—5. Por esta ley se derogó la disposicion del derecho civil y de Partidas que disponia se hiciera el testamento en un acto continuado y sin interrupcion.—6. Duda si no continuando el comisario el testamento que principió el testador, deberá el heredero invertir el quinto en obras pias, en beneficio del alma del finado: decision por la afirmativa siendo el heredero colateral ó extraño.—7. Se rebate un argumento contrario deducido de la disposicion de la ley 36.

1. Dispone la presente ley que cuando el testador espresamente nombró heredero, y dió poder á otro para que continuase por él su testamento, no pueda el comisario disponer de mas que de la quinta parte que quedase de los bienes del testador despues de satisfechas sus deudas y obligaciones, y si de mas cantidad dispusiese que no valga, á no ser que el testador espresa y especialmente le diese facultad para disponer de mayor cantidad.

2. Se limita por esta ley la facultad que se concede al comisario cuando el testador espresamente ha nombrado heredero á que solo pueda disponer del quinto de sus bienes despues de satisfechas las cargas y obligaciones del

mismo, lo que se debe entender tanto en el caso en que el heredero sea de la línea de los descendientes ó ascendientes, como de los colaterales, pues no distinguiendo la ley, debe entenderse generalmente su resolución, y comprueba de unos y otros, como queda manifestado en el Comentario á la ley 32.

3. Tampoco se deduce por una consecuencia legítima de la escepcion que propone esta ley no valga de que el comisario pueda estenderse á disponer de mayor cantidad que la del quinto, si el testador le dió facultad para ello, que el heredero de que habla la ley era de los parientes colaterales, que son herederos voluntarios, y no necesarios, á causa de que el hijo ó nieto pueda disponer del tercio de sus bienes cuando carece de descendientes legítimos y tiene ascendientes, y de consiguiente puede dar facultad al comisario para que disponga de mas del quinto de sus bienes, ó íntegramente del valor de todo el tercio, de que se convence no es absolutamente cierto que la escepcion que propone la ley se haya de entender precisamente del heredero voluntario, bien sea colateral ó extraño.

4. Aun se persuade esto mismo con un argumento á mi parecer concluyente, reducido á que no tiene menos facultad el testador para disponer del quinto de sus bienes teniendo descendientes legítimos, ó del tercio siendo los herederos de la línea de los ascendientes, que para esceder del quinto y tercio cuando los herederos son colaterales ó voluntarios, es así que en este caso, segun el sentido é inteligencia que comunmente se da á la ley, puede dar facultad al comisario para que disponga de mayor cantidad que la que monte el tercio y quinto de sus bienes, con que por igual razon es forzoso decir que en los otros dos casos ha de poder dar facultad el testador al comisario para que disponga en el uno de todo el quinto y en el otro de todo el tercio de sus bienes en obras pias á beneficio de su alma.

5. Debe advertirse aqui que por esta ley queda derogada la disposicion del derecho civil, confirmada por el real en la ley 3, tít. 4, Partida 6, que ordena que el testamento se haya de hacer en un solo acto continuado, y sin interrupcion, pues en virtud de la presente ley puede el testador principiari su testamento, y dar poder al comisario para que lo continúe y acabe por él.

6. Es duda en esta ley si no continuando el comisario el texto que principiò el testador, deberá el heredero invertir el quinto de los bienes en obras pias en beneficio del alma del finado, y parece que debia afirmarse, siendo el heredero colateral ó extraño, por estar decidido en la ley 36, que cuando los parientes colaterales hereden los bienes del finado por no haber otorgado el testamento el comisario, esten obligados los herederos á disponer de la quinta parte de los bienes por el alma del testador.

7. Contra esto acaso se dirá que la ley 36 habla del caso en que el testador ó el que dió el poder murió abintestato por no haber hecho uso de él el comisario, y en la ley presente el testador no solo hizo testamento sino que nombró heredero, y no es correspondiente y arreglado que lo dispuesto para el caso de un intestado se estienda y aplique al de que el testador hizo su testamento; pero sin embargo puede decirse que aunque el que dió el poder murió testado en cuanto al nombramiento de heredero, no sucedió lo mismo en la parte que dió facultad al comisario para disponer, cuya

facultad se supone y declara por la ley 32 y 36 que era para invertir el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y como el comisario no hizo uso de ella, el que dió el poder murió intestado en esta parte, y en tal caso nada tiene de extraño é irregular, antes parece bastante conforme y arreglado se aplique á este caso lo dispuesto por la ley 36. El lector elegirá la opinion que le parezca mas fundada.

Ley 38 de Toro; es la 42, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 7.ª, tít. 49, lib. 40 de la Novísima.

A falta de alguno de dos ó mas comisarios quede el poder por entero al otro, y en caso de discordia entre ellos, se hará lo que se previene.

Cuando el testador dejare dos ó mas comisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren ó no pudieren usar del dicho poder ó se murieren, el poder quede por entero al otro, ó otros que quisieren é pudieren usar del dicho poder; y en caso que los tales comisarios discordaren, cúmplase y ejecútase lo que mandare y declarare la mayor parte de ellos; y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados á tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó al alcalde mayor del lugar donde fuere el testador, y sino oviere corregidor, ni asistente, ni gobernador ni alcalde mayor, que tomen al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero; y si muchos alcaldes ordinarios oviere y no se concertaren los dichos comisarios cual sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiere la suerte se junte con ellos é lo que la mejor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.

COMENTARIO A LA LEY 38 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Segun esta ley puede suceder que muchos comisarios otorguen un solo testamento, lo que antes no se habia verificado.—3. La disposicion de la ley de que un comisario pueda hacer á otro en caso de omision, tiene por objeto privar al negligente de la facultad que le dió el testador y transferirla en el diligente, mas no que empiece á correr el término que la ley señala al comisario.—4. El juicio de suerte que ordena la ley solo se verifica en los casos que se expresan en las leyes ó en que milita igual razon.

1. Dispone la presente ley que cuando el testador dejare dos ó mas comisarios, si alguno de ellos requerido no quisiere ó no pudiere usar del poder, este quede por entero al otro ú otros que quisieren usar de él, y caso que discordaren se cumpla y ejecute lo que mandare la mayor parte, y si habiendo discordado no hubiere mayor parte, esten obligados á tomar por tercero al corregidor, ó asistente ó gobernador, ó alcalde mayor de lugar de donde era el testador; y si no hubiere ninguna de dichas personas, tomen por tercero al alcalde ordinario de dicho lugar, y si muchos alcaldes hubiere, elijan los comisarios al que les pareciere, y sino se convinieren en la eleccion echen suerte, y el alcalde á quien tocara se junte con ellos, y se guarde y ejecute lo que la mayor parte declare y mandare.

2. La disposicion de esta ley está concebida con tanta especificacion, individualizando los casos que puede ocurrir en la materia. que apenas deja lugar para hacer unas breves observaciones ó advertencias: la primera es que en virtud de ella se verifica lo que antes jamás se habia visto, á saber, de que muchos comisarios otorguen y dispongan un solo testamento, como lo observa Tello al número 4 de su Comentario, pues aunque estaba permitido por derecho que muchos á la vez pudiesen en una carta, haciendo cada uno su particular testamento, no se conocia que muchos testadores pudieran otorgar un solo y mismo testamento.

3. Tambien debe observarse que el requerimiento que ordena la ley que un comisario puede hacer á otro en caso de omision, no es ni se dirige á que empiece á correr el tiempo señalado por la ley para que se otorgue el testamento, pues como se ha dicho en la ley 33, este término ó tiempo corre aun contra el que ignora la comision, sino para privar al moroso ó negligente de la facultad que le dió el testador, y trasferirla ó reunirirla en el diligente, á fin de que pueda otorgar el testamento dentro del término señalado, como tambien así lo observa Tello al número 2.

4. Debe advertirse igualmente que el sorteo ó juicio de suerte que ordena la ley se haga cuando los comisarios discordaren en la eleccion del alcalde ordinario, no debe tener lugar sino en aquellos casos que se expresan en las leyes, ó en los que milita igual ó mayor razon, como afirma Gomez en el tomo 2, cap. 10 de sus varias, número 40, á quien sigue Acevedo en la ley 2, tit. 4, lib 2 de la Recopilacion, caso 143, quien advierte igualmente en la ley 12, tit. 4, lib. 3, de la Recopilacion, número 4, que el juicio de suerte solo puede admitirse en las cuestiones de hecho, pero nunca en las de derecho.

Ley 39 de Toro; es la 43, tit. 4.º, lib. 3.º de la Recopilacion, y la 8.ª, tit 49, lib. 40 de la Novísima.

La solemnidad del poder para testar sea igual á la que se requiere en los testamentos.

En el poder que se diere al comisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano, y testigos, que segun leyes de nuestros reynos ha de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan, ni hagan fee los dichos poderes.

COMENTARIO A LA LEY 39 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. Cualquiera que sean las causas que militan en el número de testigos en los testamentos, las mismas militan en el otorgamiento de poderes para testar.—3. Debiendo observarse en el testamento otorgado por el comisario la solemnidad que se observó en los poderes según Gomez, parece que habiéndose dado los poderes con la solemnidad del testamento por escrito, deberá otorgar el comisario el testamento con esta solemnidad, y no bastará la del nuncupativo.—4. Se rebate la opinión contraria de Matienzo.—5. Duda sobre si habiéndose dado los poderes con cinco testigos por no hallarse escribano, debe el comisario otorgar el testamento con la misma solemnidad: decision por la negativa, porque los dos testigos ademas de los tres, son para suplir la falta del escribano, por lo que podrá otorgarse el testamento con tres testigos y escribano.—6. Por el contrario, cuando el que otorga el poder para testar está ciego, en cuyo caso debe otorgarlo con cinco testigos, el comisario puede otorgar el testamento con cinco testigos, y no con tres y escribano, porque la ley no declara en este caso como en el anterior que la presencia del escribano equivalga y supla la de dos testigos.—7. No obsta que en el testamento del comisario falte la razon por la que se exigen en el del ciego los cinco testigos, pues este testa por aquel.—8. Si el comisario despues de recibidos los poderes pierde la vista, basta que intervenga la solemnidad que intervino en los poderes por la misma razon de que aunque testaba un ciego, el testamento se hacia por uno que no era ciego.—9. Estas dos dudas no se hallan tratadas por los comentadores.

1. Dispone la presente ley que en el poder que se da al comisario para hacer testamento en la forma espresada, haya de intervenir la misma solemnidad de escritura y testigos que ha de observarse en los testamentos, según leyes de estos reinos, y que de otra manera no valgan ni hagan fé los poderes.

2. Sean cual se quiera las causas que motivaron el número de testigo en los testamentos, de que no corresponde tratar en esta ley, las mismas militan en el otorgamiento de poderes para testar, pues aunque estos poderes en realidad no sean testamento ni última voluntad, sino una disposicion entre vivos, como observa Gomez, sin embargo, como los poderes son un antecedente necesario del testamento que despues se ha de otorgar y de quien recibe este toda virtud y eficacia que ha de tener, era consiguiente que la misma solemnidad que intervenia en el efecto se mandase observar en la causa.

3. De la disposicion de esta ley infiere Gomez que si el comisario otorga el testamento nuncupativo, deberá haber recibido los poderes con la solemnidad del testamento nuncupativo, y lo mismo afirma deberá decirse si el comisario testó *in scriptis*, de cuyo principio parece que se deduce opina Gomez que la solemnidad que se observó en los poderes es la que se ha de regular en la del testamento otorgado por el comisario, y siendo esto asi en la duda de si habiéndose dado los poderes con la solemnidad del testamento *in scriptis*, deberá otorgar el comisario el testamento con la misma solemnidad, ó bastará que intervenga la del testamento nuncupativo, parece debe decirse que no bastará la solemnidad del testamento nuncupativo.

4. Matienzo en la glosa 1 á esta ley opina lo contrario, y da por razon que el testamento *in scriptis* puede revocarse por el nuncupativo, de que infiere que el testamento otorgado con menor número de testigos revoca al que se ha hecho con mayor, de cuya ilacion nada se prueba contra la opinion establecida, á no ser que el testamento otorgado por el comisario se tenga por revocacion de los poderes que se le han conferido para hacerlo, en lo que se cometeria el absurdo mas enorme y vergonzosa contradiccion pretendiendo que el acto ejecutado en virtud de un poder es destructivo y revocatorio del mismo poder.

5. Mas fundada parece la duda de si habiéndose dado los poderes con cinco testigos, por hallarse escribano, deberá el comisario otorgar el testamento con la misma solemnidad, y debe decirse que no, á causa que los dos testigos, á mas de los tres, son para suplir la falta del escribano, de que se infiere que lo mismo son cinco sin escribano que tres con él, y de consiguiente aunque el testamento se otorgue con tres escribanos, se verificará que ha intervenido la misma solemnidad que en los poderes, y vice-versa debe decirse otro tanto cuando el poder se dió con escribanos y testigos, y el testamento se otorgó con cinco testigos sin escribano.

6. De lo resuelto en esta duda se deduce lo que debe decirse en otra que puede llamarse nueva, á causa de que ninguno de los comentadores que he visto se hace cargo de ella, y es cuando el que otorga el poder para testar está ciego, porque siendo indispensable por la ley 3 de Toro que intervengan cinco testigos para que el ciego pueda hacer testamento nuncupativo, es consiguiente por lo establecido en esta ley de que la misma solemnidad que interviene en el testamento, haya de intervenir en el otorgamiento de poderes, que supuesto que el ciego no puede testar si no intervienen cinco testigos, que este mismo número haya de presenciar el otorgamiento de los poderes, en este caso resalta la duda de si el comisario deberá otorgar el testamento con el número de cinco testigos, ó bastará que intervengan tres y el escribano, y soy de parecer que el comisario debe otorgar el testamento precisamente con el número de cinco testigos, sin que basten tres y el escribano, porque la ley espresamente pide en el testamento del ciego cinco testigos, y no declara que la presencia del escribano equivalga y supla la de dos testigos, como sucede en el caso de que no haya escribano en el pueblo donde se ha de otorgar el testamento por uno que no esté ciego, que entonces espresa la ley 4, tit. 48, lib. 40 de la Novísima, que la falta de escribano se supla con la presencia de dos testigos mas.

7. No se diga que en el testamento del comisario falta la razon por la cuas en el del ciego se exige el número de cinco testigos, pues aunque esto es cierto, tambien lo es que el testamento que hizo el comisario es y se llama propiamente testamento del que le dió el poder, y como este era ciego debien intervenir en él las solemnidades peculiares del testamento del ciego.

8. Tambien podria ocurrir el caso de que despues de haber recibido los poderes el comisario perdiese la vista, y entonces correspondia, á mi parecer, decir que bastaba se otorgase el testamento con la misma solemnidad que intervino en los poderes, y es la razon porque aunque el testamento lo hacia un ciego, en realidad no era testamento de ciego.

9. Estas dos últimas resoluciones, si carecen del mérito de la solidez, tienen el de ser originales, por no haberlas tratado los comentadores.

Ley 40 de Toro; es la 5.^a, tít. 7.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 5.^a, tít. 17, lib. 40 de la Novísima.

Modo de suceder en los mayorazgos los ascendientes ó transversales del poseedor.

En la subcesion del mayorazgo aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dejáre hijo 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 pertenesció. Lo cual no solamente mandamos que se guarde é platique en la sucesion del mayorazgo á los descendientes, pero aun en la subcesion de los mayorazgos á los transversales. De manera que siempre el fijo é sus descendientes legítimos por su orden, representan la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan subcedido en los dichos mayorazgos, salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó é ordenó el mayorazgo que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.

COMENTARIO A LA LEY 40 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. Por esta ley se declaró la preferencia del sobrino sobre el tío en la sucesion de los mayorazgos de particulares, en representacion de su padre.—3. Empieza á tratarse de la naturaleza y antigüedad de los mayorazgos.—4. Definicion del mayorazgo segun Molina.—5. Duda del obispo de Simancas de que el mayorazgo sea derecho y se difiera por orden sucesivo.—6. Error del mismo al dar á entender que el orden establecido por el fundador no es sucesivo.—7 al 40. Razones en que se funda para probar que el mayorazgo no es ni se puede llamar derecho.—41. Poca importancia de las razones con que impugna esta doctrina.—42. Se combaten las razones del obispo de Simancas, proponiendo la definicion que dan de la herencia las leyes y jurisconsultos, la que dicen es la sucesion en todo el derecho que tuvo el difunto.—43 y 44. Segun Cujacio se pueden mudar las palabras de las definiciones si se conserva la substancia de la cosa, y casi todas las voces denotan derecho y no cuerpo.—45. Se aprueba la definicion de Molina al decir que el mayorazgo es derecho de suceder puesto que es un conjunto y cúmulo de bienes.—46. Se pasa á rebatir las impugnaciones del obispo de Simancas bajo este punto.—47. El mayorazgo se llama derecho en concepto intelectual, por lo que no obsta que el reino como mayorazgo se llame derecho.—48. No obsta que la cosa sea dis-

tinta que el derecho á ella, puesto que en la herencia que es derecho se distinguen las cosas y bienes hereditarios: tampoco hay contradicción en que el mayorazgo sea incorporeal y no se pueda tocar ni poseer por ser derecho, y que las leyes llamen poseedores á los que tienen sus bienes, pues lo mismo sucede en la herencia.—19. No es cierto que el derecho de suceder sea en realidad para adquirir una cosa que no se tiene, y que este derecho se estinga por la adquisición de ella, pues el derecho para adquirir se conserva y perfecciona por la adquisición misma.—20. No es cierto que por el derecho de admitir la herencia se estinga esta y se haga patrimonio del que la admitió, porque la herencia se percibe intelectualmente.—21. Esta equivocación nace de confundir la herencia con los bienes hereditarios, pues aquella es incorporeal ó indivisible, y al contrario estos.—22. Estos dos conceptos de la herencia se encuentran también en el mayorazgo, á saber, el uno, de las cosas comprendidas en él, y el otro, del derecho que adquiere en ellas el llamado por el fundador.—23. Ejemplo aclaratorio tomado de la prenda.—24. Molina ha definido el mayorazgo por el concepto del derecho que de él se origina, y no por el de los bienes de que se constituye.—25 y 26. Los mayorazgos se introdujeron á imitación de los fideicomisos de los romanos ó de los feudos, desconocidos de los romanos.—27. Los feudos se introdujeron en España, según la ley 2, tít. 26, Part. 4 y otras.—28 y 29. Dicha ley llama feudos á las concesiones de lugares que hacían los reyes á los ricos homes, dándoles jurisdicción, por cierto servicio, mas no á las concesiones en tierra ó en honor sin pacto espreso de servicio, no obstante ser feudos.—30 y 31. Diferencia según Morales entre las concesiones en heredad ó en tierra y en honor.—32. Confirmación de lo espuesto por Morales con las autoridades del marqués de Mondajar, de Blancas y de Zurita.—33. Eran pues feudos en realidad las concesiones que hacían los reyes á los ricos homes, bien fuera en tierra, en honor ó en feudo, con la diferencia de que en las en tierra y honor, el feudatario estaba implícita y generalmente obligado á servir al rey, y en los de feudo estaba obligado espresa y particularmente á servir al rey en la guerra con cierto número de hombres.—34. No solo se conocieron en España los feudos mayores de dignidad, título y jurisdicción, sino los menores según Molina.—35. No era igual en todas las provincias de España el modo de suceder en los feudos.—36. Modo de suceder en los feudos menores que provenían de reales concesiones.—37. Opinión de unos escritores sobre que los longobardos fueron los autores de los establecimientos feudales en Italia, y de otros, sobre que fueron los francos cuando se establecieron en Italia á principios del siglo V, la que es mas probable: se sienta la opinión de que cuando á instancia de los Papas pasaron los francos á Italia, en tiempo de Carlo-Magno á reprimir las vejaciones con que oprimían los longobardos aquellas provincias, introdujeron el uso de los principados y feudos en los que sucedía el primogénito por orden de primogenitura: el cardenal de Luca establece dos modos de suceder en los feudos, ó por derecho de los francos, sucediendo el primogénito con exclusión de los demás, ó por derecho de los longobardos, sucediendo los que estaban en igual grado de parentesco.—38. Al principio se observaba el modo de suceder por derecho de los francos tan solo en los reinos, principados y feudos, mas despues se extendió á los bienes privados ó particulares sujetos á disposición privada.—39. La palabra mayorazgo, según dicho cardenal, la llevaron á Italia los españoles en tiempo de D. Alonso V de Aragon.—40. Objeto que se ha tenido al manifestar el origen de los feudos. A imitación de la práctica de suceder en los feudos, según derecho de los francos, se introdujo la de vincular los particulares sus bienes y hacerlos indivisibles, sucediendo en ellos el primogénito ó de mayor edad.—41 y 42. No vino pues la primera idea de los mayorazgos de los fideicomisos, según pretende Castro, sino de los feudos y del derecho de suceder establecido en ellos por derecho de los francos á imitación del que se observaba en la sucesión de los reinos y principados.—43. Los mayorazgos principiaron á conocerse, según Rojas de Almansa, en 1251: esta conjetura es arbitraria.—44. Según Molina la primera vez que se hace mención de los mayorazgos es en la crónica de D. Juan I al hablar del testamento de D. Enrique II, en cuyo documento se hace mención de ellos.—45. Opinión de Castro en el mismo sentido, y de que se regulaban por la ley de sucesión del reino.—46. Error de Molina y de Castro al afirmar que la sucesión del reino, despues de D. Pelayo, se regulaba según el orden de primogenitura, pues hasta D. Ordoño I en 850 fue electiva según Mariana.—47. Opinión de Marina de que fue electiva todavía despues del reinado de D. Ramiro I.—48. Error de Molina de que despues de la instalación de D. Pelayo se desirrió á los hijos primogénitos de los reyes: no hay duda que dejó de ser electiva desde

D. Alonso VII, haciéndose hereitaría, fideicomisaria.—49. Posteriormente á D. Ordoño I, fue hereditaria: modo de suceder hasta D. Fernando el Santo.—50. D. Fernando quiso que su hijo primogénito sucediese en el reino con esclusión de los demás.—51. D. Alonso el Sábio erigió en ley este orden de suceder segun la ley 2, título 45, Part. 2.—52. Por esta ley se declaró indivisible é individua la sucesion del reino, se prefirió el primogénito á los demas hermanes, el varon á la hembra y esta á los parientes de otra línea, y se estableció por primera vez el derecho de representacion en el hijo del padre primitivo difunto para suceder al abuelo, con esclusión de sus tíos.—53. Aunque los romanos y godos conocieron el derecho de representacion fue para que el de grado mas remoto concurriera con el de mas próximo, mas no para escluir al de grado mas próximo.—54. Resúmen de lo espuesto sobre el orden de sucesion al reino: conformidad de esta sucesion con la de los mayorazgos.—55. De ella deducen Molina y Castillo, que el reino es cabeza de todos los primogénitos de España, como que es un verdadero mayorazgo de donde se derivan los demas particulares.—56 al 59. Disposiciones del testamento de D. Jaime I, en confirmacion de esta verdad, puesto que dividió sus estados en dos reinos para sus hijos D. Pedro y D. Jaime, disponiendo en los llamamientos y substitutiones para arreglar la sucesion que se habia de suceder por la regla de una rigurosa agnacion, y que fundó tambien dos mayorazgos de bienes particulares comprendidos en los referidos reinos, repitiendo respecto del orden de sucesion las mismas cláusulas que habia dejado dispuestas para la sucesion de dichos reinos; de lo que se deduce que los mayorazgos traen su origen y naturaleza de la sucesion del reino, no cabiendo duda que antes fue indivisible el reino y se sucedió en él por orden de primogenitura que los particulares estableciesen la indivisibilidad en sus bienes hereditarios.—60. No importa que hasta D. Enrique II no se llamasen los vínculos mayorazgos, pues desde D. Jaime de Aragon tuvieron la cualidad y naturaleza de los mayorazgos.—61, 62 y 63. No es absolutamente cierto que hasta D. Enrique II no se llamasen mayorazgos, pues en uno de los estatutos de la orden de la Banda de 1330, que cita D. Antonio de Guevara en sus cartas familiares, se usó de esta palabra, y Mariana la emplea tambien en su historia general de España.—64. Dicha palabra debe hallarse en la reforma de la espresada orden que hizo cuatro años despues en la ciudad de Palencia D. Alonso Onceno, pues no la encontró el señor Llamas en una copia que se procuró de los estatutos.—65. Aunque no se hiciera espresa mencion de los mayorazgos en dichos estatutos, se deduce de las consideraciones que se esponen que se conocian ya los mayorazgos.—66. La sucesion de los feudos por derecho de los francos pudo dar alguna idea de los mayorazgos en Italia ú otros países de Europa, pero no en España por las razones que se esponen.—67. El silencio de las leyes de Partida en cuanto al modo y forma con que se habian de estender las escrituras de fundaciones de mayorazgos, es un indicio de que hasta 1263 no se conocian en España, especialmente en los reinos de Leon y Castilla, los mayorazgos.—68. No hay duda pues en que los mayorazgos no se conocieron en España antes de la formacion de las Partidas, y que su origen se halla en la época intermedia de la conclusion de estas y publicacion del testamento de D. Jaime.—69. Equivocacion de la sociedad de esta corte en el informe de la ley agraria sobre que la mas antigua memoria de los mayorazgos no sube del siglo XIV.—70. Segun los anales eclesiásticos de Sevilla, á fines del siglo XIII, pedian los particulares y obtenian de los reyes la facultad de fundar mayorazgos de sus bienes.—71 y 72. Ejemplos de mayorazgos fundados en dicha época.—Nota. Nuevas noticias sobre la historia de los mayorazgos. Disposiciones suprimiendo las vinculaciones. Real decreto de 30 de agosto de 1836, restableciendo el de las Cortes de 27 de setiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie y restituidas á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan. Texto de dicho decreto de 27 de setiembre. Aclaraciones. Ley de 28 de junio de 1831, dada para facilitar la ejecucion y cumplimiento de la ley de 27 de setiembre citada. Idem de 15 de mayo de 1821. Idem de 19 de mayo del mismo año. Idem de 6 de junio de 1833, sobre reintegro á los compradores de bienes vinculados que se enagenaron á virtud del decreto de Cortes de 1820. Ley de 19 de agosto de 1841, á consecuencia de lo prevenido en el art. 4 del real decreto de 30 de agosto de 1836. Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia, resolviendo varias dudas sobre esta materia.—73. Por la presente ley se resolvió la cuestion de preferencia entre el tío y el sobrino en la sucesion de los bienes vinculados. Esta cuestion puede considerarse

respecto al tiempo anterior al establecimiento de alguna ley que resolviese la duda ó al tiempo posterior á ella.—74 y 75. Respecto del primer caso, es claro que por derecho natural se debía al tío la preferencia respecto del sobrino por estar en grado mas próximo que éste.—76. Ya se considere la representación como ficción ó como privilegio es escepcion de la regla comun ó contraria á lo que es en realidad.—77. Competía pues por derecho natural primitivo al tío la preferencia que por la ley positiva se le da al sobrino.—78. Por esto los italianos solo reconocen en sus mayorazgos la mayoría de edad por naturaleza y segun el órden de nacimiento.—79. No es pues de censurar que D. Alonso el Sábio diese la preferencia para la sucesion al trono á su hijo D. Sancho con exclusion de D. Alonso, su nieto.—80. Objecion contra esta resolucion sobre que habiéndose tomado en las córtes de Segovia en 1276, era contraria á la preferencia que daba el mismo rey en las Partidas concluidas en 1263, al sobrino en la sucesion al trono respecto de su tío.—81. Se rebate esta objecion observando que las Partidas no se publicaron ni tuvieron fuerza de leyes hasta 1348.—82. No obsta que la ley diga que segun costumbre y fuero de España, el sobrino era preferido al tío, pues no existe ley ni costumbre sobre esto, y el mismo rey al resolver dar la preferencia á D. Sancho, su hijo, en la sucesion del trono, con exclusion de su nieto, se refirió al derecho antiguo.—83. No pudiendo ser este derecho otro que el del Fuero Juzgo ó de los godos, en el que no se menciona disposicion alguna análoga al asunto, se infiere que en aquellos tiempos se acostumbraba citar leyes que no habia para fundar lo que se creia conveniente establecer.—84 y 85. Contradiccion sobre este punto del autor de las observaciones críticas á la historia de Mariana.—86 y 87. No era al parecer mas conocida ni practicada por este tiempo la representacion en el reino de Aragon 60 años despues, segun el pasaje de Zurita que se cita.—88 al 93. Se concilia un pasaje de Zurita en que asegura que hasta el tiempo de D. Jaime II no se habia usado en Aragon que el nieto, hijo del primogénito, escluyese á su tío, hermano de su padre, de la sucesion del reino, con otro en que dice, que en 1275, esto es, 50 años antes, ya se habia declarado por córtes celebradas en Lérida, que el nieto, hijo del primogénito, debia suceder en la corona en representacion de su padre, alegando que la preferencia que dió D. Jaime I en su testamento, celebrado tres años antes de las córtes de Lérida á su nieto, hijo del infante D. Pedro, no fue para que sucediese en representacion de la persona de su padre, sino en virtud del llamamiento expreso que habia hecho en su testamento de su hijo D. Pedro y sus descendientes, y como el nieto era el pariente mas inmediato á su abuelo de la línea predilecta que habia principiado en su padre, se seguia que en defecto de su padre, debia suceder por derecho propio, dimanado del llamamiento del abuelo, por lo que no podia tener lugar la representacion, de suerte que no obstante que en tiempo de D. Jaime hubiera sido jurado su nieto para heredar en defecto de su padre, no por eso se dispuso establecer el derecho de representacion declarando que el sobrino no escluyese al tío en la sucesion, como se hizo por primera vez en las córtes que celebró D. Jaime II en 1325.—94. Se pasa á manifestar la forma en que se decidió por la presente ley la cuestion de preferencia entre el tío y sobrino.—95. La ley no resolvió que general y absolutamente el sobrino fuese preferido al tío, como lo ordenó la ley de Partida en la sucesion al trono, sino que limitó su disposicion á presumir que el fundador habia querido darle esta preferencia cuando no espresaba lo contrario.—96 y 97. No parece dispensaron igual facultad las leyes de Aragon á los fundadores de mayorazgos al establecer el derecho de representacion segun se espone.—98. Error de los que creen que la ley de Toro no hizo mas que estender á los mayorazgos de los particulares lo dispuesto por la ley de Partida para la sucesion al trono.—99. Lentitud de los legisladores tanto en Castilla como en Aragon para introducir el derecho de representacion en la sucesion de los mayorazgos de particulares.—100. Se pasa á esponeer la naturaleza y efectos de la representacion de que habla esta ley, y diferencias entre ella y la de las sucesiones hereditarias.—101. Remision á lo espuesto en la ley 8 sobre los efectos de la representacion en las sucesiones.—102. Definicion y naturaleza de la representacion en los mayorazgos segun Robles.—103. Idem segun Castillo.—104. Idem segun el señor Llamas.—105 al 107. Se explica esta definicion.—108. No distinguiendo la ley entre mayorazgos fundados por última voluntad ó por contrato, debe entenderse su disposicion indistintamente á todos, en lo que conviene Molina.—109. Diferencias entre la representacion en los mayorazgos y la representacion en las sucesiones hereditarias.—110 y 111. Opinion de Molina sobre que el decir la ley que el hijo mayor y sus hijos representen la persona de sus padres y no

el grado de parentesco ó de proximidad de sus padres, fue para manifestar que la representacion mas se debia referir á la cualidad de la primogenitura que residia en la persona del padre que al grado de parentesco que gozaba.—142. Se rebate esta opinion porque de ser lógica la deduccion en que se funda, tambien podria inferirse de no haber dicho la ley que representen la cualidad de la primogenitura, que los que quiso la ley fue que representasen el grado de su padre.—143. Primera consideracion de Molina en apoyo de su opinion, sobre que si las palabras de la ley hubieran de referirse al grado, se seguiria que la nieta, hija del primogénito, no podria en virtud de la representacion del grado del padre escluir al hijo varon, segundo-génito: se rebate esta consideracion por suponer que no se puede transmitir á la hija la masculinidad del padre, ni esta representarla.—144 y 145. Raciocinio de Molina de que si la nieta representára solo el grado de su padre, seria escludida de la sucesion por el hijo varon segundo, de lo que deduce que la cualidad de la persona del padre que se representa por la ley, es la cualidad de la primogenitura en virtud de la cual se constituye la nieta en la línea de los primogénitos.—146. Se destruye este raciocinio observando que de que la nieta no represente solamente el grado de su padre, debe inferirse que ademas de la representacion del grado, debia representar la cualidad de la primogenitura ú otra cualidad alguna.—147. Inconducencia de la ilacion del mismo autor sobre que si la nieta solo representase el grado del padre, la escluiria el hijo varon aunque estuviere en igual grado, por ser varon.—148. Falta de memoria de Molina al invertir el orden de línea, grado, sexo y edad que habia fijado á la sucesion de los mayorazgos.—149 y 150. Segunda consideracion en que apoya su opinion Molina sobre que debiendo atenderse á la representacion de la primogenitura, no se debe atender á la del grado, y que aun en los casos en que no se admite representacion, el que desciende del primogénito es preferido á los mas próximos, por representacion de la primogenitura: estas proposiciones son repeticiones de su opinion.—151. Tercera consideracion de Molina, fundada en que para manifestar la ley de Toro con mas evidencia que solo atendió á la representacion de la primogenitura y no á la del grado, espresa, representando la persona del padre por su orden, y no dice, representando la persona de sus abuelos ni la de sus ascendientes: deducciones que hace de ello.—152. Se desvanecen estas reflexiones diciendo que el usar la ley de dichas palabras fue por disponer para los casos que mas frecuentemente ocurren, 'pues es mas regular que falte el padre antes que su hijo, que no que falten padre é hijo, y el añadir, por su orden, fue un indicio de que queria que lo mismo sucediese cuando faltase el padre y el hijo.—153 y 154. Palabras de la ley en que se convence que la representacion por lo menos se estiende hasta el biznieto.—155 y 156. La ley aun estendió ilimitadamente la representacion hasta los terceros nietos, por lo que es violento á su letra pretender que la palabra padres se limitó á los del primer grado.—157 y 158. Poca consecuencia de Molina segun el texto que se espone: mayor discernimiento de Covarrubias al esponder esta ley, con quien conviene Castillo.—159. Error de Molina al decir que basta que el hijo acredite serlo de aquel á quien perteneció el derecho de primogenitura, haya ó no sucedido en el mayorazgo.—160. Toda representacion se verifica en la línea recta ó de descendientes, y el llamarse de la colateral á veces es por pasar la sucesion á un colateral del último poseedor.—161. Opinion de Castillo siguiendo á Molina, de que el hijo no representa el grado de su padre, sino la primogenitura, y aun afirma que cuando el hijo sucede por representacion de la persona de su padre no se le priva de suceder tambien con mayor razon por su misma persona.—162. Razon en que se funda, sobre que en la institucion de los mayorazgos siempre se presume llamada la línea recta del primogénito con vocacion propia.—163 al 166. Exactitud de este raciocinio cuando el hijo es inmediato sucesor del último poseedor ó el nieto inmediato sucesor de su abuelo por premorir su padre y no tener el abuelo ningun hijo segundo génito, mas no cuando falta al nieto la cualidad de primogénito por haber premuerto su padre y quedarle al último poseedor otros hijos.—167 y 168. La doctrina sentada cuando el sucesor en el mayorazgo entra á suceder en virtud de la representacion ó de su propio derecho obra igualmente en virtud de la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias.—169. Principian á examinarse las razones de los que defienden que la hija no puede representar la masculinidad ó sexo de su padre.—170. Doctrina de Castillo estendiendo las razones de Molina, sobre que la cualidad del sexo no la puede representar la hembra, ni la pudo establecer la ley, por no pasar la cualidad del sexo masculino en la hija que representa á su padre, ni es posible que dicha cuali-

dad se represente en la hembra, ni en género, ni en especie, por ser contrario á la naturaleza, segun dice Baldo.—141, 142 y 143. De esta imposibilidad física de que un sexo pase á ser otro no se deduce que la hija no pueda representar el sexo de su padre, pues confesando estos autores que el hijo ó hija sin distincion de sexo, representa la persona de su padre difunto para suceder en el mayorazgo, se deduce que no es menos repugnante á la naturaleza que la persona del hijo se convierta realmente en la del padre, que el que el sexo femenino se haga y transforme en masculino.—144. Argumento análogo formado en punto á la primogenitura ó mayoría de edad.—145. Se concluye por lo espuesto que la hija puede representar el sexo de su padre.—146. La representacion no es una identidad ó conversion de una cosa en otra, sino un privilegio en virtud del cual se le atribuye al representante la cualidad del representado, y se le subroga en todos los derechos pertenecientes á ella, en lo que conviene Castillo.—147. Esta doctrina se halla establecida por derecho civil, segun se espone.—148. La herencia yacente representa tambien la persona del difunto en cuanto mantiene en sí los derechos y obligaciones que competian al mismo, no en cuanto se haga una misma cosa con el difunto.—149. Se presenta un argumento convincente de que el hijo no solo representa la primogenitura del padre sino tambien su grado y sexo.—150. Se pasa á esponer la segunda parte de la ley sobre que no tenga lugar la representacion siempre que el que constituyó el mayorazgo hubiese dispuesto que no se admitiese esta.—151 y 152. No es necesario que la disposicion del fundador para escluir la representacion sea espresa y específica, sino que basta la tácita y virtual que no dé lugar á otro sentido.—153. Duda suscitada por Molina, sobre si cuando el fundador dispone que las hembras sean escludas por los varones, se entiende fue su voluntad que no tuviese lugar la representacion: esta duda se dirige mas bien á aclarar si el mayorazgo que se fundó con dicha cláusula era de simple masculinidad ó de sucesion regular.—155. Se explican dos modos con que se puede suceder.—156. Se resuelve la duda espuesta diciendo, que por el mismo hecho de escluir el fundador de la sucesion á ciertas personas, se entiende que las priva de la representacion.—157. La duda debia haberse propuesto en términos que sin privar el fundador de la sucesion á las personas las hubiese inhabilitado para la representacion, como si dijese, que no entrase á suceder ningun nieto, quedándole hijos al último poseedor.—158. No es adecuada la distincion que hace Molina para resolver dicha duda, sobre que si los varones que escludian á las hembras eran de línea y grado mas remoto, se entienda estaban privadas de la representacion, mas no si eran del mismo grado y línea.—159. Segunda duda que propone Molina, sobre que, si disponiendo el fundador que suceda el agnado ó cognado mas próximo, se debe presumir fue su ánimo escluir la representacion: opinion de Covarrubias y Gomez por la afirmativa: idem de Molina por la negativa, fundado en que en la sucesion de los mayorazgos, tanto por su naturaleza como por la disposicion de la ley 2. tit. 45, Part. 2, siempre debe suceder el pariente mas próximo, y sin embargo la presente ley admite la representacion.—160 al 162. No es cierto que la ley de Partida citada llame siempre á la sucesion al pariente mas próximo, segun largamente se espone.—163. La ley de Toro nada determinó acerca del pariente mas próximo, limitándose á lo que se espone.—164. Es pues dudosa la opinion de Molina segun las leyes que cita: mas despues que la ley recopilada que se cita estableció por regla general, que en la sucesion de los mayorazgos tenga lugar la representacion segun se halla ordenado en las leyes de Partida y de Toro, y que no se suceda por representacion, espresándolo clara y literalmente el fundador, no hay duda que por el llamamiento que haga el fundador del pariente mas próximo, no se entiende escludida la representacion, por no ser dicha cláusula clara y literalmente esclusiva de ella, como quiere la ley.—165. Tercera duda sobre si cuando manda el fundador que se suceda salva la prerogativa del grado, se debe entender quiso escluir la representacion: comun opinion por la afirmativa: idem de Molina sobre que aunque en los fideicomisos y demas sucesiones que no vienen por derecho de mayorazgo subsista dicha opinion, en la sucesion de estos debe decirse lo contrario: se rebate la razon en que se funda.—166. Se rebate la distincion que hace el mismo autor sobre que la prerogativa de grado que quiere el fundador se observe, es dentro de la misma línea de primogenitura, pero no en diversa.—167. La opinion de que en este caso debe entenderse escludida la representacion, tiene á su favor, ademas de la opinion de los autores la terminante decision de la auténtica que se espone.—168. Opinion del P. Molina y de Castillo en el mismo sentido que la de Molina.—169. No obstante lo espuesto sobre la poca solidez de la opinion del señor Molina con respecto á las

leyes de Partida y de Toro, si se atiende á la ley recopilada citada en el núm. 164, es cierta la opinion de Molina.—170. Duda de Molina sobre si diciendo el fundador que le suceda su hijo mayor en edad, debe entenderse fue su voluntad escluir la representacion, y que el hijo segundo génito caso de haber muerto el primogénito, fuese preferido al hijo de éste; opinion de Molina y de Rojas de Almansa sobre que no se entiende escluida la representacion: se asiente   esta opinion, mayormente despues que se dió la ley recopilada ya dicha.—171. Duda suscitada por Molina, sobre si el llamamiento que haga el fundador del hijo primogénito que le sobreviviese, debe entenderse esclusivo de la representacion, de suerte que se prefiera el hijo segundo génito al hijo del primogénito.—172. Razones que alega dicho autor en favor de la opinion afirmativa.—173. Idem   favor de la opinion negativa.—174. Inutilidad de indagar cuál de las dos opiniones es la mejor arreglada   las leyes de Partida y de Toro, despues de publicada la ley de la Recopilacion arriba espuesta, que pide expresion clara y literal del fundador para escluir la representacion.—175. Desconfianza manifestada por Molina acerca de su opinion sobre las cuatro dudas citadas.—176. Opinion de Castillo por la negativa acerca de esta última duda satisfaciendo   los argumentos de Avendaño que sigue la contraria.

4. Dispone la presente ley que si el hijo mayor del poseedor del mayorazgo,   de aquel á quien pertenece la sucesion, muriese dejando hijos,   nietos,   descendientes legítimos, estos hijos, nietos   descendientes del hijo mayor sean preferidos al hijo segundo del poseedor   de aquel á quien pertenece el mayorazgo por su órden, lo cual se ha de observar, no solo en la sucesion de los descendientes, sino tambien en la de los transversales, de forma que siempre los hijos y sus descendientes legítimos por su órden representen la persona de sus padres, aunque estos no hayan sucedido en los mayorazgos,   no ser que otra cosa se disponga por el fundador, que en tal caso debe guardarse y cumplirse su voluntad.

2. Por esta ley se decidió la famosa cuestion de tío y sobrino, que tanto trabaj  los ingenios de nuestros jurisc ntos y de los extranjeros, sobre cual de los dos debia ser preferido en la sucesion de los mayorazgos de los particulares, y se v  claro la preferencia á favor del sobrino en representacion de su padre.

3. Como esta ley es la 1.  de las de Toro que hacen mencion de los mayorazgos,   que espresamente habla de ellos, exige el buen órden manifieste antes la naturaleza de los mayorazgos, su antigüedad en España, y aun podria ser este lugar oportuno para tratar de su utilidad, si no me apartara del intento el temor de hacer demasiado estenso este Comentario.

4. El señor Molina, que magistralmente trató la materia de mayorazgos en su célebre obra de *primogenitis*, se propone dar su definicion, y dice en el lib. 4, cap. 4, número 22, que el mayorazgo es el derecho de suceder en los bienes dejados con condicion de que se conserven perpetuamente íntegros en la familia, y que se difieran por órden sucesivo al primogénito próximo.

5. Poco satisfecho el señor obispo Simancas de la definicion propuesta por el señor Molina, pasa   criticarla en el cap. 7 y 8 de su libro *disceptationum*, y duda que el mayorazgo sea en realidad derecho, y que se difiera por órden sucesivo.

6. En cuanto á esta última duda observa que el órden ha de ser el establecido por el fundador, con lo que da á entender que el órden establecido por este no es sucesivo, en lo que manifestamente se engaña, pues siempre que despues de uno entre   suceder otro, se dice con toda propiedad que van

por orden sucesivo, sin consideracion á la causa que establece la sucesion; pues bien sea la ley ó el fundador, siempre se verifica que los llamados se substituyen por orden sucesivo, y asi se vé que los papas se llaman respectivamente sucesores, sin embargo de que su eleccion no proviene de la ley, sino de la libre voluntad de los cardenales; con que en esta parte la definicion del señor Molina no solo no es defectuosa, sino la mas arreglada y propia para comprender tanto la sucesion que proviene de la disposicion de la ley, como la del fundador.

7. Por lo que hace á la primera duda para probar que el mayorazgo no es ni se puede llamar derecho, alega que el reino es mayorazgo, y sin embargo no se dice que es derecho; que hay notable diferencia entre la cosa y el derecho á ella; con que afirmando el señor Molina que el reino es verdadero mayorazgo, se sigue por una consecuencia necesaria que el mayorazgo no es derecho de suceder.

8. A esto se añade que si el mayorazgo fuera derecho seria incorporal, y no se podria tocar ni poseer, y con todo las leyes llaman poseedores á los que tienen bienes de mayorazgo, y el mismo señor Molina repetidas veces los llama tambien poseedores.

9. Si uno tuviera todos los bienes de un mayorazgo, y otro el derecho de suceder, seguramente se diria que aquel tenia el mayorazgo que poseía todos sus bienes, y no lo que tenia el derecho de suceder.

10. Finalmente dice que el derecho de suceder no es otra cosa que derecho para suceder y conseguir lo que no se tiene: y asi si en virtud de aquel derecho se sucede, ya no se diria que tenia derecho de suceder sino la sucesion misma, á la manera que el que admite la herencia hace que se estinga el nombre de herencia, y que se llame patrimonio del que la admitió; de esta manera, pues, el que consigue la posesion de un mayorazgo por el mismo hecho se diria que no lo tenia, porque se habia extinguido el derecho de suceder, lo que afirma que ciertamente seria un prodigio; con lo que concluye que basta lo dicho en una cuestion de tan poca importancia.

11. Aunque es de tan poca importancia la presente cuestion, aun son de menos importancia las razones con que se intenta impugnar.

12. Todas estas reflexiones que hace el señor obispo son mas propias de teólogo que de un sabio jurisconsulto perfectamente instruido en el derecho divino y humano, cual nos lo supone el señor Covarrubias en el lib. 2, cap. 8 de sus varias resoluciones, y para persuadir su poca solidez basta proponer la definicion, que tanto las leyes, como los jurisconsultos dan á la herencia, la que dicen es la sucesion en todo el derecho que tuvo el difunto.

13. Tratando de esta definicion Cujacio en la ley 24, ff. de verb. signif. dice que es permitido mudar las palabras ó voces en las definiciones con tal que se conserve la substancia de la cosa, y usando de esta licencia pasa á definir la herencia diciendo que es el derecho de toda la sucesion, y afirma que herencia es nombre de derecho, que no significa cuerpo, y que se percibe con el entendimiento, y no con los sentidos, porque es incorporal, y asegura que entre los jurisconsultos casi todas las voces denotan derecho, y no cuerpo, y consiguiente á esta costumbre la dote se llama derecho de tal, y la obligacion lo mismo, aunque en virtud de lo que se debe sea cuerpo.

14. Continuando el mismo asunto pretende que asi como el usufructo se llama derecho de usar y gozar, que equivale á derecho de percibir, del

mismo modo la herencia es derecho universal de la sucesion, y por ser derecho universal ni se puede dividir, segun la ley 8. al fin, ff. *de rer. ven.*, ni adquirir por usucapion, porque es incorporeal, y por esta causa no se puede poseer, y por consiguiente no tiene lugar la usucapion, porque lo que no se posee no se puede adquirir por ella. Hasta aqui Cujacio.

45. De esta doctrina se convence el juicio y tino con que procedió el señor Molina á formar y proponer la definicion del mayorazgo, diciendo que era derecho de suceder, ó lo que es lo mismo, segun Cujacio, derecho de sucesion, porque si la herencia, que en realidad es un conjunto de bienes, se llama derecho en sentido legal, y á la dote y peculio, que tambien son bienes acumulados, se les da el mismo nombre, como lo afirma Cujacio, no parece hay razon para estrañar ni para criticar como un absurdo el que el mayorazgo, que es un conjunto y cúmulo de bienes, se le dé y atribuya el mismo nombre genérico de derecho.

46. Basta la doctrina referida de Cujacio en punto á la definicion de la herencia para persuadirse cualquiera de la razon que asistió al señor Molina para llamar derecho al mayorazgo, y la ninguna que tuvo el señor Simancas para impugnarlo en este punto; pero para remover toda duda me haré cargo de cada uno de los inconvenientes ó reparos que propone el señor obispo.

47. El que el mayorazgo se diga que es derecho nada impide que el reino en concepto de mayorazgo se llame derecho, porque el mayorazgo se llama derecho en concepto intelectual.

48. Tampoco se opone el que la cosa sea distinta del derecho á ella, porque la herencia es derecho en el sentido explicado, y no impide el que se distinga de las cosas y bienes hereditarios. Igualmente no envuelve ninguna contradiccion el que el mayorazgo sea incorporeal, ni se pueda tocar ni poseer por ser derecho, y que al mismo tiempo llamen las leyes poseedores á los que tienen los bienes de mayorazgo, como sucede en la herencia, que sin embargo de ser derecho, y de consiguiente incorporeal, y no poderse tocar las cosas hereditarias, se tocan y poseen, y los que las tienen se llaman poseedores.

49. Finalmente, no es cierto el último inconveniente que propone, pretendiendo que el derecho de suceder no es otra cosa que derecho para suceder y conseguir lo que no se tiene; de que infiere como una cosa necesaria que el que sucede en virtud de aquel derecho, ya no tendrá el derecho de suceder, sino la sucesion misma, á la manera que el que acepta la herencia hace que se estinga, y en adelante ya no se diga herencia, sino patrimonio del que la aceptó. De que concluye que el que consigue la posesion de un mayorazgo por el mismo hecho se debe decir que no lo tiene, porque se estinguió el derecho de suceder. He dicho que no es cierto que el derecho de suceder, ya quiera decirse que es derecho para suceder, sea en realidad para adquirir una cosa que no se tiene, y que este derecho se estinga y consuma por la adquisicion de ella; antes bien el derecho que era para adquirir se conserva y perfecciona por la adquisicion misma, como entre otros ejemplos se evidencia por la servidumbre del usufructo, que es derecho de usar y gozar de la cosa agena, y este derecho no se destruye ni se pierde por el uso de ella, antes bien se conserva y perfecciona, pues de lo contrario se habria de decir que en el momento que el usufructuario gozaba del usufructo lo perdía, lo que seguramente era un manifiesto absurdo.

20. Ni es cierto que por el hecho de admitir la herencia se estinga esta y se haga patrimonio del que la admitió, porque, como se ha dicho, la herencia es derecho que intelectualmente se percibe, y este nunca pasa á ser patrimonio del que admitió la herencia.

21. Esta equivocacion nace de que se confunde la herencia con los bienes hereditarios, que son cosas muy diferentes y diversas: la herencia en derecho, y de consiguiente es incorporeal, indivisible, y que no se puede materialmente poseer; y las cosas hereditarias son todo lo contrario, corporales, divisibles, capaces de poseerse.

22. Estos dos conceptos que tiene la herencia se encuentran tambien en el mayorazgo, y por lo tanto debe distinguirse de las cosas comprendidas en él, y por no haber advertido esta variedad de conceptos el señor Simancas ha confundido las cualidades propias del derecho que resulta del mayorazgo, con las que son peculiares de los bienes y cosas de que se compone.

23. Puede servir de ejemplo para mayor claridad de este punto lo que sucede con la prenda, que se puede considerar con dos respectos; uno por la cosa misma que se da en prendas, como sucede en el párrafo 7, *Inst. de actionibus*, y el otro por el derecho real que el acreedor adquiere en la cosa dada, como se convence de las leyes de los títulos del ff. y del C. *qui pot. ni pig.* Así, pues, el mayorazgo debe mirarse con dos respectos, el uno de las cosas comprendidas en él, y el otro del derecho que adquiere en ellas el llamado por el fundador. Estos mismos dos respectos se encuentran tambien en la herencia, y las leyes y los juriconsultos han querido mas definirla por el concepto del derecho que nace de ella, que por el material de las cosas de que se compone.

24. Siguiendo este método que siguen las leyes y juriconsultos, el señor Molina ha querido definir el mayorazgo por el concepto del derecho que de él se origina, y no por el de los bienes de que se constituye.

25. Pasando á señalar y fijar la época en que principiaron á introducirse los mayorazgos en España, se hace indispensable indicar de paso que la introduccion de los mayorazgos se hizo á imitacion de los fideicomisos de los romanos ó de los feudos de la posterior edad, aunque en realidad los mayorazgos ni son fideicomisos ni feudos, como sabiamente lo advierte el señor Molina en el lib. 1, cap. 4, de su obra de primogénitos, notando la diferencia que hay entre estos tres establecimientos.

26. Es constante que los feudos fueron desconocidos de los romanos, y que no tuvieron principio hasta la ruina de su imperio.

27. No admite la menor duda que los feudos se introdujeron tambien en España como en las demas provincias de la Europa, entendiéndose principalmente de aquellos feudos que consistian en concesiones de lugares que hacian nuestros Soberanos á los ricos homes ó caballeros con dignidad y jurisdiccion, como lo reconoce el señor Molina en el cap. 13 del lib. 4, número 47 y 61, y lo confirman algunas de nuestras leyes, especialmente la 2, tit 26, Partida 4, y lo acreditan los historiadores con testimonios sacados de las crónicas de nuestros Reyes.

28. La citada ley de Partida espresamente llama feudos á las concesiones de los Reyes que hacian de lugares á los ricos homes ó caballeros, dándoles título de dignidad y jurisdiccion, con la obligacion de servir en caso de guerra con cierto número de soldados, ó hacer otro cualquier servicio que se hubiese pactado.

29. Aunque esta misma ley no llama feudos á otras dos especies de concesiones que hacian los Reyes de lugares á los ricos homes y caballeros, y de que habla, cómo eran las concesiones en tierra ó en honor, en las que no se pactaba espresamente ningun servicio, sino que se entendia que segun Fuero de España le debian servir lealmente, sin embargo estas concesiones en realidad eran propiamente feudos, y participaban de su naturaleza.

30. Ambrosio de Morales en el tomo 2, de sus opúsculos, al folio 62 de la impresion de 1793, tratando de esta especie de concesiones de lugares que nuestros Reyes hacian á los ricos homes, nota y propone la diferencia que habia entre conceder los lugares en heredad ó en tierra, y dice que cuando se concedian en heredad lo adquiria el donatario con pleno señorío, en virtud del cual podia disponer de él en vida y en muerte á su voluntad, dándolo ó dejándolo á quien quisiere; pero cuando se los concedian para que los tuviesen en tierra, era lo mismo que habérselo dado en tenencia con cargo de servirle en la guerra con la gente que correspondia á la renta que disfrutaban, y que muerto el donatario ó vasallo volvía la tierra á los Reyes, quienes podian darla á su voluntad.

31. Lo mismo afirma el citado autor que se observaba cuando los lugares se daban en honor, porque dice que tierra y honor, todo era una misma cosa, ó se diferenciaban muy poco, y cita en comprobacion varios lugares de las crónicas del rey don Alonso el sabio, y de sus tres sucesores, en cuyo tiempo asegura regia esta práctica, y tambien hace mencion de la espresada ley de Partida, que establece la diferencia que se observaba entre las concesiones que se hacian de tierra, honor y feudo; que en cuanto al servicio que habian de prestar al Soberano los agraciados consistia en que los que tenian tierra ú honor no hacian pacto espreso de algun servicio, sino que se entendia por Fuero de España el servir lealmente, y cuando la concesion era en feudo se pactaba hacer servicio al Rey á costa del agraciado, ó con cierto número de hombres, ó en otra manera que se pactase.

32. Concerniente á este punto dice el marqués de Mondejar en las Memorias históricas del rey don Alonso el sabio en el cap. 2, del lib. 2, que nadie ignora que en España se llaman honores aquellos lugares que concedian sus Reyes en feudo de por vida á sus vasallos, y se refiere á Blancas, quien afirma que cualesquiera lugares que se asignaban á los ricos homes los tenian en feudo honorario, y así se llamaban honores, porque se daban en honor; este testimonio de Blancas se halla al folio 320 de sus Comentarios; tambien prueba el mismo intento con otro lugar de la historia del arzobispo don Rodrigo, y lo mismo repite Zurita al lib. 4, cap. 44 de sus Anales, donde afirma que los ricos homes por los feudos que tenian del Rey, que en Aragon se llamaban honores, estaban obligados á servirle si iba á la guerra, y permanecer en ella.

33. De lo dicho se convence que las concesiones que hacian los Reyes á los ricos homes, bien fuese en tierra, en honor ó en feudo, todas en realidad eran feudos, sin otra diferencia por la ley citada de Partida, que en la concesion de tierra y honor el feudatario se obligaba implícita y generalmente á servir al Rey, y en la concesion de feudo estaba tenido espresa y particularmente á servir en la guerra con cierto número de hombres que se llamaban lanzas.

34. No solo se conocieron en España los feudos mayores de dignidad,

título y jurisdicción, concedidos por los Reyes, sino también los menores, si creemos al señor Molina, que al número 63 del citado capítulo 43, afirma que en Galicia apenas se encontrará algún noble que no sea feudatario de la iglesia de Santiago ó de otras de aquel reino, poseyendo lugares y castillos por derecho de feudo, y satisfaciendo cierta pensión anual por razón de servicio.

35. No era igual en todas las provincias de España el modo de suceder en los feudos, pues en la de Castilla y Leon en los feudos mayores ó reales la sucesión era temporal y limitada á la vida del feudatario, como se convence de los testimonios que refieren Morales y el marqués de Mondejar en los lugares citados: al contrario sucedía en Aragon, donde la sucesión era hereditaria, en términos que podía disponer del feudo el feudatario entre sus hijos y herederos, como se convence del testimonio de Zurita en el lugar citado.

36. En los feudos menores que provenían de reales concesiones sucedían los hijos, y también los nietos en su defecto; pero no pasaba de este grado la sucesión, sino que tornaba el feudo al señor que lo concedió, ó á sus herederos, segun la ley 6, tit. 26, Partida 4, en lo que dicha ley corrige las disposiciones feudales, pues tanto en el tit. 1, ff. 4, de lib. 4, de los feudos, como en el tit. 50 del lib. 2 en los feudos sucedían los descendientes varones del feudatario, sin limitación de grado *in infinitum*.

37. Aunque generalmente convienen los autores en que el establecimiento de los feudos fue posterior á la ruina del imperio romano, varían sin embargo acerca de los pueblos que los introdujeron primeramente en las provincias que habían sido del imperio, pretendiendo unos que los longobardos fueron los autores de los establecimientos feudales en Italia, y otros quieren hayan sido los francos cuando se establecieron en la Galia á principios del siglo V, cuya opinion la tengo por mas fundada, atendidas las razones con que la apoya Gonzalez Tellez en su Comentario al cap. 2 de *feudis*; pero prescindiendo de la certeza de esta opinion, lo cierto es que cuando á instancias de los papas pasaron los francos á Italia en tiempo de Carlo-Magno á reprimir la audacia y vejaciones con que oprimían los longobardos los pueblos de aquella provincia, introdujeron y llevaron consigo el uso de los principados y feudos, en los que, segun costumbre de su país, no se admitía pluralidad de personas en la sucesión, sino que sucedía una sola, y era el primogénito de la familia por orden de primogenitura, de que dimanó, segun lo afirma el cardenal de Luca en el discurso 202, número 40 y 41 de *fideicommissis*, que aquellos feudos en que se observaba la sucesión individua de una sola persona, y que esta fuese el primogénito, se llamasen y dijese feudos, segun derecho de los francos, para diferenciarse de los feudos de Italia, en donde eran divisibles entre todos los descendientes de un mismo grado, por lo que el mismo cardenal en el discurso 8 de *feudis*, al número 6, establece y señala dos modos de suceder en los feudos, á saber, ó por derecho de los francos ó de los longobardos; en los primeros dice que siempre sucedía el primogénito con esclusión de los demas, porque eran de naturaleza individua, y en los segundos todos los que estaban en igual grado de parentesco.

38. Al principio continúa dicho cardenal diciendo en el citado discurso 202 de *fideicommissis*, que la costumbre de suceder por derecho de los francos se observaba únicamente en los reinos, principados y feudos, sin estenderla

á los bienes privados ó particulares, sujetos á disposicion privada; pero con el transcurso del tiempo, y á imitacion de lo que se observaba en los reinos, principados y feudos, se empezó á introducir el mismo órden de suceder en los bienes particulares é indiferentes, bien fuese que este uso tuviese su origen en la costumbre, ó en estatuto ó convenciones, por haber acreditado la esperiencia que por este medio y por la union de bienes en una persona se conservaba mejor la nobleza y lustre de las familias, y estas disposiciones privadas se hicieron, tanto por última voluntad, como por contrato entre vivos, usándose promiscuamente de las palabras, primogenituras y mayorazgos: ó primogénitos y mayores de edad.

39. En cuanto á la palabra mayorazgos es de sentir el referido autor que la llevaron á Italia los españoles en tiempo de don Alonso I de Aragon (debe decirse V) quando espelieron á los franceses de los reinos de Sicilia y Nápoles, y como en España vulgarmente se usa mas de la palabra mayorazgo que de la de primogenitura, que es mas propia de los franceses, dice que quedó en Italia el uso promiscuo de estos dos vocablos, cuyo órden originario de suceder provenia del que se observaba en los reinos, principados, baronías ó feudos de dignidad, de naturaleza singular é individua, segun el comun sentir de los doctores italianos, españoles, franceses y alemanes, por reputar la herencia individua por lo mismo que derecho de primogenitura.

40. Me he detenido á manifestar el origen de los feudos, y el diverso modo de suceder en ellos, para que se venga en conocimiento de que asi como en los reinos y principados solo sucedia uno solo, y era el mayor, establecieron los francos que en los feudos se observase el mismo órden de suceder, escluyendo el primogénito á los demas hermanos, y prefiriéndose su línea á otras, como lo afirma el cardenal de Luca en la suma *de feudis*, número 10, y ya antes lo habia notado el señor Molina en el libro 1, capítulo 7 de *primogenitis*, número 4: á imitacion, pues, de la práctica de suceder en los feudos, segun derecho de los francos, se introdujo la de vincular los particulares sus bienes, y hacerlos indivisibles, sucediendo en ellos el primogénito ó mayor de edad, de donde sin duda se derivó el nombre de mayorazgo.

41. De lo dicho se infiere que la primera idea de los mayorazgos no vino de los fideicomisos, como pretende Castro en sus discursos sobre las leyes, tomo 3, discurso 1, division 2, número 9, sino de los feudos y del derecho de suceder, establecido en ellos por derecho de los francos, á imitacion del que se observaba en la sucesion de los reinos y principados; lo que se convence con mas claridad, si se reflexiona que el derecho romano que establece los fideicomisos dejó de observarse en Europa desde la irrupcion de los bárbaros, y permaneció en esta inobservancia hasta que en el siglo XII se renovó su estudio en las universidades de Pisa y Bolonia; sea ó no cierto el descubrimiento que se hizo en Amalfi de las pandectas en tiempo del Emperador Lotario II, y ya en el siglo VIII, segun la opinion que se ha referido del cardenal de Luca, los francos llevaron é introdujeron en Italia la práctica que observaban en su pais de que los feudos fuesen indivisibles, y se sucediese en ellos por derecho de primogenitura, y con preferencia de línea, cuya práctica ciertamente tuvo su origen en el derecho de primogenitura que se observaba entre los francos en la sucesion ordinaria de los bienes patrimoniales.

42. Es, pues, mas que verosímil que los mayorazgos tomaron su origen, no de los fideicomisos de los reinos, sino del modo de suceder que se observaba en los feudos segun el derecho de los francos; resta ahora averiguar el tiempo ó época en que se principiaron á usar en España.

43. El señor Rojas de Almansa en la disputacion 4, cuestion 6, número 16, afirma con referencia á Torre de *majoractibus*, que la primer época de ellos fue en el año de 1251; pero como esta asercion no se apoya con ningun testimonio positivo, mas debe tenerse como conjetura arbitraria que como una verdad.

44. El señor Molina en su prólogo de su obra de primogénitos al número 14 y siguientes asegura, que la primer vez que se hace espresion de los mayorazgos en las crónicas de nuestros soberanos es en la del Rey don Juan el I, en cuya historia se refiere que se disputó en unas cortes del testamento de su padre don Enrique II, en el cual se encuentra la cláusula siguiente: *«pero todavia que las hayan por mayorazgo é finquen á su hijo mayor de cada uno de ellos, y si murieren sin hijos legítimos, que se tornen los bienes del que asi muriere á la corona real de nuestros reinos»* (la cual cláusula la refiere con notable alteracion el Castro en el lugar citado), sin embargo de que haya muchos documentos anteriores que persuaden se poseían por muchos nobles amplísimos patrimonios por derecho de mayorazgo ó primogenitura.

45. La misma opinion sigue el Castro en la division 4, del citado discurso, donde afirma que los mayorazgos son anteriores al reinado de Enrique II, á causa de que en su testamento habla de ellos, como de cosa conocida y de notoria antigüedad practicada en el reino; y congetura que los mayorazgos antiguos de que habla el testamento del rey don Enrique eran mayorazgos grandes, con títulos de duques, condes, marqueses y otros semejantes, y que no podian tener aquella union de bienes, orden de primogénitura, y única sucesion que tanto hoy los caracteriza por no haber leyes en el reino que lo regulasen; y de consiguiente opina que ninguna otra ley podia servir de mejor regulacion á estos mayorazgos que la que regulaba la sucesion del reino ó este gran mayorazgo de la monarquía, y supone que la sucesion del reino en tiempo de los Príncipes Godos era electiva, como lo afirma el señor Molina en el lib. 1, cap. 2, número 11, con que mal podria servir de regla para la sucesion de los mayorazgos.

46. Tanto el señor Molina en el capítulo próximamente citado, número 13, como el Castro, pretenden que la sucesion del reino, despues del famoso don Pelayo, siempre fue regulada segun el orden de primogenitura, en lo que padecen uno y otro autor una conocida equivocacion, pues consta que hasta el rey don Ordoño I, que entró á reinar en 830, siempre los soberanos subieron al trono por medio de la eleccion, como lo afirma y prueba el autor de las observaciones sobre la historia general de España del padre Mariana, en la impresion que se hizo de ella en Valencia, tomo 4, fólío 437 y siguiente, y en el tomo 3, fólío 334.

47. Don Francisco Marina en el número 66 y fólío 53 de su Ensayo Crítico se aparta de la opinion de Morales y del anotador de la historia de Mariana, pretendiendo que todavia despues del reinado de don Ramiro I, fue electiva la corona de Castilla, sobre cuyo hecho alega unos testimonios que examinarán los curiosos; y acaso podrán entenderse de la proclamacion ó coronacion de los Reyes.

48. Mayor equivocacion que los autores arriba citados padeció el señor Molina en el libro 1, cap. 2, título *de primogenitis*, número 13, donde afirma que el reino de España despues de la instalacion del rey don Pelayo, siempre se defirió ó trasmitió á los hijos primogénitos de los Reyes. Pero sea de esto lo que fuere, no puede ponerse en duda que por lo menos desde el rey don Alonso VII el Emperador, dejó el reino de Castilla de ser electivo, haciéndose hereditario, fideicomisario, en virtud de lo cual se sucedió en él por orden de primogenitura.

49. Es cierto que posteriormente desde Ordoño I fue hereditaria la sucesion á la corona, pues consta que don Alonso el Grande su hijo distribuyó sus estados entre todos sus hijos, mandando que se sucediesen mutuamente entre sí; cuya disposicion llegó á los nietos de la herencia paterna, como lo observa el mismo autor al folio 438 del tomo 4, y aun posteriormente don Fernando el Grande, que reinó en 1030, siguió el mismo ejemplo de dividir el reino, y por último don Alonso VII de Leon y II de Castilla, que murió á mediados del siglo XII en 1157, distribuyó entre sus dos hijos don Sancho y don Fernando los reinos de Castilla y de Leon; y si posteriormente hasta el reinado de don Fernando el Santo se observó igual práctica de dividir los reinos entre los hijos del Rey difunto, mas parece debe atribuirse á que solo tuvieron un hijo varon, que á que hubiera una ley positiva que impidiera esta division.

50. El rey san Fernando tuvo varios hijos varones, y sin embargo quiso que su primogénito don Alonso, con esclusion de los demas, sucediese en la corona, á la que agregó los reinos de Córdoba y Sevilla, que habia conquistado.

51. Esta disposicion del santo rey don Fernando, unida á la constante experiencia de los males que se originaban de la division de los reinos entre los hijos, fue ciertamente la causa que impelió al rey don Alonso el Sabio su hijo á establecer é insertar en su célebre obra de las Siete Partidas la ley 2, tit. 15 de la Partida 2, en la que dispuso por regla fundamental de la sucesion al trono, que el señorío del reino lo tuviese el hijo mayor solo despues de la muerte de su padre, y se funda entre otras cosas, en que esta práctica la usaron siempre en todas las tierras del mundo, do quiera que el señorío obieran por linage, é mayormente en España.

52. Por esta ley no solo se declaró individua ó indivisible la sucesion del reino, sino que se prefirió el primogénito á todos sus hermanos, y aun se ordenó que el varon fuese preferido á la hembra, y que esta tuviera preferencia á los parientes de otra línea, en lo que se ve establecida la regla elemental de la sucesion en los mayorazgos, á saber, la preferencia de línea, grado, sexo y edad, y por último se estableció por primera vez y sin ejemplar, ni en la jurisprudencia romana, ni en la que se observó por los godos, ni en los tiempos posteriores, el derecho de representacion en el hijo del padre primitivo difunto para suceder al abuelo en el reino, con esclusion de sus hijos, tios del nieto.

53. He dicho que este establecimiento se ordenó por primera vez, porque aunque los romanos conocieron el derecho de representacion, y tambien los godos, como se echa de ver en la ley 4, tit. 5, lib. 4 del Fuero Juzgo, este derecho de representacion era para que el de grado mas remoto concurriera con el de mas próximo á la sucesion, pero de ninguna manera se le concedia virtud y eficacia para que el de grado mas remoto es

cluyera del todo al de grado mas próximo, por lo que con razon observa Cujacio en el tit. 11 del lib. 2 de los feudos, que la particularidad de que la representacion escluya al mas próximo es una exorbitancia del vigor y fin de la representacion.

54. De lo que dejo espuesto se convence que el reino en tiempo de los godos fue electivo, y continuó en serlo tambien en tiempo de don Pelayo y de sus sucesores hasta don Ordoño I, que posteriormente se tuvo por hereditario ó patrimonial, y de consiguiente se reputó por divisible; y por último desde san Fernando, y mas particularmente desde su hijo don Alonso el Sábio, se consideró como indivisible, ó de naturaleza individua, y se declaró la sucesion á favor del primogénito, con la preferencia indicada de linea, grado, sexo y edad, cuyas cualidades se hallan reunidas en la sucesion de los mayorazgos.

55. De esta uniformidad que observa entre la sucesion de los mayorazgos y la del reino, dedujo é infirió el señor Molina que el reino es cabeza de todos los primogénitos de España, como que es verdadero mayorazgo, de donde se derivan todos los demas de los particulares, lib. 1, cap. 2, núm. 16, y al 25 no duda afirmar que es mas que cierto que el modo y orden de instituir mayorazgos ha pasado de los Reyes á los súbditos. El señor Castillo en el lib. 5, cap. 163, con referencia al señor Molina, afirma que entre el reino y los mayorazgos de España hay tan grande conformidad que se puede asegurar por cosa cierta que los mayorazgos traen su origen del reino, y que se debe guardar en ellos la misma forma de suceder que se observa en el reino.

56. El testamento del rey don Jayme el Conquistador, y I de Aragon, otorgado en Mompeller á 26 de Agosto de 1272, presenta el testimonio mas convincente de esta verdad. Dispuso en él de sus estados, y dividiéndolos en dos reinos, unió en el primero los de Aragon, Valencia y condado de Barcelona ó Cataluña, con otras agregaciones menos principales, y nombró para suceder en estos reinos unidos á su hijo primogénito don Pedro: en el segundo agregó el reino de Mallorca, las islas de Menorca é Ibiza, con otros condados que espresa, y eligió para suceder en él á su hijo segundo don Jayme.

57. En los llamamientos y substituciones que hizo para arreglar la sucesion usa de los términos mas claros y espresivos para manifestar su voluntad, de que se habia de suceder en dichos reinos por la regla de una rigurosa agnacion; de forma que en el dia, despues de mas de quinientos años de práctica y ejercicio de fundar mayorazgos, no es dable añadir cosa alguna que aclare su disposicion. Establece que cada uno de los referidos reinos sea indivisible, y que suceda el hijo mayor y sus descendientes varones por linea recta legítima masculina; por cuya cláusula no solo escluye á los descendientes ilegítimos, sino que tambien por la espresion de que hayan de ser varones precave la duda que suscitan los autores mayorazguistas de si cuando el fundador llama á los descendientes por linea recta masculina deberá entenderse escluida la hembra, hija del último poseedor, y á mayor abundamiento escluye de la sucesion á las hembras y sus descendientes; y para en caso de faltar alguna de las líneas de los dos hijos substituye la del otro.

58. No se limitó la disposicion testamentaria del rey don Jayme á solo establecer estos dos reinos, y prescribir las reglas con que en ellos habian

de suceder cada uno de los hijos que dejaba nombrados, sino que se estendió á fundar dos vínculos ó mayorazgos de bienes particulares, comprendidos existentes en los términos de los referidos reinos para otros dos hijos llamados don Jayme y don Pedro, que tuvo de doña Teresa Gil Bidaure, señalándoles á cada uno varias villas y castillos en que habian de suceder cada uno de ellos y sus respectivos descendientes; y repite las mismas cláusulas que habia dejado dispuestas para la sucesion de los reinos, y substituye las dos líneas de estos dos hijos mutuamente entre sí; y declara que si alguno de los descendientes tuviere hijo ó hijas legítimas, los hermanos que sucedan en la herencia los hayan de casar y dotar honradamente; y por último en defecto de las líneas de estos dos hijos, ordenó que sucediesen las de sus dos hijos don Pedro y don Jayme nombrados para suceder en los reinos, substituyendo tambien á estos las líneas de don Jayme y don Pedro; y en defecto de varones agnados de las líneas de sus cuatro hijos, llama á los descendientes de su hija mayor doña Violante, casada con el rey de Castilla.

59. En vista de haber fundado el Rey don Jayme los vínculos para sus dos hijos menores con las mismas cláusulas y llamamientos con que ordenó y dispuso la sucesion de cada uno de los reinos, en que dividió sus estados entre sus dos hijos mayores, se hace á todas luces claro que los mayorazgos traen su origen y naturaleza de la sucesion del reino, no pudiéndose poner en duda que antes fue indivisible el reino, y se sucedió en él por orden de primogenitura, que los particulares estableciesen la indivisibilidad en sus bienes hereditarios, que era contrario á lo que disponian las leyes del Fuero Juzgo, las del real y las de las Partidas, y los otros fueros municipales, y aun por los de Aragon del tiempo del Rey don Jayme el I solo se permitia al padre vincular los bienes que dejaba al hijo hasta que este cumpliese los veinte años, segun el Fuero 1 de *de rebus vinculatis*, que es del mismo soberano del año 1247.

60. Poco importa que los vínculos al principio ó hasta el tiempo del rey don Enrique II de Castilla no se dijese mayorazgos, y que este soberano fuese el primero que en la cláusula de su testamento los llama con este nombre, pues como hemos visto estos establecimientos desde el tiempo del rey don Jayme de Aragon, que fue anterior un siglo entero al rey don Enrique, tuvieron la naturaleza y cualidades que los mayorazgos del tiempo presente, sin faltarles aquella cualidad distintiva de dar la preferencia al hijo mayor, de que es constante trae su origen y etimologia la palabra mayorazgo.

61. Ni es absolutamente cierto que hasta el tiempo del rey don Enrique II no se haga mencion en la historia de estos establecimientos con el nombre de mayorazgos.

62. Don Antonio Guevara, obispo de Mondoñedo, en la parte 1.^a de sus epístolas familiares, epístola de 12 de Diciembre de 1526, en que contesta á la pregunta que le hizo el conde Benabente don Alonso de Pimentel de quiénes fueron los caballeros de la orden de la Banda, y qué Príncipe la fundó, dice que el rey don Alonso XI fundó la orden de la Banda estando en la ciudad de Burgos en la Era de 1368 (que equivale al año de 1330), y que cuatro años despues hallándose el Rey en Palencia reformó la regla que antes habia hecho, y con referencia á esta reforma, que asegura fue la regla mejor y mas caballerosa, refiere entre otros capítulos uno en que

se espresan las cualidades que habian de tener los caballeros que habian de ser admitidos en ella, y se esplica en estos términos: en esta orden de la Banda no podian entrar los primogénitos de caballeros que tenian mayorazgos, sino los que eran hijos segundos ó terceros que no tenian patrimonios, porque la intencion del buen rey don Alonso fue de honrar á los hijosdalgo de su corte que poco podian y poco tenian.

63. El Padre Mariana en el cap. 2 del lib. 46 de la historia general de España, hablando de esta orden de la Banda, fundada por el rey don Alonso XI, dice lo que sigue: no se recibia otrosí, en ella los mayorazgos de los caballeros y señores.

64. Aunque para asegurarme de si en los estatutos de la orden de la Banda se hacia espresa mencion de la palabra mayorazgos, he procurado y conseguido reconocer una copia manuscrita de dichos estatutos, y como en ella no haya encontrado el citado estatuto, me recelo con bastante fundamento que la copia que he visto se sacó de la regla primera que formó el Rey en Burgos de la enunciada orden, y no de la reforma que hizo en ella él mismo cuatro años despues en la ciudad de Palencia, que es á la que se refiere, no siendo presumible que así este autor como el Padre Mariana fraguasen una disposicion tan particular: confirma esta presuncion ó congettura el ver que hasta el diligente y exacto Garibay en el cap. 7 del lib. 14 de su compendio historial de España, hace mencion de la disposicion del capítulo, aunque no usa de la espresion mayorazgos, sino de la de primogénito, estas son sus palabras (hablando de los caballeros de la Banda): «entre los demas estatutos tenian uno bien notable estableciente que ningun primogénito de grande señor lo podia tener.»

65. Aun quando en el mencionado estatuto de la orden de la Banda no se hiciera espresa mencion de los mayorazgos, el hecho de no admitir en ella á los primogénitos de los grandes señores, por la causa que indica el obispo de Mondoñedo de que la voluntad del Rey fue honrar á los hijosdalgos de su corte, que poco podian y poco tenian, no se puede poner en duda que ya entonces eran, no solo conocidas las vinculaciones ó mayorazgos en que sucedia el hijo mayor con exclusion de los demas, sino que era hartó comun y frecuente esta especie de establecimientos, quando llamó la atencion del Rey para escluir á los que habian de suceder en ellos de la nueva orden que acababa de fundar.

66. De lo dicho hasta aqui acerca del origen y época en que empezaron á introducirse y conocerse los mayorazgos de España, se infiere que la sucesion de los feudos por derecho de los francos pudo dar alguna idea de los mayorazgos ó primogenituras en Italia ú otros países de Europa; pero no en España, que en la época misma de empezarse á usar de las vinculaciones de bienes ó mayorazgos, observaba en la sucesion de los feudos la comun práctica ó costumbre que regia casi generalmente en toda Europa, de que sucediesen por iguales partes en los feudos menores los hijos varones del feudatario, como se ordena en la ley 6, tít. 26, Partida 4, con la particularidad de que dicha ley limita la sucesion á solo los nietos, lo que era contrario á la costumbre que se guardaba en la sucesion de los feudos, que se estendia sin limitacion alguna á todos los descendientes varones, como se ve en el cap. 1, párrafo *hoc autem notandum* del tít. 1 y 8 de *feudis*, lib. 4, y en los feudos mayores ó de dignidad, como reino, comarca ó condado, quiere la misma ley que la sucesion

sea personal y vitalicia, á no ser que el Emperador, Rey ó señor que hubiese dado el feudo espresamente hubiese estendido la sucesion á los hijos y nietos del feudatario, cuya disposicion es el testimonio mas claro que se puede apetecer de que los mayorazgos de España no traen su origen de la sucesion de los feudos, pues si en estos, aun siendo mayores ó de dignidad, era limitada la sucesion y no perpétua, mal podria serlo la de los feudos menores, ni introducirse á imitacion de ellos la sucesion ilimitada y perpétua que se observa en los mayorazgos, pues primero era que en los feudos de España sucediese el primogénito, y sus descendientes perpétuamente por órden sucesivo, para poder decir que á imitacion de los feudos se observaba en los mayorazgos el mismo órden de suceder.

67. El silencio que guardan las leyes de Partida en cuanto al modo y forma con que se habian de estender las escrituras ó cartas de fundaciones de mayorazgos, es un indicio harto fundado, como observa el señor Molina en la prefacion ó prólogo de su obra de *Primogenitis* número 21, y en el lib. 1, cap. 2, núm. 19 y 20 de dicha obra, de que hasta el año de 1263, en que se concluyó la obra de las Siete Partidas, no se conocieron en España, especialmente en los reinos de Castilla y Leon los mayorazgos, pues habiéndose hecho en las leyes de Partida tan menuda y particular espresion de todas las especies de escrituras ó instrumentos que deberian otorgarse entre las partes para acreditar sus verdaderos derechos, de que ofrece el mas convincente testimonio el tit. 48 de la Partida 3, no se hace creible que se hubiese omitido la fórmula de fundaciones de mayorazgos como no se omitió la escritura de otorgamiento de feudos que se halla en la ley 68 del espresado título, sin embargo de que opinan algunos que los feudos no se conocieron en España, y que las leyes que hablan de ellos se hicieron á prevencion para cuando los hubiere.

68. Es, pues, fuera de toda duda que los mayorazgos no se conocieron en España antes de la formacion de la ley de Partida, y que su origen lo han tenido en la época intermedia de la conclusion de estas y publicacion del testamento del rey D. Jayme, que se verificó en 1276, en que acaeció su muerte, de cuyos hechos es necesario concluir que el primer testimonio positivo que se halla en nuestras historias de fundacion de mayorazgo de bienes particulares es del rey don Jayme, y que posteriormente á esta época en los años que mediaron hasta el de 34 del siglo XIV ya se habian hecho bastante frecuentes semejantes fundaciones, cuando el rey don Alonso el XI en la reforma que hizo de la órden de la Banda dispuso excluir de ella á los primogénitos de los grandes señores.

69. Por último, se infiere tambien padeció equivocacion la sociedad de esta corte en el informe hecho al Consejo sobre el espediente de la ley agraria cuando afirmó al núm. 197, que la mas antigua memoria de los mayorazgos no sube del siglo XIV; y que aun en este fueron muy raros, pues queda demostrado que poco despues de la mitad del siglo XIII hubo mayorazgos, y no muy entrado el siglo XIV eran ya harto frecuentes las vinculaciones.

70. La historia ó anales eclesiásticos de Sevilla, y seculares formados por don Diego Ortiz y Zúñiga, nos presenta un testimonio el mas convincente y positivo de que á fines del siglo XIII ya pedian los particulares, y obtenian de los Reyes facultad de fundar y hacer mayorazgos de sus bienes.

71. En 14 de Diciembre de 1291, estando el rey don Sancho en la ciudad de Soria, concedió privilegio á don Juan Mathe, su camarero mayor, para que fundase mayorazgo de sus vasallos, castillos y heredamientos, cuyo privilegio ó licencia lo copia Zúñiga en el lugar correspondiente, y está concebido en estos términos. «Sepan cuantos etc., cuemo yo don Sancho etc., por hacer bien é merced á vos Juan Mathe, nuestro criado y nuestro camarero mayor, por cuanto nos pidió por merced que le ficiésemos sus bienes mayorazgos, é le diésemos licencia que él pudiese facer; é Nos habiendo voluntad de lo honrar é de lo ennoblecer, porque su casa quede siempre hecha é su nombre non se olvide nin se pierda, y por le emandar muchos servicios leales y buenos que nos siempre fizo á Nos é á los Reyes onde nos venimos, é porque le sigue ende mucha pró é honra á Nos y á nuestros reinos en facer que haya muchas casas de grandes omes, por ende Nos, como Rey y señor natural é de nuestro real poderío facemos mayorazgo de todas las casas de su morada, que él ha en la ciudad de Sevilla en la colacion de Santa María la Mayor, con la barrera y barrio que las dichas casas tienen, y con todas las franquezas y privilegios de mercedes que tiene de Nos y de todos los Reyes nuestros antecesores; y á vueltas de ellas facemos mayorazgo los sus castillos y heredamientos de Villalva y Nogales, y Peñafior, y Lapizar, y el Vado de las Estacas, é mas todos los otros lugares etc.»

72. Lo mismo ejecutó su hijo el rey don Fernando IV, quien hallándose en Valladolid en la Era de 1334, que equivale al de 1296 del Nacimiento, con consejo de su madre la reina doña María y del Infante don Enrique su tío, por un privilegio rodado, concedió licencia y facultad á don Alonso Martinez de Ribera, comendador mayor de la órden de caballería de Santiago, cuarto nielo del Cid Rodrigo Diaz, para que en su mayorazgo y bienes, que descendian del honrado caballero el Cid, pudiera poner todas las condiciones añadiendo, é inmutando en su mayorazgo lo que quisiere, ó por bien tuviere, cuyo privilegio lo refiere el doctor don Miguel de Portilla en su historia de Alcalá de Henares ó *complutum*, y á continuacion copia el testamento del referido don Alonso Ribera, en que señala los bienes comprendidos en el mayorazgo, y el órden que se habia de guardar en la sucesion; todo lo cual persuade hasta la evidencia que á fines del siglo XIII eran ya conocidos los mayorazgos, y se les daba el mismo nombre que ahora. (1)

(1) Como complemento de las eruditas noticias que espone el Sr. Llamas sobre el origen de los mayorazgos, creemos curioso insertar en esta nota lo que hallamos en un folleto que con el título de *Institucion de los mayorazgos, examinada histórica y filosóficamente* publicó en Madrid el Sr. D. Manuel María Cambrónero. Dicho autor asegura haber visto el manuscrito de un libro que con el título de *Bienandanzas y fortunas*, escribió en 1475, es decir, al principio del reinado de Doña Isabel la Católica, Lope García de Salazar, en que entre otras cosas dice: «Unmayorazgo tiene la casa de Sotomayor.... del cual se platica comunmente en este reino de Galicia, que fue su fundadora Doña Urenda, muger del rey D. Pelayo.» El mismo autor refiere que D. Sancho Albarca tuvo seis hijos, dos varones. El mayor sucedió en el reino, al segundo hizo conde de Marañon y dióle la villa de Zúñiga con el título de alférez para él y para los primogénitos que de él descendiesen, segun la costumbre de España.» Estas noticias que harian ascender el origen de los mayorazgos hasta fines del siglo X, no están sin embargo robustecidas con las pruebas y fundamentos necesarios para que puedan considerarse como exactas y auténticas. Quien desee noticias mas minuciosas sobre el origen é historia de los mayorazgos en España, puede consultar la historia del dere

73. Manifestado ya el origen de los mayorazgos de España, y la época en que principiaron á conocerse, corresponde entrar á desenvolver y analizar la disposicion de la presente ley. Por ella, he dicho ya, se decidió en España la famosa cuestion de la preferencia entre el tío y sobrino, que

cho español por D. Juan Sempér; la obra sobre el origen de las dignidades de Castilla del Dr. Salazar de Mendoza, el informe á la ley agraria de D. Gaspar Melchor de Jovellanos, y los eruditos artículos publicados últimamente sobre esta materia por el señor D. Pedro Gomez de la Serna.

Por real decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820, restablecido por otro de 30 de agosto de 1836, y otros posteriores, se han suprimido todos los mayorazgos fideicomisos, patronatos y vinculaciones de toda especie, restituyéndose á la clase de absolutamente libres, y no pudiendo nadie fundar en lo sucesivo vinculaciones, ni prohibir directa ni indirectamente la enagenacion de bienes vinculados.

Hé aquí el texto de las leyes y decretos á que nos referimos.

Real decreto restableciendo lo dispuesto por las Córtes sobre supresion de vinculaciones.

«Deseando proporcionar desde luego á la nacion las grandes ventajas que deben resultarle de la desamortizacion de toda clase de vinculaciones, he venido á nombre de mi agusta hija Doña Isabel II, en decretar lo que sigue:

1.º Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie, y restituidos á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan.

2.º Quedan asimismo restablecidas las aclaraciones relativas á la desvinculacion hechas por las Córtes en 15 y 19 de mayo de 1821 y 19 de junio del mismo año.

3.º La ley restablecida por este decreto principiará á regir desde la fecha del mismo.

4.º Se reserva á las próximas Córtes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que tuvieron los mayorazgos mientras estuvo vigente la ley de 27 de setiembre de 1820 por donaciones gratuitas ó remuneratorias, ó por cualquiera otro título traslativo de dominio legítimamente adquirido.

5.º Los convenios y transacciones celebrados entre los interesados á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 19 de junio de 1835, tendrán cumplido efecto.

Tendréislo entendido y dispondréis lo necesario á su cumplimiento. Está rubricado de la real mano. En Palacio á 30 de agosto de 1836.—A D. José Landero.

Supresion de vinculaciones.

Las Córtes, despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitucion, han decretado lo siguiente:

Artículo 1.º Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raices, muebles, semovientes, censos, jueros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

2.º Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior, podrán desde luego disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistieren; y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella, libremente como dueño. Esta mitad que se reserva el sucesor inmediato no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual.

3.º Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enagenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato; y si este fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derechos ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos espresados, será nulo el contrato de enagenacion que se celebre.

tanto dió que discurrir á los jurisconsultos que ejercitaron sus plumas con frecuentes y copiosos escritos, como se verificó en Tiraquelo, Manuel Acosta y Santiago Asaa, con otros varios que refiere el señor Molina en el cap. 6 del lib. 3; pero á decir lo que entiendo, el asunto no merecia tan penosa

4.º En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo con entero arreglo á lo prescrito en el artículo 3.

5.º En los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad, dispondrán los poseedores de sola la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el art. 3.

6.º Asi en el caso de los dos precedentes artículos como en el del 2.º, se declara que en las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos á ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres puedan disponer los poseedores actuales, y que existan bajo su dominio cuando fallezcan.

7.º Las cargas, asi temporales como perpétuas, á que estén obligados en general todos los bienes de la vinculacion sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados, de comun acuerdo, no prefiriesen otro medio.

8.º Lo dispuesto en los artículos 2, 3, 4 y 5 no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales penden en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos en tales casos ni los que le sucedan no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta este dia ó que se dieren en adelante. Pero se declara, para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion será considerado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el art. 2.

9.º Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y reversion que en lo sucesivo deben instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora hayan pasado como libres á otros dueños.

10. Entiéndase del mismo modo, que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deban pagar á sus madres, viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas con arreglo á las fundaciones ó á convenios particulares ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones mientras vivan los que en el dia los perciben, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los espresados alimentos y pensiones la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de los bienes que se les reservan.

11. La parte de renta de las vinculaciones, que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente á sus mugeres para cuando queden viudas, se pagará á estas

discusion, porque ó se trata del derecho que competia al tio y sobrino para la preferencia en la sucesion de los bienes vinculados, antes que se estableciese alguna ley positiva que resolviese la duda, ó del tiempo posterior á ella.

74. Si se habla del primer caso (pues del segundo no hay razon de du-

mientras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato.

42. Tambien se debe entender que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se sucedan los cónyuges uno á otro en el usufructo de las vinculaciones por via de viudedad, lo ejecuten asi los que en el dia se hallan casados, por lo relativo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enagenados cuando muera el cónyuge poseedor; pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponde, segun queda prevenido.

43. Los títulos, prerogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pie y seguirán el órden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos ó mas grandezas de España, ó títulos de Castilla, y tuviesen mas de un hijo, podrán distribuir entre estos las espresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.

44. Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pia, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ó indirectamente su enagenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos estrangeros.

45. Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas asi seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos, permanentes; sean eclesiásticos ó laicales, conocidas con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raices ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno sea lucrativo ú oneroso.

46. Tampoco pueden en adelante las *manos muertas* imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raices, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravámen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero ó de cierta parte de frutos, ó de algun servicio á favor de la *mano muerta*, y ya en otras respensiones anuales. Lo cual presentan las Cortes á S. M. para que tenga á bien dar su sancion. Madrid 27 de setiembre de 1820. (Se publicó en las Cortes en 41 de octubre siguiente).—El conde de Toreno, presidente.—Juan Manuel Subrié, diputado secretario.—Marcial Antonio Lopez, diputado secretario.

ACLARACIONES.

Las Cortes, despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitución, han decretado lo siguiente para facilitar la ejecucion y cumplimiento de la ley de 27 de setiembre del año próximo pasado.

Artículo 1.º El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados podrá enagenar los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor sin prévia tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.

Art. 2.º Si el inmediato fuere desconocido, ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde residia el poseedor, con arreglo al art. 3 del decreto de 27 de setiembre, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores

dar) es indispensable reconocer que por razon ó derecho natural se debia al-
tío la preferencia respecto del sobrino, á causa de estar aquel en grado mas
próximo que este, y no pudiendo verificarse el que los dos sean admitidos
á la sucesion, la razon natural dicta que el pariente de grado mas próximo

quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las for-
malidades prescritas por las leyes generales del reino cuando se trata de un negocio
de huérfanos y menores.

Art. 3.º En el caso de que se opondan al consentimiento para la venta el siguiente
llamado en órden y los tutores ó síndicos, tratándose de la enagenacion íntegra de la
mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescribe la ley de 27 de
setiembre; pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance
á la mitad, y hubiera igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad
local, y comprobado que en el valor de otra ó otras queda mas de la mitad que le es
permitido enagenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella.
Lo cual presentan las Córtes á S. M. para que tenga á bien darle su sancion. Madrid 19
de junio de 1821.—José María Moscoso de Altamira, presidente.—Francisco Fernandez
Gasco, diputado secretario.—Juan del Valle, diputado secretario.

Palacio 28 de junio de 1821.—Publíquese como ley.—Fernando.—Como secretario
de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia.—D. Vicente Cano Manuel.

Excmo. Sr.: El capitán de navío retirado D. Andres Fernandez de Viedma, veci-
no de Jaen, ocurrió á las Córtes pidiendo permiso para disponer del total de la vincu-
lacion que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto
grado; y en atencion á que si llegase á verificarse su fallecimiento antes de averiguarse
quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarían tantos pleitos
cuanto es el número de estas; y en vista de dicha esposicion, se han servido conceder
al citado D. Andrés Fernandez de Viedma, el permiso que solicita, con la calidad de
sufrir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos,
por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar por muerte del dicho
de Viedma reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el tér-
mino de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como
en los lugares donde se hallan sitios los bienes amayorazgados, y en la capital del rei-
no, con el fin de que se publiquen en la *Gaceta* ministerial y otros papeles públicos
que el juez de primera instancia, ante quien deba seguirse esta causa, gradúe por
convenientes, y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder
para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con
apercibimiento de que pasado este, se procederá á la declaracion de ser libres los re-
feridos bienes, y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuese su
voluntad, segun se ha practicado y practica en causas de mostrencos, vacantes y abin-
testatos. Cuya resolucion quieren las Córtes sea general para todos los poseedores de
vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias. Y de acuerdo de las mismas lo
comunicamos á V. E. para noticia de S. M. y los efectos ulteriores. Dios guarde á
V. E. muchos años. Madrid 15 de mayo de 1821.—Estanislao de Peñañel, diputado se-
cretario.—Juan de Valle, diputado secretario.—Señor secretario de Estado y del Des-
pacho de Gracia y Justicia.

Excmo. Sr.: Habiendo acudido á las Córtes el duque de San Lorenzo en soli-
citud de que en atencion á lo prolija y costosa que le seria la tasacion y division de
todos sus bienes vinculados para separar la mitad vendible con intervencion del in-
mediato sucesor, conforme al art. 3 de la ley de 12 de octubre del año próximo pas-
ado, se le autorice por medio de una aclaracion general, ó de una dispensa particular,
para vender algunas fincas, conocidamente inferiores en su valor al de la mitad dispo-
nible; las Córtes se han servido declarar que el duque de San Lorenzo, conforme el
espíritu de la ley de 12 de octubre citada, está habilitado para enajenar una parte de
sus mayorazgos que sea notoriamente inferior á la mitad del valor de ellos; haciéndose
designacion de las fincas y la tasacion de las que se proponga vender, con interven-
cion del sucesor inmediato, para que á su tiempo pueda lo vendido imputarse en la
mitad que queda disponible al poseedor. De acuerdo de las Córtes lo comunicamos á
V. E. para noticia de S. M. y los efectos convenientes. Dios guarde á V. E. muchos
años. Madrid 19 de mayo de 1821.

al poseedor escluya al mas remoto, verificándose en el tio igualmente que en el sobrino la cualidad de descendientes del poseedor.

75. Si entre los hijos que estan en igual grado dicta la razon natural que el mayor sea preferido á los demas, independiente de la ley civil, siendo

Las Córtes generales del reino, despues de haber examinado con el debido detenimiento, y observado todos los trámites y formalidades prescritas, el asunto sobre reintegro de los compradores de bienes vinculados que se enajenaron á virtud del decreto de las Córtes de 1820, que por órden de V. M., y conforme con lo prevenido en los artículos 30 y 33 del Estatuto real, se sometió á su exámen y deliberacion, presentan respetuosamente á V. M. el siguiente proyecto de ley para que V. M. se digne, si lo tuviese á bien, darle la sancion real.

Artículo 4.º Los compradores de bienes vinculados que se enajenaron en virtud del decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820, si no hubiesen sido ya reintegrados, lo serán en el modo que espresan los artículos siguientes.

Art. 2.º Los compradores de bienes vinculados que no han llegado á desprenderse de ellos queden asegurados en su pleno dominio.

Art. 3.º Los compradores de dichos bienes que los hubiesen devuelto á virtud de la real cédula de 11 de marzo de 1824, tienen derecho á percibir íntegro el precio por el que los habian adquirido con el rédito de un 3 por 100 á contar del dia de la devolucion.

Art. 4.º Están en el caso de los artículos anteriores los compradores de bienes que habiendo pertenecido á vinculaciones, pasaron por testamento ú otro título lucrativo á manos de los vendedores.

Art. 5.º El poseedor actual del vínculo al que fueron devueltos los bienes puede conservarlos entregando al comprador el precio de la venta y los réditos que le correspondan dentro del término de un año, contado desde la promulgacion de la presente ley, agregando los intereses del período que trascurra hasta que la entrega sea efectiva. Pero dentro de setenta dias de como sea requerido el poseedor por el comprador ó sus herederos á que elija entre quedarse con la finca ó reintegrar su importe, deberá hacer esta eleccion; y no haciéndola en dicho tiempo, podrán ejercer aquellos los derechos que les concede el art. 3. Si el poseedor de la finca eligiese entregarla, pasará desde luego á manos del comprador para que la disfrute como dueño; abonando empero los adelantos que aquel hubiese hecho por razon del cultivo.

Art. 6.º Los réditos de que hablan los artículos anteriores se reclamarán del poseedor actual de la finca por el tiempo que la hubiese disfrutado, quedando á salvo el derecho del comprador para repetir el completo de aquellos contra los que la hubiesen poseido ó sus herederos.

Art. 7.º El poseedor actual, ya sea el vendedor ó el inmediato sucesor, ya sea un tercero que en uso del art. 5 reintegrase al comprador con fondos propios el precio de los bienes, como igualmente aquel que no siendo vendedor ni sucesor inmediato que intervino en la venta lo hubiese ya verificado, quedan autorizados para considerar como libres dichos bienes.

Art. 8.º No entregando dentro el término de un año del poseedor del vínculo las cantidades que corresponden al comprador, se trasmite á éste el pleno dominio de los bienes, y ademas podrá entablar contra las personas que espresa el art. 6, las reclamaciones relativas á réditos hasta el percibo de los que le correspondan.

Art. 9.º En las permutas de bienes vinculados en que hubo sobreprecio de parte de aquellos que lo recibieron, tendrán los contratantes los mismos derechos que se conceden por esta ley á los compradores.

Art. 10. Las mejoras y los deterioros deben abonarse recíprocamente por compradores y vendedores con arreglo á derecho.

Art. 11. Si el comprador de los bienes hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor, ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta sobre el reintegro del capital, no tendrán mas derecho que el de exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en mas de la mitad, lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido, y de que no estuviere reintegrado al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia.

Art. 12. Para el cobro de los intereses de que habla el artículo anterior, servirá siempre de base la cantidad en que consistió el precio de la venta.

asi que la mayoría de edad es una cualidad accidental, que nada influye en el parentesco, de donde dimana el mayor ó menor amor que se supone en los padres para con sus hijos y descendientes, ¿con cuánta mas razon deberá atribuirse la preferencia á la mayor proximidad de grado, que es

Art. 13. Quedan en su fuerza y vigor las ejecutorias sobre abono de mejoras y de deterioros.

Art. 14. Quedan asimismo vigentes las sentencias ó fallos judiciales en que se haya declarado que el comprador recobró su capital por medio de la retencion.

Art. 15. Sin embargo, tendrá derecho el dicho comprador á reclamar de los respectivos poseedores de los bienes los intereses devengados hasta el día de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorrateos de cada uno.

Art. 16. El comprador que hubiese devuelto los bienes, en concepto de haberse reintegrado ya del precio de la venta por medio de la retencion de ellos, y aprovechamiento de sus productos, tiene derecho á reclamar los intereses de su capital por los años transcurridos para su total realizacion, hecha en cada uno de la deducccion correspondiente por la parte de capital ya percibida. Son responsables á este abono el poseedor ó poseedores que han disfrutado los bienes despues de la devolucion, y tambien sus herederos.

Art. 17. Si los bienes hubiesen pasado á terceros poseedores en concepto de libres con la competente real facultad, la reclamacion del comprador se dirigirá contra la finca ó bienes subrogados, si los hubiese, ó contra los del vínculo que fueron reparados ó mejorados con el producto de los que se enagenaron: en defecto de uno y otro, contra los bienes libres del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes bienes de la vinculacion, que se considerarán libres para este efecto.

Art. 18. En el caso de que la finca ó bienes hayan recobrado su libertad por caducidad del vínculo, la reclamacion del comprador quedará espedita, no solo contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos, sino tambien contra los demas bienes que eran del vínculo, aun quando hubiesen pasado al fondo de mostrencos.

Art. 19. A los actuales poseedores de fincas ó de bienes de los vínculos, contra quienes se dirijan las reclamaciones á que dieren lugar los artículos anteriores, les queda á salvo su derecho para repetir contra los bienes libres del poseedor que vendió, si éste consumió el precio, ó lo invirtió en su provecho, y no en beneficio de la vinculacion.

Art. 20. Las disposiciones de esta ley serán aplicables á los que en la misma época redimieron censos, cuyos capitales pertenecian á vinculaciones, para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital con que redimieron, y de los réditos desde que por haberse reputado insubsistentes las redenciones, se les volvieron á exigir los de los censos.

Art. 21. En las obligaciones con hipoteca especial y en las demas enajenaciones hechas en la citada época por título oneroso, se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que con respecto á los compradores quedan establecidas en los precedentes artículos.

Sanciono, y ejecútese.—Yo la Reina Gobernadora.—Está rubricado de la real mano. —En Aranjuez á 6 de junio de 1835.—Como secretario de Estado y del Despacho Universal de Gracia y Justicia de España é Indias, Juan de la Dehesa.

Por tanto, mando y ordeno que se guarde, cumpla y ejecute la presente ley como ley del reino, promulgándose con la acostumbrada solemnidad, para que ninguno pueda alegar ignorancia, y antes bien sea de todos acatada y obedecida.

Tendréislo entendido, y dispondreis lo necesario á su cumplimiento.—Está rubricado de la real mano.—En Aranjuez á 9 de junio de 1835.—A. D. Juan de la Dehesa.

A consecuencia de lo prevenido en el art. 4 del real decreto de 30 de agosto de 1836, se ha publicado la ley siguiente sobre vinculaciones.

Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitucion de la monarquía española, Reina de las Españas, y en su real nombre D. Baldomero Espartero, duque de la Victoria y de Morella, Regente del reino, á todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Córtes han decretado, y Nos sancionamos lo siguiente:

Artículo 1.º Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones que están válidamente en observancia

una cualidad verdaderamente substancial que sirve de fundamento para regular y presumir el mayor amor?

76. Pero lo que pone esta verdad en el mayor punto de claridad que pueda apetecerse es que la representacion, por común opinion de los escri-

desde 30 de agosto de 1836, en que fueron restablecidas, continuarán en vigor en la Península é Islas adyacentes.

Art. 2.º Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se espidieron hasta 1.º de octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que se espresará en los artículos siguientes.

Art. 3.º Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio transfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

Art. 4.º Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados que por título lucrativo adquirieron desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.º del mismo mes de 1823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por via de dote ú otra cosa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda.

Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion, no están comprendidas en la disposicion de este artículo.

Art. 5.º Recobrarán su fuerza y se harán tambien efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.º de igual mes de 1823, con respecto á la enajenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podían disponer.

Art. 6.º Se entregarán á los herederos testamentarios, ó legítimos, de los mismos poseedores y á los legatarios, los bienes que respectivamente les correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes de 1.º de octubre de 1823.

Art. 7.º Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor ocurrido antes del 1.º de octubre de 1823.

Art. 8.º Los que en virtud de esta ley deseen recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el real decreto de 1.º de octubre de 1823 y cédula de 11 de marzo de 1824 ó entrar en posesion de los que con arreglo á la ley de 11 de octubre de 1820 les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes producidos desde 1.º de octubre 1823 hasta la publicacion de esta ley.

Art. 9.º Los poseedores en 11 de octubre de 1820 que fallecieron desde 1.º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836, no transfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.

Art. 10. Los que desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.º del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de agosto de 1836, no trasmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados.

Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compras ó cualquiera otro contrato durante el citado período desde 11 de octubre de 1820 á 1.º del mismo mes de 1823.

Art. 11. Se declaran válidas y subsistentes las enajenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836, en virtud de facultad real y con las formalidades prescriptas por derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de esta que le corresponda como libre.

Art. 12. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enajenaciones de aquellos bienes que especifica y determinadamente pueden recobrar otros interesa-

tores, es un privilegio ó ficción procedente de ley civil positiva: si la consideramos como privilegio, es indispensable reconocer que el derecho común está en oposicion con ella, porque el privilegio en realidad es una escepcion de la regla que rige en la materia: si se la considera como ficción, la mis-

dos en virtud de esta ley. Si estos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones; y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos de los demas bienes de las vinculaciones.

Art. 13. También se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogacion ú otro título; y los bienes así adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demas que las componian.

Art. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de junio de 1835, las ejecutorias dictadas en su virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Art. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas, y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mutuamente con arreglo á derecho los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.º de octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley.

Art. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubieren casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales ó en otros instrumentos legalmente otorgados y esto con la disminucion que se espresará en el art. 18.

Art. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mugeres ó maridos por escritura pública ó por testamento y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes cuya libre disposicion han adquirido.

Art. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.º de octubre de 1823, y antes del 30 de agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, menos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley: pero cuando haya disminucion, se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.

Art. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales.

Art. 20. Quedan derogadas, en cuanto sean contrarias á esta ley la de 9 de junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.

Por lo tanto mandamos á todos los tribunales, justicias, gefes, gobernadores y demás autoridades así civiles como militares y eclesiásticas de cualquiera clase y dignidad que sean, guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas y cada una de sus partes.

Tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondreis se imprima, publique y circule.—El duque de la Victoria.—En Madrid á 19 de agosto de 1841.—A don José Alonso.

Espuestas las leyes y decretos publicados sobre desvinculaciones, solo nos resta es- tracter las principales decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, resolutorias de varias dudas sobre la inteligencia de aquellas disposiciones, y que constituyen jurisprudencia para la resolucion de las dudas análogas que ocurran en lo sucesivo.

Por sentencia de 14 de setiembre de 1846, se ha dado lugar á decidir, que la infraccion de alguna cláusula de fundacion de un mayorazgo da ocasion al recurso de nulidad, por considerarse la fundacion como á manera de ley en materia de mayorazgos.

Por otra de 18 de junio de 1849, se ha decidido que los bienes que se desmembran de los mayorazgos en la segunda época constitucional, sin la correspondiente tasacion y en virtud de contrato, por el cual se obligara el vinculista á indemnizar de una manera lícita al que adquirió dichos bienes desmembrados en caso de que volvieren

ma palabra manifiesta y da á entender que es contraria á la verdad; y asi si por ella se finge que el nieto tiene por representacion la personalidad ó cualidad de su padre, es una prueba concluyente de que en realidad carece de ella, porque si la tuviera era escusada la ficcion para atribuirselá, de que se convence que en cualquiera de los dos sentidos que se tome la representacion se sigue, ó que es escepcion de la regla comun, ó contraria á lo que es en realidad.

77. Si pues la representacion, por la cual el nieto es preferido al tio en la sucesion, es un privilegio establecido por la ley positiva civil, es á todas luces claro que por derecho natural permisivo competia al tio la preferencia que por la ley positiva se le da al sobrino, y con igual certeza se ha de decir lo mismo en el caso que la representacion se considere por ficcion, porque si el sobrino necesita que se finja una cualidad que no tiene para ser preferido á su tio, es un convencimiento de que si no mediara esta ficcion, el tio deberia ser preferido al sobrino.

78. Gobernados ó guiados por este principio de derecho natural, los italianos no reconocen en sus mayorazgos ó primogenituras (que segun ellos todo es una misma cosa) otra prerogativa que la mayoría de edad por naturaleza, y segun el orden de nacimiento, escluyendo de consiguiente la

á la condicion de vinculares, no deben restituirse hoy al que los adquirió en la época constitucional y los perdió despues á consecuencia de las nuevas leyes sobre vinculaciones, si se le indemnizó su pérdida, con arreglo á las escrituras de enagenacion.

Por sentencia de 18 de junio de 1848, se ha resuelto que los descendientes ilegítimos con facultad de heredar, no pueden suceder en los vínculos fundados sobre el tercio ó quinto de los bienes del fundador, sino á falta de descendientes legítimos.

Por otra de 15 de julio del mismo año, se ha decidido no estar obligado el que pretende un vínculo en cuya fundacion se llama esclusivamente á los hijos legítimos, á probar la cualidad de tales, cuando no se ha puesto en duda por la parte contraria.

Por otra de 11 de diciembre del mismo año, se ha decidido que no obstante lo dispuesto por los artículos 2 al 5 de la ley de 11 de octubre de 1820, sobre que los poseedores al tiempo de darse esta ley de las vinculaciones suprimidas por la misma, pudiesen disponer desde luego como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistian, no se privó por eso del derecho á reclamar la posesion ó propiedad de dichos bienes, y de privar al poseedor actual del derecho mencionado, de disponer de dicha mitad, á los terceros que lo tuvieran preferente al de dichos poseedores; que el plazo de cuatro meses que concedió el art. 8 de dicha ley á los que tuviesen pleito pendiente sobre posesion de mayorazgo para reclamar su propiedad es solo aplicable á la demanda de propiedad subsiguiente á los juicios de tenuta pendientes al promulgarse la ley, mas no al derecho que puede tener un tercero por causa de su cesion á los bienes que fueron vinculados; que estas acciones, que no pueden considerarse estinguidas, y á las cuales no se puede asignar el plazo de los cuatro meses indicado tienen el carácter de reales ó vindicatorias y deben durar el tiempo que es propio de las de su clase, pues por la disposicion espuesta del art. 8, no debe entenderse caducado el verdadero derecho de sucesion adquirido en el tiempo en que se dió la ley, á los bienes vinculares. De esta decision nos hacemos cargo mas estensamente en una nota al Comentario á la ley 45 de Toro, en que se examinan las acciones á que ha lugar en materia de vinculaciones.

Por sentencia de 19 de abril de 1850, se ha resuelto que en las capellanías colativas no se sucede por derecho de representacion, sino por derecho de sangre.

Por otra de 11 de mayo de 1850, se ha decidido que el poseedor de una capellanía laical ó patronato de legos que al publicarse la ley de desvinculacion de 1820, no hubiera cumplido la obligacion de ordenarse que le impusieron la fundacion y los tribunales, y que por este hecho debiera perder la capellanía sino se hubiera hecho novedad en la legislacion, conserva su derecho de poseedor para el efecto de disponer de la mitad de sus bienes como libres, reservando la otra mitad al sucesor inmediato.

representacion y la prerrogativa de línea y grado, como lo afirma el cardenal de Luca en el discurso 4, número 4 de *fideicommissis*.

79. Si por derecho natural, anterior á toda ley positiva, se debia al tio la preferencia en la sucesion respecto del sobrino, no hay justo motivo para censurar y graduar de irregular y estraña la resolucion del rey don Alonso el Sabio en haber dado la preferencia para la sucesion al trono á su hijo don Sancho, con esclusion de don Alonso su nieto, descendiente de su primogénito don Fernando, por ser dicha resolucion conforme y arreglada á los principios de la razon natural, sin que sea necesario recurrir á las historias para buscar ejemplos comprobantes de este hecho, como lo hace Salazar en su historia de la casa de Lara, tom. 4, pág. 72, y el marqués de Mondejar en sus memorias á la crónica del rey don Alonso el Sabio, lib. 5 cap. 303, y últimamente el autor de las notas y observaciones críticas á la historia de Mariana en el tom. 5, ensayo cronológico, pág. 376 y siguientes.

80. Podrá acaso decirse contra la resolucion del rey don Alonso el Sabio que habiéndola tomado en el año de 1276 en que se celebraron las cortes de Segovia, en las cuales fue jurado por sucesor á la corona el infante don Sancho, era directamente contraria á lo que el mismo Rey tenia declarado en la ley 2, tit. 15, Partida 2, en donde espresamente concede al sobrino la preferencia á la sucesion al trono respecto del tio; y como la obra de las Partidas se concluyó en el año de 1263, y las cortes de Segovia se celebraron en 1277, es claro que la resolucion del rey don Alonso fue posterior á la ley de Partida, y de consiguiente contraria á lo que en ella se resolvió, declarando que siempre y en todas las tierras del mundo en donde el señorío se tenia por linage, y mayormente en España, se habia dado la preferencia al sobrino respecto del tio.

81. Pero aunque es cierto que las leyes de Partida se concluyeron algunos años antes que se celebrasen las cortes de Segovia, en donde fue jurado el infante don Sancho en virtud de la declaracion y preferencia que le habia dado su padre en la ciudad de Toledo en el mismo año, como no se publicaron las leyes de Partida hasta el año de 1348 en las cortes que celebró en Alcalá de Henares su biznieto Alonso el XI, no tuvieron observancia, y de consiguiente no pudieron reputarse por leyes hasta despues de su publicacion.

82. No debe pararse la consideracion en que diga la ley que segun costumbre y fuero de España el sobrino era preferido al tio, dando á entender que asi por costumbre como por la ley le competía esta preferencia, porque á mas de no encontrarse en las historias vestigios de semejante costumbre, ni en los códigos legales ninguna disposicion concerniente á la materia, cuando la junta ó congreso que celebró el rey don Alonso en Toledo para consultar la duda con los ricos homes de su reino, despues de haber oido al infante don Manuel su hermano, que habló en favor del infante don Sancho, resolvió darle la preferencia á este en la sucesion del trono, con esclusion de su nieto: fundó tambien su resolucion en otra ley nacional, pues dijo que atendiendo al derecho antiguo, segun fuero de España, declaraba que don Sancho su hijo mayor debia ocupar el lugar de su hermano don Fernando, como mas inmediato en grado que los nietos, hijos de este.

83. El derecho antiguo de España que cita el rey don Alonso segura-

mente no podia ser otro que el del Fuero Juzgo ó de los godos, en el que no se hace la mas mínima mencion de alguna disposicion análoga al asunto, y lo que es mas, que ni podia hacerse, por ser en tiempo de los godos electiva la corona, como todos saben, y de consiguiente era bien ocioso se estableciese ley que diese la preferencia al tio respecto del sobrino, ni á este respecto de aquel; de que puede inferirse era costumbre en aquellos tiempos citar leyes que no habia para fundar lo que parecia conveniente establecer.

84. El autor de las Observaciones críticas y notas á la historia de Mariana, en el ensayo cronológico que pone en el tomo 5, pág. 274, confesando que no produce en prueba de la preferencia del tio al sobrino alguna ley escrita, pretendiendo realzar el mérito y autoridad de la cita que habia hecho el rey don Alonso, dice que seria temeridad negar que hubo tal ley, cuando el mismo Príncipe que decidió la duda afirmó que la tuvo presente, y dijo, citando el derecho antiguo y la ley de razon, segun el fuero de España, de que infiere dicho autor que realmente existia tal ley fundamental, olvidándose ciertamente de lo que habia dicho al fólío 365 del mismo ensayo, que las leyes godas nada establecieron en orden al derecho de suceder, por ser electiva la corona.

85. El mismo autor, en el tomo 4 de su compendio cronológico de la historia de España, al fólío 146, afirma que el infante don Manuel, cuando persuadió al Rey que debia ser preferido el infante don Sancho á los hijos de don Fernando, se fundó en una de las leyes godas hechas para tales casos, cuya asercion, si fue cierta, que no lo es, porque el Infante no citó ninguna ley goda, mal podria conciliarse con la otra proposicion suya que se ha referido del ensayo cronológico, de que las leyes godas nada establecieron en orden al derecho de suceder, por ser electiva la corona.

86. No era al parecer mas conocida ni practicada por este tiempo la representacion en el reino de Aragón, sesenta años despues, esto es, en el de 1325: reinando don Jayme II pretendió el infante don Pedro que caso de morir su hermano primogénito don Alonso en vida del Rey su padre, le pertenecia y tocaba la sucesion á la corona, con exclusion de los hijos de su hermano mayor, y dice Zurita, que refiere este hecho en el libro 6 de sus anales, cap. 62, que como esta cuestion era mas dudosa en aquellos tiempos, y no se habia usado lo contrario en estos reinos y en el de Castilla, sucedieron tantas guerras y males por esta misma querrela:..... teniendo el infante don Alonso los mismos inconvenientes, suplicó al Rey dejase aquello en su vida declarado, y que don Pedro, su hijo primogénito, fuese jurado por legítimo sucesor en estos reinos en cualquier suceso, como ya se habia hecho en tiempo del rey don Jayme el I, que en su vida hizo jurar á don Alonso su nieto.

87. Continúa el mismo historiador diciendo, que estuvo el Rey muy dudoso en esto, y fue bien menester que la reina doña Elisen de Moncada intercediese con él, y aun afirma que pasó algun tiempo que el Rey no quiso tratar de esta materia, temiendo seria muy dificultoso concordar á los ricos hombres; pero finalmente considerando el Rey lo que importaba evitar que despues de su muerte no hubiese alguna diferencia en la sucesion, condescendió á complacer al infante don Alonso su hijo, y pidió en las cortes que estaba celebrando, que don Pedro su nieto, que era de cin-

co años, fuese jurado por primogénito, lo que así se otorgó por todos los estados del reino, declarando que le tendrían por Rey después de la muerte del Rey su abuelo y del Infante su padre.

88. Se hace también reparable afirme Zurita que hasta el tiempo del rey don Jayme el II no se había usado en Aragón que el nieto, hijo del primogénito, escluyese á su tío, hermano de su padre, de la sucesion del reino, y que diga á continuacion, que para persuadir al Rey mandase jurar á su nieto don Pedro, hijo de su primogénito don Alonso, por legítimo sucesor del reino, se le hiciese presente lo que se ejecutó en tiempo del rey don Jayme el I, que en su vida hizo jurar por sucesor á don Alonso su nieto, hijo de su primogénito don Pedro, cuyo hecho se ejecutó en las cortes que celebró en Lérida el rey don Jayme en el año de 1275, como lo refiere el mismo historiador en el libro 3, cap. 99 de sus anales.

89. Si pues en dicho año de 1275 ya se había declarado por las cortes celebradas en Lérida que el nieto, hijo del primogénito, debía suceder en la corona, en representacion de su padre, ¿cómo dice y asegura el mismo historiador, hablando de la pretension del Infante don Pedro, hijo segundo del rey don Jayme II, de escluir de la sucesion á sus sobrinos, hijos de su hermano primogénito, que esta cuestion era mas dudosa en aquellos tiempos, y no se había usado lo contrario en Aragón, si cincuenta años antes ya había resuelto y declarado esta duda el rey don Jaime el I?

90. Cuando me ocurrió esta duda me pareció insuperable, sin desmentir la asercion de tan grave, diligente y juicioso historiador como Zurita, que afirma no se había usado en Aragón hasta el tiempo del rey don Jaime II lo contrario de lo que pretendia el Infante don Pedro, que era el ser preferido á sus sobrinos, hijos de su hermano mayor, en la sucesion á la corona; pero la casualidad de conservar reciente en la memoria la disposicion testamentaria del rey don Jayme el I, me hizo formar una combinacion de especies con poder conciliar la asercion de Zurita con la determinacion del rey don Jayme, y juramento que se hizo en las cortes de Lérida de reconocer por sucesor del abuelo al nieto en defecto de su padre.

91. Se celebraron estas cortes de Lérida en 1275, tres años después que el rey don Jayme el I otorgó su testamento y última disposicion, en que dividiendo sus estados en dos reinos ó principados, ordenó que en el de Aragón, Valencia etc. sucediese su hijo primogénito don Pedro y sus descendientes, y en el de Mallorca, Menorca etc. nombró por su sucesor á su hijo segundo el Infante don Jayme y á sus descendientes, y en defecto de cualquiera de estas dos líneas substituyó la otra.

92. Supuesto este hecho y antecedente, se descubre con toda claridad que la preferencia que el Rey dió á su nieto, hijo del Infante don Pedro, no fue para que sucediese en representacion de la persona de su padre, sino en virtud del llamamiento espreso que había hecho en su testamento de su hijo don Pedro y sus descendientes, y como el nieto era el pariente mas inmediato á su abuelo de la línea predilecta que había principiado en su padre, se seguía que en defecto de su padre debía suceder por derecho propio, dimanado del llamamiento del abuelo; de que se convence no podía tener lugar en el caso espresado la representacion, por ser esta, como queda dicho arriba, un privilegio ó ficcion, por el cual se concede al de grado mas remoto el derecho que competia al de grado mas próximo, ó se finge que

el de grado mas remoto tiene las cualidades de aquel á quien representa para escluir al que se halla en grado mas próximo.

93. No dimanando la preferencia que se dió en las cortes de Lérida al nieto del rey don Jayme del derecho de representacion, sino de la disposicion testamentaria del mismo Rey, se concilia muy bien que sin embargo de que en tiempo del rey don Jayme hubiera sido jurado su nieto para suceder en defecto de su padre, no por eso se entendió ó dispuso establecer el derecho de representacion, declarando que el sobrino escluyese al tio en la sucesion como se dispuso por primera vez en las cortes que celebró el rey don Jayme el II en Zaragoza en 1325, con cuya esposicion queda libre de toda sospecha de ligereza ó falsedad la asercion del sabio y diligente historiador Zurita.

94. Habiendo hecho ver que por derecho natural el sobrino no debe ser preferido al tio en la sucesion de los mayorazgos, y que la preferencia que se le da á aquel respecto de este, es dimanada de una ley positiva, cual es la presente, que deberá considerarse mas bien como correctoria del derecho natural, que como declaratoria del mismo, paso á manifestar en qué forma se decidió por ella la famosa cuestion de la preferencia entre el tio y el sobrino, que dije arriba debia su decision á la presente ley.

95. No resolvió la ley que general y absolutamente el sobrino fuese preferido al tio, como lo ordenó la ley de Partida en la sucesion al trono, sino que limitó su disposicion á presumir que el fundador habia querido darle esta preferencia, cuando no espresaba lo contrario, en que se manifiesta la consideracion que mereció á nuestro legislador la prelación que dispensaba al tio el derecho natural, fundado en la mayor proximidad de grado al último poseedor, por lo que bien mirado, y hablando con propiedad, puede decirse con verdad que la ley de Toro no resolvió la cuestion del tio y el sobrino, porque esta realmente consistia en decir cuál de los dos tenia derecho de escluir al otro de la sucesion, y por su resolucion dejó á la libre voluntad del fundador la facultad de declarar cuál de ellos habia de ser preferido, sin otra particularidad que la de presumir era el ánimo del fundador que el sobrino fuese preferido, ó tuviese lugar la representacion, cuando espresa y virtualmente no la escluía.

96. No parece dispensaron ó permitieron igual facultad las leyes de Aragon á los fundadores de mayorazgos cuando establecieron el derecho de representacion.

97. Por el Fuero único de fideicomiso que se formó en las cortes de Monzon el año de 1533, se ordenó que muerto el hijo primogénito entrase á suceder al abuelo el nieto en lugar de su padre, con esclusion de sus tios, y se limitó esta disposicion á las vinculaciones que en adelante se hiciesen; de que se ve que en las anteriores quisieron quedase ilesa la preferencia que el derecho natural daba al tio respecto del sobrino, lo que ofrece una clara comprobacion del concepto que dejo manifestado arriba, de que antes que por una ley positiva se estableciese el derecho de representacion en la sucesion de los mayorazgos de particulares, competia al tio la preferencia en concurrencia con el sobrino por derecho natural, en virtud de su mayor proximidad de grado al último poseedor.

98. De la diferencia que he manifestado arriba mediaba entre la disposicion de la ley de Partida y la de Toro, se infiere cuánto se equivocan los que creen que la ley de Toro no hizo otra cosa mas que estender á los

mayorazgos de los particulares lo que habia dispuesto la ley de Partida para la sucesion al trono.

99. Por último, debe observarse la lentitud con que procedieron los legisladores, tanto en Castilla como en Aragon, á introducir el derecho de representacion en la sucesion de los vínculos ó mayorazgos de los particulares, aun despues de introducida en la sucesion á la corona, pues en Castilla pasó mas de siglo y medio desde la publicacion de las leyes de Partida hasta la formacion de la ley de Toro, y en Aragon transcurrieron dos siglos bien cumplidos desde las citadas cortes de Zaragoza del año 1325 hasta las de Monzon de 1533, todo lo que persuade que el derecho de representacion era un establecimiento nuevo que invertía y alteraba el orden de suceder que se observaba en los mayorazgos ó vinculaciones de los particulares por derecho natural permisivo.

400. Como por la presente ley se dispone que aunque muera el hijo mayor del poseedor del mayorazgo, si deja hijo ó nieto, sean preferidos estos á los demas hijos del mismo poseedor, á causa de que el hijo ó nieto del hijo mayor que ha premuerto representa la persona de su padre, es muy conveniente y aun preciso me detenga á manifestar la naturaleza y efectos de esta representacion, é indique algunas diferencias que median entre ella y la que se observa en las sucesiones hereditarias.

401. En el Comentario á la ley 8 de las de Toro espuse estensamente los efectos de la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias, y manifesté su naturaleza y origen; por lo que en este punto me remito á lo dicho en el espresado Comentario, y paso al frente á proponer la definicion ó naturaleza de la representacion establecida en la sucesion de los mayorazgos.

402. Robles, en el número 3, cap. 3 del libro 4 de su obra de representacion, proponiéndose definir la que se observa en los mayorazgos, dice que es un derecho concedido en este reino, en virtud del cual el hijo es llamado en lugar de su padre perpetuamente á la sucesion, tanto de los ascendientes como de los colaterales.

403. El señor Castillo en el lib. 3 de sus Controversias, capítulo 49, número 21, proponiéndose dar la definicion propia de la representacion que se observa en la sucesion de los mayorazgos, la define de este modo: es un privilegio que conceden las leyes de este reino, por el cual el hijo es llamado en lugar de su padre á la sucesion de los ascendientes ó transversales perpetuamente, y sucede representando la persona de su padre, como sucederia ó podria suceder este si viviese.

404. Como ni esta definicion, ni la que se ha referido de Robles, me parecen arregladas para manifestar la naturaleza y cualidades de la representacion de que se trata, voy á formar otra que la tengo por mas espresiva y adecuada en la materia. Es un privilegio concedido por las leyes de estos reinos, en virtud del cual el hijo entra en el lugar, grado, sexo y edad de su padre en la sucesion, tanto de sus colaterales, como de sus ascendientes perpetuamente.

405. La esposicion de esta definicion hará conocer los defectos que padecen las anteriores, y servirá de una completa y exacta declaracion de la decision de la presente ley.

406. Se ha dicho que este derecho de representacion se ha establecido por leyes de estos reinos, ha debido su origen á la ley 2, tít. 15, Partida 2,

que habló de la sucesion al reino, y á la presente ley, que trata de la sucesion de los mayorazgos de los particulares. Se ha dicho que en virtud de este derecho el hijo entra en el lugar y grado de su padre, á causa de que si no representara el grado que tenia su padre, lo escluirian de la sucesion sus tios, hermanos de su padre, por ser de grado mas próximo al último poseedor del mayorazgo. Se ha dicho que entra á representar el sexo de su padre, porque á no ser así, la nieta, hija del hijo mayor premuerto, no podría escluir á los tios varones, hijos del último poseedor, por estar en igual grado del que ella tiene por representacion de su padre, y á mas tener la preferencia ó prelación que lleva consigo el sexo masculino en la dicha sucesion de los mayorazgos en igualdad de grado. Se ha dicho que entra ó representa la edad de su padre, porque sin la cualidad de primogénito ó de mayor de edad no podría escluir de la sucesion á sus tios, hijos del último poseedor, por ser en realidad primogénitos y de mayor edad que el nieto, hijo del primogénito; pues de nada sirve ni aprovecha para la sucesion de los mayorazgos la proximidad del grado, ni la masculinidad del sexo, si no concurre tambien la mayoría de edad ó primogenitura. Se ha dicho que esto se observa, tanto en la sucesion de los colaterales como en la de los ascendientes, porque en la sucesion de los ascendientes nadie ha dudado tenga lugar la representacion, y aunque anteriormente se dudó por un espositor nacional, si en la linea colateral debia tener lugar la representacion sin limitacion de grado, ó solo se habia de estender al tercero, esto es, á los hijos de los hermanos, como se observa en la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias, de cuya opinion fue Avendaño en la glosa 44 á esta ley, número 25; posteriormente se declaró por la ley 9, tít. 17, lib. 40 de la Novísima, que en la sucesion de los mayorazgos, vínculos, patronatos y aniversarios que en adelante se hicieren, ya fuese por ascendientes, como por transversales ó estraños, se guardase lo dispuesto en las leyes dichas de Partida y Toro, y que se suceda por representacion de los descendientes á los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, y mandó que se guardase esta disposicion sin distincion ni diferencia alguna, no solamente en la sucesion de los mayorazgos á los transversales del último poseedor, sino tambien en los que lo fueren del fundador. Con cuya declaracion quedó falsificada la opinion de Avendaño, y tambien quedó resuelta la duda que propuso el señor Molina en el lib. 3, cap. 7, números 8 y 9, á saber; que por transversales no solo se debian entender los que lo eran del instituidor del mayorazgo, sino tambien aquellos que aunque descendiesen del mismo eran transversales al último poseedor.

107. Se ha dicho perpetuamente, porque la representacion, tanto en linea colateral como en la recta ó de descendientes, se estiende á todos los grados y tiempos sin limitacion alguna, como espresamente se declara en la citada ley 44.

108. No habiendo hecho distincion la ley entre los mayorazgos fundados por últimas voluntades ó por contrato, debe estenderse á todos indistintamente su disposicion por la razon general de que donde la ley no distingue no se debe distinguir, como tambien porque aunque la causa ó modo de la fundacion sea diverso, la razon y orden de la sucesion es el mismo, y de este dictámen es el señor Molina en el lib. 3, cap. 7, número 14. Manifestada ya la naturaleza y cualidades de la representacion que se observa en la

sucesion de los mayorazgos, corresponde ahora advertir y notar las diferencias que se encuentran en ella, con respecto á la representacion propia de las sucesiones hereditarias.

409. En esta pueden ser muchas ó mas de una las personas que entren á representar, y únicamente representan el grado del padre, y la representacion se dirige á concurrir á la division de la herencia, como se ha dicho en el Comentario á la ley 8. En la representacion de la sucesion de los mayorazgos el representante es uno solo, y representa, no solo el grado, sino la mayoría ó primogenitura, y á veces la masculinidad ó sexo, y la representacion no se dirige á concurrir con otros á la sucesion, sino á escluirlos positivamente de ella. En la sucesion hereditaria la representacion en la línea de los colaterales no se estiende á mas que el tercer grado, y en la de los mayorazgos es limitada, como en la línea recta, como ya se ha indicado.

410. Propuesta ya la definicion ó descripcion de la representacion propia de la sucesion de los mayorazgos, y en cierto modo comprobada, paso á hacerme cargo de algunas razones que podrian hacer dudar de su certeza y exactitud.

411. El señor Molina en el lib. 3, cap. 6, número 47 y siguientes: despues de referir las palabras de la ley, que dice que el hijo mayor y sus hijos representen la persona de sus padres, advierte y reflexiona que el no haberse dicho que representen el grado de parentesco ó de proximidad de sus padres, sino que representen la persona de estos, fue para manifestar que la representacion mas se debia referir á la cualidad de la primogenitura que residia en la persona del padre, que al grado de parentesco que gozaba, lo que propone probar con tres consideraciones: la primera consiste en que si las palabras de la ley se hubieran de referir al grado se seguiria que la nieta, hija del primogénito, no podria en virtud de la representacion del grado del padre escluir al hijo varon segundogénito por no poderse transmitir la masculinidad del padre en la hija, ni representarse por esta, segun afirma Bartolo.

412. La ilacion que saca el señor Molina de las palabras de la ley es tan sutil y voluntaria para inferir que la representacion se ha de referir á la cualidad de la primogenitura, y no al grado de parentesco, que igualmente pudiera haber inferido todo lo contrario; porque si el no haber dicho la ley que representasen el grado de su padre es prueba de que quiso representasen la cualidad de la primogenitura, de no haber espresado que representasen á esta se podrá inferir igualmente que lo que quiso la ley fue que representasen el grado de su padre. Mas arreglada hubiera sido la ilacion si supuesto que la ley espresamente dice que representen las personas de sus padres, hubiera inferido que comprendiendo la palabra persona el grado y la cualidad de primogenitura, queria que representasen una cosa y otra los que habian de suceder.

413. La primera consideracion ó argumento de que se vale para probar su opinion es enteramente falsa, por suponer que no se puede transmitir á la hija la masculinidad del padre, ni esta representarla, como manifestaré cuando rebata la opinion de los que afirman que la hija no puede representar el sexo de su padre.

414. Aun se vale de otro racionio el señor Molina para corroborar su primera consideracion, y es el siguiente: si la nieta representase solo el grado de su padre, seguramente y sin duda alguna la escluiria el hijo segundo

varon, á causa de que aunque la hija estuviese en el mismo grado que tuvo su padre, siendo muger la escluiria el varon segundogénito, como dice lo deja probado en el cap. 3 de este libro; y concluye infiriendo que necesariamente se debe decir que la cualidad de la persona del padre, que por la ley de Toro se representa, es la cualidad de la primogenitura, con la cual la nieta se constituye y subroga en la línea de los primogénitos, la cual línea escluye á todas las demas y las personas que proceden de ellas, sean varones ó hembras del mismo ó diverso grado, como deja probado y manifestado en el cap. 4 de este libro, número 14, en donde dijo «que en primer lugar se habia de considerar la línea, en segundo el sexo, en tercero la edad, y en último el grado de proximidad.» Hasta aqui el señor Molina.

115. Por poca lógica que se tenga, cualquiera advertirá el mal uso que hace de ella el señor Molina cuando afirma que si la nieta representara solo el grado de su padre seria escluida de la sucesion por el hijo varon segundo, y por lo tanto dice que se sigue por una consecuencia necesaria que la cualidad de la persona del padre que se representa por la ley es cualidad de la primogenitura, en virtud de la cual se constituye la nieta en la línea de los primogénitos.

116. De que la nieta no represente solamente el grado de su padre no se debe inferir en buena lógica que solo represente la cualidad de la primogenitura, pues lo que debia inferirse era que ademas de la representacion del grado debia representar la cualidad de la primogenitura ú otra cualidad alguna, así como de que no basten solos tres testigos para la solemnidad del testamento nuncupativo seria un absurdo inferir que solo bastaba la presencia del escribano.

117. Tambien es inconducente al intento la ilacion que saca de que si la nieta solo representase el grado del padre, la escluiria el hijo varon, aunque estuviese en igual grado, á causa de que siendo hembra seria escluida por la masculinidad del hijo, porque este mismo racionio se convierte eficazmente contra la opinion que defiende el señor Molina, de que la cualidad representada por la nieta es de la primogenitura de su padre, pues siendo ella en realidad hembra, seria escluida por el hijo varon segundo por la prelacion que tiene el sexo masculino al femenino en igualdad de grado en la sucesion de los mayorazgos.

118. Tampoco es disimulable la falta de memoria ó de reflexion que se echa de ver en el señor Molina, quien habiendo dicho en el lib. 3, cap. 4, número 14, que la sucesion de los mayorazgos en primer lugar se habia de atender á la línea, en segundo al grado, en tercero al sexo, y en cuarto á la edad, invierte ahora este orden y tenga la inconsideracion de decir, refiriéndose al lugar citado, que alli dijo que en el último lugar se habia de atender á la proximidad del grado, cuando en el lugar espresado colocó el grado, como debia hacerlo, en segundo lugar despues de la línea, lo que sin duda ha variado ahora para manifestar contra toda razon que la cualidad del grado es de menor importancia que la de edad ó primogenitura.

119. La segunda consideracion de que se vale el señor Molina se reduce á decir «que debiéndose siempre atender á la línea de los primogénitos, por considerarse llamados perpétuamente por la institucion del mayorazgo, no hay motivo para que se atienda á la representacion del grado, porque aun en los casos en que no se admite representacion

de grado, aquel que descende del primogénito debe ser preferido en la sucesion á todos los que existen en grado mas próximo, en virtud de la representacion de la primogenitura, como dice lo probará despues,» Hasta aqui el señor Molina.

120. En este cúmulo de palabras únicamente afirma que debiéndose atender á la representacion de la primogenitura no se debe atender á la del grado, lo que en realidad no es otra cosa que repetir su opinion. Tambien afirma que aun en los casos en que no se admite representacion del grado, el que descende del primogénito es preferido á los que se hallan en grado mas próximo en virtud de la representacion de la primogenitura. Esta proposicion es segunda repeticion de su opinion, pues no hay caso en que se admita representacion de la primogenitura que no vaya acompañada de la del grado.

121. La tercera consideracion la funda en decir que para manifestar la ley de Toro con mas evidencia que solo atendió á la representacion de la primogenitura, y no á la del grado, espresa, representando la persona de sus padres por su orden, y no dice representando la persona de sus abuelos ni la de sus ascendientes. De que infiere que siendo llamados á la sucesion todos los mayores uno despues de otro, y en fuerza de aquel llamamiento cada primogénito consiga el derecho de primogenitura por la institucion del mayorazgo, no es necesaria la representacion de los ascendientes, sino que basta que el hijo manifieste que su padre tuvo el derecho de primogenitura, sucediera ó no en el mayorazgo. Infiere tambien que si la ley hubiera querido que se representara la proximidad del grado hubiera sido completa su disposicion en decir, de manera que el hijo y sus descendientes representando la persona de sus padres, porque seria muchas veces necesario representar el grado de los abuelos y bisabuelos, á fin de que los hijos y descendientes de los primogénitos no fueran precedidos en la proximidad del grado del hijo segundogénito del último poseedor, cuya reflexion, dice, conduce mucho para la inteligencia de la ley de Toro, á que añade, que hablando en castellano, la palabra padres no se puede referir á todos los ascendientes. Y por último concluye que cuando alguno quiera negar lo que deja dicho, tendrá que confesar que lo que principalmente dispone la ley que se represente es la cualidad de la primogenitura, aunque tambien quiera que necesariamente se represente el grado.

122. Para desvanecer estas débiles reflexiones del señor Molina basta decir que el usar la ley de las siguientes palabras: representando la persona de sus padres por su orden, y no decir representando la de sus abuelos, ni la de sus ascendientes, fue porque esta ley, como todas las demas, siempre disponen para los casos que mas frecuentemente ocurren; y como es mas comun y regular que falte el padre antes que su hijo, que no el que falten padre é hijo, por eso la ley se ciñó á hablar del primer caso, y dijo representando la persona de sus padres, y no la de sus abuelos y ascendientes, y el haber añadido *por su orden* fue un indicio bien claro de que queria que lo mismo sucediera cuando faltase el padre y el hijo, esto es, que el nieto representase en primer lugar la persona de su padre, y en segundo la de su abuelo para entrar en la sucesion de su bisabuelo, pues si no representaba el grado de su padre lo escluirian los hermanos de este, y si no representaba en segundo lugar el grado

de su abuelo lo escluirian tambien los hermanos de este, como de grado mas próximo al bisabuelo, en cuya sucesion habia de entrar el biznieto: de que se convence que si hubiera querido limitar la representacion á la persona de sus padres, seria bien escusado el haber añadido *por su orden*, porque no mediando entre el padre y el hijo ninguna otra persona, no habia contingencia de que pudiese invertirse el orden de la representacion.

123. Pero á mas de esto la misma ley presenta en sus palabras un convencimiento irresistible de que la representacion por lo menos se estiende hasta el biznieto; dice asi: que si el hijo mayor dejare hijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor.

124. No puede dudarse que el hijo del hijo mayor del poseedor es nieto respecto de este, y por igual razon el nieto del hijo mayor es biznieto del mismo; con que si la ley dispone que las personas de estos representen por su orden á las de sus ascendientes, es claro que estendió la representacion hasta los biznietos.

125. Pero aun no se contentó la ley con haber dado á la representacion la estension dicha, sino que la estendió ilimitadamente á los demas descendientes de grado mas remoto, como lo manifiesta el haber nombrado despues del nieto del hijo mayor á cualquiera otro descendiente legítimo, el que por lo menos habria de ser tercer nieto del actual poseedor del mayorazgo.

126. Ahora bien, si la ley espresa y específicamente estendió la representacion hasta los terceros nietos, es hacer una manifiesta violencia á su letra en pretender que la palabra *padres* solo se limitó á los del primer grado.

127. Para que se vea la poca consecuencia y conformidad que guarda el señor Molina en este punto basta referir la conclusion que establece en el número 5 del cap. 7 del libro 3, donde dice que cuando se trata de la sucesion de los ascendientes, el derecho de la representacion no solo se estiende al nieto, sino tambien al biznieto y á todos los demas ascendientes, fundándose para esto en que la representacion por su naturaleza trae el representar la persona del ascendiente, sin limitacion de grado ó persona; y lo mismo repite al número 11, párrafo 2. Con mas discernimiento espuso la ley en este punto el señor Covarrubias, cuestion 38 de las Prácticas, número 7, párrafo 8, en donde declarándola dice: «que si el hijo primogénito premuriere, y tambien su hijo, nieto del poseedor, dejando un biznieto de este, dicho nieto escluiria á los hermanos de su padre y tambien á los de su abuelo primogénito.»

128. Del mismo sentir fue el señor Castillo en el número 62 del capítulo citado, donde afirma: «que la representacion en la línea recta se estiende sin limitacion ó *in infinitum*.»

129. Ha dicho el señor Molina, no solo que no era necesaria la representacion de los ascendientes, de cuya asercion queda demostrada la falsedad, sino que añade: «que basta que el hijo acredite serlo de aquel á quien perteneció el derecho de primogenitura, haya ó no sucedido en el mayorazgo;» es en lo que seguramente padece un conocido error, porque si el padre ha entrado en la posesion del mayorazgo el hijo no le sucede por representacion, sino por derecho propio, en virtud del llama-

miento hecho por el fundador del pariente mas próximo al último poseedor, y la representacion solo se introdujo y tiene lugar en el caso que el inmediato sucesor, dejándole descendientes, premurió el actual poseedor. En tal caso los descendientes del que premurió entran en el lugar del padre á representar su persona, de forma que, bien sea en la sucesion de la línea recta, ó en la colateral, el representado ha de ser ascendiente del representante, y este descendiente suyo sin limitacion de grado, pues de otro modo no podia decirse que la representacion era perpétua y para siempre.

130. No será fuera de propósito advertir aqui que toda representacion se verifica siempre en la línea recta ó de descendientes, y que el llamarse una de línea recta y otra de la colateral no proviene de que el representado y el representante no se hallen siempre en la línea recta ó de descendientes, sino del objeto á que se dirige la representacion, que es la sucesiva, la que cuando pasa á un colateral del último poseedor en virtud de la representacion se dice que esta es de la línea colateral, y cuando pasa á un descendiente se llama de línea recta.

131. El señor Castillo, con los autores que cita al número 51, adopta y sigue la opinion del señor Molina de que el hijo no representa el grado de su padre, sino la primogenitura, y aun se estiende á afirmar al número 166 que cuando el hijo sucede por representacion de la persona de su padre, no se le priva de que suceda tambien con mayor razon por su misma persona, y por el derecho que le compete aun despues de la disposicion de la ley de Toro; lo que en realidad es decir que el nieto no necesita representar la persona de su padre para suceder á su abuelo, con exclusion de los hijos de este.

132. La razon en que se funda para tan estraña asercion la llama evidente, y se reduce á decir, «que en la institucion de los mayorazgos siempre se presume llamada la línea recta del primogénito con vocacion propia, como si á cada uno de los primogénitos espresa y específicamente les hubiera sido hecha la donacion, substitution, vocacion, legado, y de consiguiente cualquier llamado adquiere el dominio en el mismo instante en que se verifica la condicion, ó llega el dia de la vocacion, y esto dice que sucede por la propia persona del primogénito, cuando falta el poseedor que le ha precedido, y no en virtud de algun derecho que este le haya transmitido.» Hasta aqui la esposicion del señor Castillo.

133. Este ratiocinio es cierto y verdadero cuando el hijo es inmediato sucesor del último poseedor, ó cuando el nieto es igualmente inmediato sucesor de su abuelo, por haber premuerto su padre, y no haberle quedado al abuelo ningun hijo segundogénito; en cuyos dos casos sucede el hijo ó el nieto al padre ó abuelo por su propia persona y derecho propio, por ser el descendiente primogénito de grado mas próximo al último poseedor, y en estos dos casos ni es necesaria la representacion, ni puede tener lugar.

134. No puede decirse lo mismo cuando por haber premuerto su padre, y quedarle al último poseedor otros hijos, falta al nieto la cualidad de primogénito, pues aunque lo sea con respecto á su padre no lo es con respecto al abuelo, de cuya sucesion se trata, por quedarle á este otro hijo que en realidad y verdaderamente adquirió la cualidad de primogénito desde el instante que faltó el hermano mayor. Queriendo pues la ley que el nieto que en realidad ni era primogénito ni de grado mas próximo al último po-

seedor, con respecto á su tío, fuese preferido á este, y escluirlo de la sucesion, dispuso que el nieto representando ó en representacion de la persona de su padre entrase á suceder á su abuelo con exclusion de su tío.

135. Si el nieto en este caso tiene la prelacion en la sucesion de su abuelo por el beneficio que le concede la ley de que representa la persona de su padre, es mas que claro que el nieto no es admitido á la sucesion por llamamiento espreso y específico del fundador, como se supone, ni por su propia persona, sino en virtud de la prelacion ó privilegio que le dispensa la presente ley de que represente la persona de su padre en cuanto á la primogenitura y demas cualidades.

136. Aun se persuade esta verdad con un argumento enteramente convincente é irresistible, cual es el que siendo la representacion un privilegio concedido por la ley, como lo reconoce y confiesa espresamente el señor Castillo al número 21 del citado cap. 49, era un manifiesto absurdo que se le concediese al nieto por la ley un privilegio para obtener un derecho que le correspondia por su propia persona, por envolver una evidente contradiccion el que se dispense por privilegio lo que compete por derecho comun.

137. Esta doctrina que se ha sentado cuando el sucesor en el mayorazgo entra á suceder en virtud de la representacion ó de su propio derecho, obra igualmente en la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias, en las que cuando falta el padre y no queda al abuelo otro descendiente de grado mas próximo que el nieto, no se repone este en el grado de su padre, ni entra á representarlo, por no tener necesidad de ello á causa de que por haber faltado los descendientes de grado mas próximo entra á hacerse por su propia persona y por derecho comun heredero suyo del abuelo, como espresamente lo reconoce el mismo señor Castillo al número 34, donde concluye advirtiendo que una cosa es suceder en lugar de heredero suyo, y otra cosa muy diversa reponerse y constituirse en el grado que estaba su padre.

138. De esta legal y juiciosa advertencia deberia haberse valido el señor Castillo para no confundir el caso de cuando entraba el nieto á suceder á su abuelo por haber faltado todos los descendientes de grado mas próximo, porque entonces no necesitaba valerse de la representacion por tener el llamamiento espreso del fundador, con el otro muy diverso, que era cuando quedándole al abuelo hijos segundosogénitos, entra el nieto á representar la persona de su padre para escluir á sus tíos y ser preferido en la sucesion, pues en tal caso ningun derecho tenia el nieto á la sucesion por su propia persona, sino por el privilegio de representar la dicha persona de su padre, que le concede la ley, la cual hubiera sido enteramente inútil y supérflua si fuera verdadera y fundada la opinion del señor Castillo.

139. Dí por supuesto en la definicion de la representacion que el hijo no solo representaba el grado de su padre, sino tambien algunas veces el sexo, como se verificaba cuando era la hija la representante, y como el señor Molina para fundar su opinion de que el hijo no representa el grado de su padre, alega entre otras razones que nada aprovecharia á la nieta representar el grado de su padre, supuesto que no podia representar su masculinidad ó sexo, á causa de que aun cuando tuviera el grado del padre la escluiria de la sucesion el hijo segundo varon del poseedor, por razon

de su masculinidad, y habiéndome arriba reservado tratar este punto, corresponde ahora examinarlo y satisfacer á las razones de los que defienden que la hija no puede representar la masculinidad ó sexo de su padre.

140. El señor Castillo, que en el número 138 sigue en un todo la opinion del señor Molina, aprueba sus razones y aun las estiende y amplifica, y dice que la cualidad del sexo no la puede representar la hembra, ni se establece por la ley, ni la pudo establecer por no pasar la cualidad del sexo masculino en la hija que representa á su padre, ni es posible que dicha cualidad se represente en la hembra, ni en género, ni en especie, por ser contrario á la naturaleza, y en apoyo de esta asercion cita la autoridad de Bartolo en su Comentario á la ley 120, ff. *de verborum significatione*.

141. Este dicho de Bartolo, apoyado en la repugnancia que hay en la naturaleza para que un sexo pase á convertirse en otro, cautivó los entendimientos de estos dos célebres escritores nacionales y de otros que citan para afirmar sin el menor exámen ni detencion que era imposible que la hija representase el sexo de su padre.

142. No pretendo sea posible que naturalmente el sexo femenino pase real y verdaderamente á hacerse masculino; pero es un conocido absurdo inferir de esta imposibilidad física de que un sexo pase á ser otro, el que la hija no pueda representar el sexo de su padre, como voy á hacer demostrable con los mismos principios de estos autores.

143. Confiesan y afirman estos insinuados autores, y no podian menos de hacerlo porque la ley espresamente lo dispone, que el hijo ó hija, sin distincion de sexo, representa la persona de su padre difunto para suceder en el mayorazgo. Supuesta esta confesion espresa y clara de los referidos autores, formo el siguiente raciocinio: no es menos difícil y repugnante á la naturaleza que la persona del hijo se convierta real y verdaderamente en la del padre, que el sexo femenino se haga y transforme en masculino; antes bien la conversion de una persona en otra es imposible de toda imposibilidad, y la del sexo no lo es; y sin embargo de la imposibilidad de la conversion de la persona del hijo en la del padre, la de aquel representa á la de este, segun los mencionados autores. Con que siguiendo la regla de una exacta paridad la imposibilidad de la conversion del sexo femenino en masculino no debe impedir ni servir de estorbo para que el sexo de la hija represente el de su padre.

144. Igual argumento puede formarse en punto á la primogenitura ó mayoría de edad; esta consiste en la accion de nacer primero, y no es menos imposible que la primogenitura del hijo se convierta y se haga la del padre, que nació treinta ó cuarenta años antes, que el convertirse el sexo femenino en masculino; y con todo, á pesar de esta imposibilidad, defienden y sostienen con empeño los citados autores que la representacion que dispone la ley tenga el hijo de la persona de su padre se ha de entender únicamente de la primogenitura de este.

145. Ahora bien, si no obstante la imposibilidad absoluta de que la persona del hijo se convierta en la del padre, y de que la primogenitura del uno sea la del otro, puede el hijo, segun los precitados autores, representar tanto la persona del padre como su primogenitura, ¿no será un manifiesto error é inconsecuencia afirmar é inferir de la imposibilidad de que el sexo femenino se convierta en masculino que la hija no puede representar el de su padre?

146. La representacion no es una identidad ó conversion de una cosa en otra, porque esta metamorfosis ó transformacion nadie ignora que una ley civil no tenia facultad para hacerla, sino un privilegio, como lo llama el señor Castillo, en donde pone la definicion de la representacion, en virtud del cual se le atribuye al representante la cualidad del representado, y se le subroga en todos los derechos pertenecientes á aquella cualidad. Asi se explica el mismo señor Castillo en el número 9, en donde afirma que, segun la comun sentencia de los doctores, suceder representando la persona del padre no significa otra cosa que tomar el hijo el grado que le competia á su padre y todos los derechos que estaban inherentes á él.

147. Esta doctrina se halla establecida y apoyada por el derecho civil, y en especial en el párrafo 15, lib. 3, tit. 4 *institutionum*, donde con referencia á los emperadores Teodosio y Arcadio afirma el emperador Justiniano que dichos emperadores les dieron á los nietos y biznietos que descendian de hembra el mismo grado y orden de suceder que á los que descendian de varon, cuya espresion de dar el grado no puede tener otra inteligencia ni esposicion sino la de conceder los derechos pertenecientes al grado, que es la proximidad de parentesco con aquel á quien habian de suceder.

148. Lo dicho basta para conocer hasta qué punto se alucinaron estos dos célebres escritores y sabios jurisconsultos para empeñarse en sostener que la imposibilidad de que el sexo de la hija se convirtiese en el del padre impedia que aquella representase á este en el sexo, lo que no se haria creible á no verlo espresa y positivamente estampado en sus obras, mayormente cuando hasta los leguleyos saben que la herencia yacente ó antes de aceptarse representa la persona del difunto, lo que hasta ahora á nadie le ha ocurrido de que debiera entenderse esta representacion de la persona, de hacerse una misma cosa con el difunto, sino de conservar y mantener en sí todos los derechos y obligaciones que competian al mismo.

149. Finalmente se presenta un argumento positivo y convincente de que el hijo no solo representa la primogenitura del padre, sino tambien su grado y sexo, fundado en el siguiente racionio: el que sucede por representacion de otro es necesario é indispensable que lo represente en todas aquellas cualidades por las que competia al representado la sucesion; es asi que esta se le debia, no solo por la primogenitura, sino tambien por el grado y el sexo, con que es á todas luces claro que la representacion debia entenderse á todas estas cualidades. Que al representado se le debia la sucesion no solo por la primogenitura, sino por el grado y sexo, se hace demostrable si se reflexiona que nada le aprovecharia la primogenitura, si no tenia la cualidad de la proximidad del grado en la misma linea, porque de lo contrario le escluiria el de grado mas próximo, ni tampoco le aprovecharia esta proximidad del grado si carecia de la cualidad del sexo masculino, porque en tal caso seria preferido para la sucesion el varon de igual grado, aunque fuese de menor edad y careciese de la cualidad de la primogenitura. Es tan constante é innegable que el que representa el grado y todos los demas derechos inherentes al grado que competirian al representado si viviese, que reconoce y confiesa esta verdad en términos espresos el mismo señor Castillo al número 9 del cap. 49, como se ha dicho arriba, á pesar del empeño con que defiende que el hijo re-

presentando la persona de su padre solo representa la primogenitura, y no el grado y el sexo. En estas inconsecuencias es indispensable incurrir cuando se pone mas cuidado en referir las opiniones ajenas que en discurrir sobre ellas.

450. Habiendo espuesto la primer parte de la ley que establece la regla de que en los mayorazgos se suceda por representacion cuando ha faltado el inmediato sucesor en vida del poseedor del mayorazgo, corresponde tratar ahora de la segunda parte de la misma ley, que comprende una escepcion de la referida regla, reducida á que no tenga lugar la representacion siempre que el que constituyó el mayorazgo hubiese dispuesto que no se admitiese la representacion; en cuyo caso quiere la ley que se observe la voluntad del fundador.

451. Son varias las dudas que ocurren en este punto, las que propondré siguiendo el orden que sigue el señor Molina.

452. Antes conviene advertir que la disposicion del fundador para escluir la representacion no es necesario que sea espresa y específica, pues basta la tácita y virtual, con tal que las conjeturas que la persuadan sean tan urgentes y claras, que no se les pueda dar otra inteligencia ó sentido sin que á esto se oponga lo dispuesto en la ley 9, tit. 17, lib. 10, de la Novísima, que hablando de este punto declara y manda que no se suceda por representacion, cuando el fundador lo espresa clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, porque en lo legal se tiene por espreso y se llama así todo aquello que se colige é infiere del sentido natural de las palabras de que se usa, aunque materialmente no se diga y espresese, como se deduce de la ley 6, párrafo 1, ff *de verborum significatione*, y lo prueba el señor Molina, lib. 1, cap. 17, número 27, y lib. 3, cap. 4, número 38 y siguientes, y en el cap. 7 del mismo lib. número 5, donde afirma se llama espreso, evidente y manifiesto lo que se infiere por conjeturas de las palabras de que se vale el que ordena ó dispone alguna cosa.

453. La primer duda que suscita el señor Molina la propone en estos términos: si cuando dispone el fundador que las hembras sean escludas por los varones, se entiende fue su voluntad que no tuviese lugar la representacion.

454. Esta duda en realidad es mas propia para averiguar y aclarar si el mayorazgo que se fundó con dicha cláusula era de simple masculinidad ó de sucesion regular, que para manifestar y resolver si fue su ánimo escluir en él la representacion. Es constante que para que tenga lugar la representacion en la sucesion de los mayorazgos es indispensable y preciso que tanto el representante como el representado no esten escludos de la sucesion.

455. Dos son los modos con que se puede suceder ó venir á la sucesion: uno por derecho propio en virtud de un llamamiento específico ó general, y otro por representacion de la persona de un tercero; si, pues, el escludido de suceder no puede venir á la sucesion por derecho propio, es claro que tampoco puede suceder por representacion de la persona de otro, y es la razon porque aunque el representante representa al inmediato sucesor, siempre se verifica que sucede no al último poseedor, sino al fundador, y seria un manifiesto absurdo y contradiccion que habiéndole este

escluido de la sucesion viniese á ser sucesor suyo contra su voluntad espresa, que es la ley decisiva en la sucesion de los mayorazgos, por lo que es verdadero decir que el que no puede suceder por derecho propio, no puede ser admitido á la sucesion por representacion de la persona de otro.

456. De lo dicho se convence que cuando el fundador escluye de la sucesion á ciertas personas por el mismo hecho se entiende que las priva de la representacion, á causa de que dirigiéndose esta á la sucesion, estando escluidas por el fundador de poder suceder era inútil y supérfluo el concederles la representacion, y así como si el fundador hubiese dispuesto que sus parientes seculares escluyesen á los clérigos de la sucesion, seria bien voluntaria la duda de si tambien los escluí de la representacion, lo mismo debe decirse en el caso propuesto por el señor Molina.

457. La duda, para que hubiera sido propia y análoga á la materia, debia haberse propuesto en términos, que sin privar de la sucesion á las personas, las hubiese inhabilitado para la representacion, como se verificaria si dijese el fundador que no entrase á suceder ningun nieta quedándole hijos al último poseedor, en cuyo caso no escluye el fundador de la sucesion á los nietos, pero los priva de representar las personas de sus padres, porque si faltase el hijo mayor en vida del poseedor, sucederia el hijo segundo con exclusion del hijo del primogénito, y si tambien faltaba el hijo segundo sin dejar hijos, entraria á suceder el nieta, hijo del primogénito, no por representacion, sino por ser el descendiente de grado mas próximo del último poseedor.

458. La distincion con que el señor Molina resuelve la duda que habia propuesto, tampoco es adecuada y conforme, porque decir que si los varones que escluían á las hembras eran de línea y grado mas remoto, se entendia estaban privadas de la representacion, pero no si eran del mismo grado y línea, es dejar sin resolver la duda, por que esta consiste en declarar y determinar si por la cláusula que propone de que las hembras sean escluidas por los varones, quiso dar á entender el fundador que estos habian de ser de línea y grado mas remoto ó de la misma, y la espresada duda no se resuelve con decir lo que debia observarse en cada uno de los casos de la distincion, sino que era necesario determinar y señalar cuál fue la voluntad del fundador, cuando usó de aquella clausula, ó lo que es lo mismo, de cuál caso de los dos de la distincion fue su ánimo y voluntad hablar, lo que seguramente no hizo ni declaró el señor Molina con su distincion. Y así deberia haber dicho que la voluntad del fundador cuando usó de aquella cláusula fue escluir de la sucesion á las hembras de línea y grado mas próximo por los varones de línea y grado mas remoto, porque cuando estos eran de línea y grado mas próximo ó igual con el de las hembras, no habia necesidad ni de escluir á estas, ni de darles á aquellos la preferencia que tenían por la ley.

459. La segunda duda que se propone resolver es si disponiendo el fundador que suceda en el mayorazgo el agnado ó cognado mas próximo, se debe presumir fue su ánimo escluir la representacion, y despues de citar varios autores por la sentencia afirmativa, entre los que refiere al señor Covarrubias, cap 38 de sus prácticas, número 4, versículo tercio, y Antonio Gomez en la presente ley, número 41, se declara por la sentencia negativa en que en la sucesion de los mayorazgos tanto por su naturaleza como por la disposicion de la ley 2, tit. 13, Partida 2, siempre debe suceder el pa-

riente mas próximo, y sin embargo la presente ley admite la representacion; de que concluye, que si en el caso ó duda propuesta se entendiera escluida la representacion, no hubiera ningun mayorazgo en cuya sucesion debiera ser admitida, porque en casi todos se pone la cláusula de que se diera al pariente mas próximo.

160. Esta opinion del señor Molina no deja de tener alguna dificultad con respecto á las dos leyes que cita. No es cierto que por la ley de Partida siempre se llame á la sucesion al pariente mas próximo, pues hablando de los descendientes dispuso que el señorío del reino lo heredasen siempre los que viniesen por línea derecha, con tal que en defecto de hijo varon sucediese la hija, y que si el hijo mayor muriese antes de heredar dejando hijo ó hija legítima, aquel heredase y no otro ninguno.

161. En esta parte la ley no llama en términos espresos al pariente mas próximo, ni podia hecerlo sin contradecirse en su resolucion, pues disponiendo que si el hijo mayor muriese dejando hijos legítimos antes de heredar, estos fuesen preferidos á otro cualquiera, es evidente que no llamaba á la sucesion al pariente mas próximo, porque los nietos, á quienes da la preferencia respecto de los tios hermanos de padre, están en grado mas remoto respecto del abuelo, que los hijos de este, y es un dogma legal en la presente materia que cuando se sucede por representacion siempre se verifica que el pariente de grado mas remoto escluye de la sucesion al de grado mas próximo: de que se convence que habiendo establecido la ley de Partida que la línea recta se sucediese por representacion, no llamó en todos casos al pariente mas próximo.

162. Esto mismo se convence del modo con que se esplica la misma ley, cuando trata de la sucesion de los colaterales; pues para el caso de que hayan fallecido todos los descendientes, llama al pariente mas cercano, y añade, con tal que sea hombre para ello, sin que haga la menor mencion de que el hijo represente la persona de su padre; ni podia hacerla sin incurrir en igual contradiccion que la que se ha notado arriba, y hubiera incurrido en la sucesion de la línea recta, si disponiendo que en ella se sucediese por representacion, hubiese llamado al pariente mas próximo, por encontrarse la misma contradiccion y repugnancia en llamar á la sucesion al pariente mas próximo y querer que sucediese por representacion, que en mandar que tenga lugar la representacion, y querer que suceda el pariente mas próximo, porque del mismo modo que es incompatible la representacion en el pariente mas inmediato, lo es la proximidad del parentesco con la representacion.

163. La ley de Toro nada determinó acerca del pariente mas próximo, habiendo limitado únicamente su disposicion á confirmar y á aprobar la representacion que la ley de Partida habia ordenado se observase en la sucesion de la línea recta, y á estender igualmente la representacion á la línea colateral, con la condicion de que en una y otra línea no debiese tener lugar cuando el fundador dispusiera lo contrario.

164. De lo dicho se infiere que la opinion que sigue el señor Molina es harto dudosa atendidas las disposiciones de las dos leyes que cita; pero despues que por la ley 9, tít. 17, lib. 10 de la Novísima se aclaró este punto, y se estableció por regla general, que en la sucesion de los mayorazgos se observe y tenga lugar la representacion, segun se halla ordenado en las leyes de Partida y Toro, y que no se suceda por representacion, espresán-

dolo clara y literalmente el fundador, sin que para ello basten presunciones argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, es fuera de toda duda que por el llamamiento que haga el fundador del pariente mas próximo no se entiende escluida la representacion, por no ser dicha cláusula clara y literalmente exclusiva de ella, como quiere la ley, á lo que se aumenta hallarse sabiamente dispuesto en el cap. 57 de las reglas de derecho en el 6, que contra aquel que pudiendo decir y manifestar su voluntad con mas claridad, no lo hizo, se ha de interpretar su disposicion; cuya regla la admitió y aprobó nuestro derecho real en la ley 1, tít. 33, Partida 7 de la significacion de las palabras.

465. La tercera duda consiste en si cuando manda el fundador que se suceda, salva la prerogativa del grado, se debe entender y presumir quiso escluir la representacion, aunque dice el señor Molina que la comun opinion es de que en este caso queda escluida, y cita ademas de los autores la auténtica *defuncto C. ad Tertulianum*; sin embargo, pretende que aunque en los fideicomisos y demas sucesiones que no vienen por derecho de mayorazgo subsista dicha opinion, en la sucesion de estos debe decirse lo contrario, lo que afirma con alguna desconfianza, y se funda en que la línea de primogenitura debe preceder á todas las demas, aunque los descendientes de ella esten en grado mas remoto, de que infiere que de ningun modo la prerogativa del grado puede destruir la de línea; pero esta razon es del todo infundada é insuficiente, porque alegar que la línea de primogenitura es preferente á todas las demas, no quiere decir otra cosa sino que la ley le da esta preferencia, y cuando se trata de averiguar si la voluntad del testador fue contraria á la disposicion de la ley, es cosa bien estraña, inútil é inconducente el citar lo dispuesto por esta.

466. Tambien se vale de una distincion para interpretar las palabras del fundador, que no es mas feliz que la razon alegada arriba: se reduce, pues, la distincion á decir que la prerogativa de grado que quiere el fundador que se observe, es dentro de la misma línea de primogenitura, pero no en diversa. Con dificultad podria atribuirse al fundador una advertencia mas supérflua é inútil, porque no habiéndose dudado por ninguno hasta ahora que dentro de cualquiera línea siempre se observa la prerogativa del grado en la sucesion de los mayorazgos, era bien escusado y ocioso que el fundador hiciera semejante advertencia.

467. La opinion de que en este caso debe entenderse escluida la representacion, ademas de los autores que la defienden, tiene á su favor la terminante decision de la auténtica citada, en donde se dice «que muerto un hijo sin dejar descendientes deben sucederle sus padres, salva la prerogativa del grado,» con cuya espresion manifiesta la auténtica que han de suceder segun la mayor proximidad de grado, de que se convence que la cláusula ó espresion de salva la prerogativa del grado no se puede entender de otro modo, sino por un equivalente á la mayor proximidad de grado, la que es exclusiva de la representacion, como repetidas veces se ha dicho y se demuestra hasta la evidencia en el caso de que trata la auténtica, pues habla de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes; en cuyo caso las leyes ni los autores no admiten la representacion.

468. El padre Molina en el tom. 3 de *justitia et jure*, disputacion 629, núm. 4, sigue la opinion del señor Molina sin añadir nada de importancia, y lo mismo hace el señor Castillo en el núm. 319 del capítulo tantas veces

citado, en donde reprende la timidez con que el señor Molina espuso su opinion, y afirma con valentía no solo que es cierta, sino muy verdadera.

169. Sin embargo de lo que dejo espuesto acerca de la poca solidez de la opinion del señor Molina con respecto á las leyes de Partida y de Toro, es forzoso decir que despues que se estableció la citada ley 9, tít 17, libro 10 de la Novísima, es enteramente cierta la opinion del señor Molina por regir en ella los mismos principios que en la duda anterior.

170. La duda que propone en cuarto lugar estriba en si diciendo el fundador que le suceda su hijo mayor en edad se debe entender fue su voluntad escluir la representacion, y que el hijo segundogénito, caso de haber muerto el primogénito, fuese preferido al hijo de este, y resuelve el señor Molina como en las dudas anteriores que no se entiende escluida la representacion; pero séase lo que se fuere de esta opinion con respecto á la ley de Partida y de Toro, lo cierto es que despues que se estableció la ley 9 citada ya no puede quedar la menor duda de que es cierta y verdadera la opinion del señor Molina. Del mismo dictámen es el señor Rojas de Almansa, disputa 1, cuestion 1, párrafo 9, número 208, donde examina este punto.

171. Mas árdua, intrincada y difícil es la duda que suscita el señor Molina en quinto lugar, dirigida á si el llamamiento que haga el fundador del hijo primogénito que le sobreviviere, esto es, del hijo mayor que permaneciese vivo al tiempo de la muerte del último poseedor deberá entenderse esclusivo de la representacion, de forma que el hijo segundogénito sea preferido al hijo del primogénito. A continuacion advierte que no es su ánimo resolver la duda propuesta por hallarse pendiente un pleito muy empeñado sobre ella, y asi dice se limitará á proponer algunas razones por una y otra parte.

172. En apoyo de la opinion afirmativa alega de que las palabras de que usó el fundador manifiestan no fue su voluntad llamar á la sucesion al mero primogénito, sino determinadamente al que lo fuese al tiempo de la muerte del último poseedor, por lo que aunque en los mayorazgos regularmente el nieto hijo del primogénito escluya al hijo segundogénito, en el presente caso no tiene lugar esta exclusion, por no haberse radicado en ningun tiempo la cualidad de la primogenitura en el hijo primogénito, ni hallarse escluido el segundogénito; antes bien este, caso de que sobreviva á su hermano, podrá decirse primogénito al tiempo de la muerte del último poseedor, y no el que murió antes, y á continuacion llena una columna entera de citas de autores que siguen esta opinion.

173. En favor de la contraria negativa propone que la condicion puesta por el fundador proviene de derecho, y que aunque se ponga en la persona del hijo se verifica tambien en el nieto, cuyo padre ha premuerto, y completa casi media columna de citas de autores de esta sentencia. Finalmente, en confirmacion de esta opinion trae la ley 2, tít 13, Partida 2, que llama á la sucesion al hijo primogénito para despues, y sin embargo dispone la misma ley que si premuere el padre debe ser admitido el hijo y el nieto del poseedor con exclusion del tio.

174. Como el señor Molina no manifestó su dictámen en esta duda por la razon que indica, y por otra parte aunque ofreció hacerlo en la 2.^a edicion de su obra, no se verificó, es ocioso é inútil indagar cuál fue su opinion, y tambien lo es el querer examinar cuál de las dos opiniones es mas arre-

glada y conforme con respecto á la ley de Partida y de Toro, por tener ya una decision mas clara y terminante en la ley 44 tantas veces citada, que pide una espresion clara y literal del fundador para escluir la representacion sin que para ello basten presunciones, argumentos y congeturas, por claras y evidentes que sean.

473. Sin embargo que el señor Molina en las cuatro dudas primeras opina que no se escluye la representacion, al fin de este capítulo manifiesta la desconfianza que tiene de su opinion, y advierte á los lectores que tanto lo que ha dicho en este capítulo como en los dos anteriores, mas se debe tener por disertacion que como una resolucion positiva de su dictámen y opinion.

476. El señor Castillo se propone esta duda en el número 336 del capítulo citado; y se declara por la sentencia negativa en el número 342, y á continuacion satisface á los argumentos de Avendaño, que sigue la opinion contraria.

Ley 44 de Toro, es la. 4.^a, tít. 7.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tít. 47, lib. 40 de la Novísima.

Modo de probar que los bienes son de mayorazgo.

Mandamos que el mayorazgo se pueda probar por la escriptura de la institucion del, con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escripturas que fagan fee, ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del tenor de las dichas escripturas, é assi mesmo por costumbre immemorial probada con las calidades, que concluyan los pasados haber tenido é poseido aquellos bienes por mayorazgo, es asaber que los hijos mayorazgos legítimos é sus descendientes subcedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor del dejasse otro fijo ó fijos legítimos, sin darles los que subcedian en el dicho mayorazgo alguna cosa ó equivalencia por subceder en él: é que los testigos sean de buena fama é digan que ansi lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, é assi lo oyeron decir á sus mayores é ancianos que ellos siempre asi lo vieron é oyeron, é que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario é que dello es pública voz é fama, é comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra.

COMENTARIO A LA LEY 41 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resumen de la ley.—2. La escritura pública que exige la ley para probar la institucion del mayorazgo, no se requiere por forma, sino que es conveniente para la mas fácil prueba, pues si fuera necesaria seria una inconsecuencia que se permitiera probar por testigos.—3. Duda sobre si la licencia del príncipe para la fundacion del mayorazgo ha de constar por escritura pública: opinion de Molina, Vazquez y Avendaño por la afirmativa: idem de Antonio Gomez que la gracia del príncipe solo exige escritura pública para la mas fácil prueba.—4. Se asiente á la opinion de Gomez por ser mas conforme á la presente ley de Toro, segun se espone.—5. Inconsecuencia de los autores de la opinion contraria.—6. Opinion del P. Suarez sobre que la escritura no es de substancia del privilegio por las varias razones que se esponen.—7. Idem de Gonzalez Tellez en el mismo sentido.—8. El segundo medio para probar la fundacion del mayorazgo, es el de testigos, que deberán ser tres y con las cualidades que requiere el derecho.—9 y 10. Si instituyó el mayorazgo algun ascendiente, incluyendo en él la legitima del primer llamado ó de otros que tenían derecho á suceder, debe ademas constar que el fundador obtuvo licencia para gravar las legítimas; mas no si lo instituyó un colateral ó extraño, ó no tocó las legítimas.—11. La facultad concedida por la ley de Toro para vincular el tercio y quinto, se halla derogada por la real cédula de 28 de abril de 1789, cuya disposicion se espone.—Nota. Tambien lo está por el art. 14 de la ley de 27 de setiembre de 1820.—12. El tercer medio para probar la fundacion del mayorazgo es la costumbre inmemorial.—13. Diversidad entre la costumbre y la prescripcion.—14. En el caso presente debe llamarse bien prescripcion que costumbre, segun Covarrubias y Matienzo.—15. No obsta á lo dicho el cap. 26 de *verborum significatione* que se espone, pues como dice Menchaca, siempre que la posesion de tanto tiempo que no haya memoria en contrario, no se haya adquirido por todo el pueblo ó la mayor parte, sino por un particular, contra alguno ó algunos seria absurdo llamarla costumbre y no prescripcion.—16. Opinion de Molina de que la costumbre de que habla la ley, debe en el caso presente mas bien llamarse costumbre que prescripcion.—17. No guarda consecuencia este autor, pues reconoce que la costumbre inmemorial, no es propiamente tal costumbre, sino que tiene veces de tal.—18. En esta costumbre que mas bien es prescripcion no se requiere que se pruebe haber intervenido en ella la ciencia ó consentimiento, á no que se trate de adquirir derechos incorporales.—19. Se pasa á esponer las cualidades con que debe probarse la costumbre ó prescripcion inmemorial.—20 y 21. Los testigos que han de declarar, deben ser de buena fama, cuya cualidad se ha de articular y probar especificamente sin que baste la presuncion común y general.—22, 23 y 24. La cualidad de la buena fama ha de ir acompañada de la edad que han de tener, y debe ser aqui la de 54 años por lo menos, segun unos, 50 segun otros y 50 y medio segun Molina, Castillo y otros, por las razones que se esponen.—25 y 26. Dichos testigos han de declarar que vieron lo que articulan por espacio de 40 años transcurridos y completados antes de la contestacion del pleito.—27 y 28. Deben tambien declarar que oyeron á sus mayores que asi lo vieron pasar por todo el tiempo de su vida, y que estos lo habian oido tambien decir á los que les precedieron.—29. Estos testigos se llaman de segundas oídas, los cuales basta que la presente ley los estableció, no fueron necesarios para la prueba de la cos-

tumbre inmemorial, sin que obste lo dispuesto en la ley de Partida que se cita.=

30. Se rebate la opinion de Covarrubias y de Castillo de que el requisito de las segundas oidas es de pura solemnidad, y la de Molina de que debe dejarse al arbitrio de los jueces; por lo que no debe omitirse en la práctica su observancia.=

31. Se rebate la distincion que hace García del caso en que la materia sea odiosa ó que la resista el derecho, y el en que no lo sea, sentando que en el primero se ob-

servaba en Galicia la prueba de las segundas oidas y no en el segundo: se asiente al consejo de Acevedo sobre que no se omita en la prueba de la inmemorial, articular las segundas oidas.=32. Las opiniones de Covarrubias y Molina y la distincion de

García pueden admitirse quando la ley admite la prescripcion inmemorial sin espresar los requisitos con que se ha de probar, mas no quando espresa que se hagan

constar por las deposiciones de los testigos las segundas oidas.=33. Duda sobre si los testigos que deponen de oidas á sus mayores, deben espresar sus nombres para

venir en conocimiento de sus personas: opinion de Castillo por la negativa. idem de Crespi por la afirmativa, haciéndose cargo de las razones de Castillo, que rebate con

otras que se esponen.=34. Nuevas razones de Crespi.=35. Nueva razon consistente en que podria suceder que el testigo se refriese á uno ó mas antiguos, y otro á di-

versos, en cuyo caso no estarian contestes y se debilitaria la prueba, por lo que es mas segura la opinion de Crespi.=36. Deben tambien afirmar los testigos, no solo

que vieron lo que se articula por el tiempo de sus vidas, sino que deben declarar acerca de la negativa.=37. Debe articularse y probarse que lo que deponen los

testigos es publico de pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos, sin que baste decir que es público, como observa Molina.=38. Se recopila la disposicion de esta ley.

1. Dispone la presente ley que el mayorazgo se pueda probar por la es-

critura de fundacion y por la licencia del Rey para hacerlo, estando dichas escrituras en legitima forma. Tambien permite se pueda probar la funda-

cion por testigos que depongan en la forma prevenida por derecho, lo que deberia resultar de las espresadas escrituras, si hubiese llegado á otorgarse,

é igualmente concede que pueda probarse la fundacion por costumbre in-

memorial de la que resulte que los pasados habian tenido y poseido aque-

llos bienes por de mayorazgo, esto es, que los hijos mayores legitimos y sus descendientes sucedian en ellos por via de mayorazgo; y aunque el poseedor

dejase otros hijos legitimos, no les daba el que sucedia en el mayorazgo cosa alguna por suceder en él, y quiere que los testigos hayan de ser de

buena fama y declaren que vieron pasar lo que dicen por tiempo de cuaren-

ta años, y que oyeron decir á sus mayores y ancianos que ellos siempre

asi lo vieron y oyeron decir y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario,

y que lo dicho es de pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos

y moradores de la tierra.

2. Por el hecho de espresar la ley que el mayorazgo se puede probar en la escritura pública de su fundacion, manifiesta y da á entender que la es-

critura pública no es necesaria ni se requiere por forma para la institucion de mayorazgo, sino que es conveniente para la mas fácil prueba, como asi

lo sienta entre otros Antonio Gomez al número 2 de esta ley, y el señor Mo-

lina en el lib. 2, cap. 8 de *primogenitis*, número 1, y se convence esto mis-

mo de la ampliacion que á continuacion concede la ley de que el mayo-

razgo se puede probar por prueba de testigos, pues si estableciera que fuera

necesaria la escritura pública para la fundacion del mayorazgo era una

inconsecuencia manifiesta el que se permitiera se pudiese probar su funda-

cion por testigos. Pero esto no se ha de entender en el caso que el mayo-

razgo se instituya en testamento *in scriptis*; porque entonces es necesario

pro forma la escritura pública, como observa el señor Molina en el número 6 del lugar citado.

3. Mas dificultad ofrece la duda de si la licencia ó grado del Príncipe para la fundacion del mayorazgo ha de constar por escritura pública. El señor Molina en el número 8 del referido capítulo afirma que la gracia ó licencia del Príncipe ha de constar por escritura pública, y cita en comprobacion la ley 2, tit. 18 de la Partida 3, en donde por menor se refieren los requisitos y solemnidades, con que se han de entender los privilegios de los Príncipes, y afirma que aunque la gracia del Príncipe se entienda perfecta y completa por la palabra *fiat*, sin embargo, para su prueba se requiere la escritura pública, sin que baste la prueba de testigos. Del mismo dictámen es Velazquez y Ayendaño en la glosa 2 de esta ley, número 4 y siguientes, donde cita otros comentadores de su misma opinion; pero Antonio Gomez en el número 2 positivamente afirma que la gracia y privilegio del Príncipe ó del sumo Pontífice no requiere escritura pública *pro forma* en substancia, sino para la mas fácil prueba, de que infiere que si el Rey ó sumo Pontífice concede algun privilegio, y sucede que muera antes que se escriba la escritura, si se puede probar por testigos ó de otro modo no se pierde la gracia ó concesion, la que debe entenderse hecha por el mismo que la otorgó, y no por su sucesor. Tambien trae en confirmacion de su opinion que cuando se pierde alguna escritura, bien se requiriese por forma ó por solemnidad, se puede probar su tenor por probanza de testigos, como espresamente se resuelve en el capítulo *Albericus de testibus*, y en el 12 de *privilegiis*.

4. Esta opinion de Gomez la tengo por mas fundada y conforme á la expresion literal de la presente ley de Toro, la que despues de establecer que se pueda probar el mayorazgo por la escritura de fundacion y con la escritura de la licencia del Rey que la dió (siguiendo el mismo concepto), continúa diciendo, ó por testigos que depongan, en la forma que el derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras, de cuya expresion literal manifestamente se convence que la misma prueba de testigos admite para probar el tenor de la escritura de la licencia del Rey para la fundacion del mayorazgo, que la de la fundacion, pues de lo contrario no diria la ley que se pudiese probar por testigos el tenor de dichas escrituras, que eran las que dejaba espresadas de la fundacion y licencia del Rey, sino que deberia haber limitado la facultad de probar por testigos á solo la escritura de la fundacion del mayorazgo, lo que en realidad no hizo.

5. Esto manifiesta la inconsecuencia en que incurren los autores de la opinion contraria, pues reconociendo que la fundacion del mayorazgo no exige necesariamente que se pruebe por escritura pública, por decir la ley que se puede probar por ella, de que infieren que se puede probar por testigos, admitiendo la misma ley que el tenor de la escritura de licencia de la fundacion se puede probar por testigos; se obstinan en afirmar que la licencia del Rey debe constar y probarse únicamente por escritura pública.

6. El P. Suarez en el libro 8, cap. 2 de su celebrada obra *de legibus*, se propone examinar la duda de si la escritura es de substancia del privilegio, y resuelve que no, y entre varias razones y autoridades que alega en favor de su opinion afirma que no hay ley alguna que exija la escritura para que sea válido y tenga efecto el privilegio: que siendo el privilegio una ley, privada, y no queriendo la ley la escritura de substancia, tampoco ha de ser

necesario en el privilegio: que este por su naturaleza tampoco requiere escritura, porque basta la voluntad y potestad del Príncipe, declarada por palabras ó por la costumbre: que la palabra no es signo menos eficaz que la escritura para manifestar y dar á entender la voluntad del que la profiere, aunque no sea tan permanente como la escritura, á no ser que espresamente se mande que la gracia ó licencia haya de constar por escrito, como lo requiere espresamente el concilio de Trento en el cap. 5 de la sesion 25 de *regularibus*, en la licencia que debe obtener del superior el que haya de entrar en la clausura de algun monasterio de religiosas. La misma solemnidad de escritura exige la real instruccion formada para la observacion de la ley 4, lib. 4, tit. 4 de la Recopilacion, y 6, tit. 10 lib. 1 de la Novísima, en la que refiriéndose las condiciones bajo las cuales los clérigos de corona habian de gozar del beneficio del fuero, se dice en el número 3 que la asignacion que haya de hacer el obispo de algun clérigo de corona al servicio de cierta Iglesia, ó para que estudie en alguna universidad, haya de hacerlo por escrito.

7. Gonzalez Tellez examinando este punto de si para el valor del privilegio es necesaria la escritura, en el cap. 7 de *privilegiis* sigue en todo la opinion de Suarez, y la confirma con varios textos canónicos terminantes en la materia.

8. El segundo medio con que permite la ley se pueda acreditar la fundacion de mayorazgo, es la prueba de testigos, que deberán ser tres en número, segun la ley 45, ó á lo menos dos, con arreglo á lo que se previene en la ley 44, tit. 46, Partida 3, en los que deben concurrir las cualidades que el derecho requiere, y sus declaraciones han de ser en la forma prevenida por las leyes del reino para que hagan prueba, debiendo resultar de ellas que tal persona fundó vínculo ó mayorazgo, para que sucediesen en él los que llamaba por el orden establecido por el fundador.

9. Si el mayorazgo fue fundacion de algun ascendiente que excluyó en él la legitima del primer llamado, ó de otros que tenian derecho á suceder, deberá ademas de lo dicho constar de las deposiciones de los testigos que el fundador obtuvo real licencia para gravar las legítimas de sus descendientes.

10. He dicho si el fundador fuese ascendiente, é incluyese en la fundacion las legítimas de sus herederos, porque siendo colateral ó extraño, ó no tocando á las legítimas de los que le han de heredar, no será necesario acreditar que ha intervenido la licencia del Rey para la fundacion, á causa de que por la ley 27 de Toro se concede á los ascendientes facultad para fundar mayorazgo del tercio de sus bienes, observando las condiciones prevenidas en dicha ley, y tambien del quinto, de que les es permitido disponer entre extraños, y compitiendo igual facultad de disponer de sus bienes entre los extraños á los parientes colaterales y demas que carecen de herederos legítimos, es fuera de toda duda en los casos referidos no se necesita hacer constar que ha precedido la licencia del Rey para hacer la fundacion.

11. Esta facultad que se concedia por la ley de Toro para vincular el tercio de los bienes á favor de los descendientes, y tambien el quinto, en el día se halla prohibida y derogada por la real cédula de 28 de abril de 1789, en la que se manda que ninguno pueda fundar mayorazgo, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y quinto, y aunque los fundadores no

tengan herederos forzosos, sin pedir primero y obtener real licencia (1).

12. El tercer medio que propone la ley para hacer constar la fundacion del mayorazgo es la costumbre inmemorial, y antes de esponer el modo y forma con que se ha de probar es muy conveniente y aun preciso examinar la naturaleza y efectos que produce esta costumbre, y si se llamará con mas propiedad prescripcion. Para esto se hace indispensable notar la diversidad que se advierte entre la costumbre y prescripcion.

13. Por aquella se adquiere derecho en comun á todos los individuos que componen el pueblo ó universidad, sin que á ninguno aproveche ni perjudique en particular, de que se sigue que tanto el que adquiere el derecho por la costumbre, como el que lo pierde, no puede ser persona cierta y determinada. Lo contrario sucede en la prescripcion, porque por su medio el particular y no la universidad adquiere para sí, y causa perjuicio á la persona particular contra quien prescribe, de que nace y resulta un derecho privado entre el que prescribe y aquel contra quien prescribe, cuando la costumbre á diferencia de la prescripcion constituye un derecho público, respecto de todos aquellos que tienen interés en la materia en que se versa.

14. De lo dicho se deduce que cuando un particular frecuenta actos contra la universidad, ó esta contra algun particular, se debe llamar con mas propiedad prescripcion que costumbre, y como en el caso de esta ley se trata de la repeticion de actos de alguno ó algunos particulares contra otros de igual clase, se convence debe mas bien llamarse prescripcion, como así la llama la ley 4 y 9, tít. 8, lib. 11 de la Novísima, en donde se trata de la posesion inmemorial, por la que se supone adquieren los particulares las villas y lugares, y las jurisdicciones civiles y criminales, como todo lo espuesto lo reconoce el señor Covarrubias en el capítulo *Possesor.*, párrafo 3, número 2, y de Matienzo, glosa 6 á esta ley.

15. Es cierto que en el capítulo 26 de *verborum significatione* se dice que lo que se tiene por costumbre antigua de tanto tiempo, que no haya memoria en contrario, se entienda legítimamente adquirido, con tal que no esté espresamente prohibida su adquisicion, como sucede en las alcabalas que espresamente se prohiben poderse adquirir, aunque sea por costumbre inmemorial, ley 9, tít. 8, lib. 11 de la Novísima, como si lo fuera por concesion de los Emperadores, Reyes ó de algun concilio, y en las leyes 1 y 2 de *aqua pluv. arc.* espresamente se afirma que la antigüedad tiene virtud y fuerza de ley; por lo que el señor Menchaca en el libro 2, capítulo 83 de sus cuestiones ilustres, número 23, resueltamente afirma que la posesion y uso de tanto tiempo que no haya memoria en contrario, impropia y absurdamente se llamaria prescripcion, sino que se debe decir y llamar costumbre; pero este mismo autor en el número 31, proponiendo las diferencias que median entre la prescripcion y costumbre, reconoce sin ninguna limitacion que cuando uno puede adquirir contra otro, ó contra alguno ó contra todos, no se puede decir que es por costumbre porque esta liga á todos, y no se puede introducir sino por todo el pueblo ó la mayor parte, de que infiere que

(1) Segun la disposicion 14 de la ley de 27 de setiembre de 1820, restablecida por real decreto de 30 de agosto de 1836, nadie puede en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título, ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pia ni vinculacion alguna, sobre ninguna clase de bienes ó derechos ni prohibir directa ni indirectamente su enajenacion.

cuando la menor parte del pueblo ó algunos particulares adquieren contra alguno ó algunos ó contra todos no se podia entender ni decir que se adquiria por costumbre; con que segun estos principios que reconoce el señor Menchaca, siempre que la posesion de tanto tiempo que no haya memoria en contrario no se haya adquirido por todo el pueblo ó la mayor parte, sino por un particular contra alguno ó algunos, tan lejos está de que imporia y absurdamente se llame prescripcion y no costumbre, que antes seria un manifesto absurdo llamarla costumbre y no prescripcion.

16. El señor Molina habiéndose propuesto en el capítulo 6 del libro 2 de *primogenitis*, número 9 y siguientes, examinar si la costumbre inmemorial de que habla la presente ley de Toro era verdadera costumbre ó deberia llamarse prescripcion, despues de haber referido algunas de las diferencias menos substanciales que median entre la costumbre y prescripcion, resuelve que en el caso presente se debe mas bien llamar costumbre que prescripcion, y cita en comprobacion de su dictámen el cap. 26 de *verborum significatione*, que se ha referido, y la espresion ó proposicion del señor Menchaca que queda ya anotada, y á continuacion afirma que dicha proposicion podria admitirse, no porque sea propiamente costumbre, sino porque tiene veces de tal; pero teniendo esta costumbre mas veces y efectos de prescripcion, como se ha manifestado arriba, se convence que no hay fundamento verdadero para llamarla mas bien costumbre que prescripcion.

17. Ni guarda consecuencia el señor Molina cuando despues de haber dicho que la costumbre inmemorial se ha de llamar mas bien costumbre que prescripcion, reconoce que propiamente no es tal costumbre, sino que tiene veces de tal, pues si propiamente no es costumbre, no puede ser absurdo el no darle el nombre que no debe corresponderle mejor que el de prescripcion.

18. Esta costumbre que, como queda manifestado, mas bien se ha de llamar prescripcion, tiene de particular que regularmente no se requiere que se pruebe haber intervenido en ella la ciencia ó consentimiento, ó porque la naturaleza de esta prescripcion no lo pide, ó porque el transcurso de tanto tiempo que no hay memoria en contrario la presume, y supone, á no ser que se trate de adquirir unos derechos incorporales, cuyo uso y ejercicio lo resiste el derecho, segun el señor Covarrubias, in *cap. possesor*, parte 2.^a, párrafo inicial, y el mismo señor Molina en el libro 2, capítulo 6, número 15 de *primogenitis*.

19. Manifestada ya la naturaleza y efectos de la costumbre ó prescripcion inmemorial se sigue tratar ahora de las cualidades con que debe probarse, reducidas á las que han de concurrir en las personas de los testigos y en las de sus deposiciones.

20. Exige la ley que los testigos que hayan de declarar sean de buena fama, cuya cualidad se ha de articular y probar específicamente, sin que baste la presuncion comun y general de que á cualquiera se presume bueno hasta que se le pruebe que no lo es, porque cuando la ley exige *pro forma* una cualidad, es indispensable que se acredite en debida forma, por lo que afirman los comentadores que se ha de articular y probar la buena fama de los testigos que han de declarar en la costumbre ó prescripcion inmemorial, y que de otro modo no harán fé sus deposiciones, como lo afirma el señor Molina en el cap. 6 del lib. 2, número 29 y 30, y el señor Castillo en el libro 6 de sus controversias, capítulo 27, número 6.

21. La disposición de nuestra ley en esta parte parece dimanada del capítulo 23 *de testibus*, en que se previene que los testigos sean personas graves, y de las leyes 43, tit. 9, Partida 4, y la 17, tit. 16, Partida 3, en donde se ordena que los testigos hayan de ser de buena fama.

22. La cualidad de la buena fama de los testigos ha de ir acompañada de la edad que han de tener. Como la ley exige *pro forma* que declaren que han visto por tiempo de cuarenta años lo que se articula, se origina la duda de la edad que deberán tener cuando hagan esta declaración, y como por la ley 3, tit. 16, Partida 3, se señala la edad de catorce años para que el testigo pueda comparecer en juicio á declarar en asuntos civiles, infieren algunos espositores que los testigos para esta inmemorial han de ser por lo menos de cincuenta y cuatro años, para que se pueda verificar que despues de cumplidos los catorce años ha transcurrido el tiempo de los otros cuarenta años á que se han de estender sus declaraciones.

23. Otros, cuya opinion es mas fundada y conforme á la ley, pretenden que basta que hayan cumplido cincuenta años y medio, y se fundan en que aunque la ley requiere la edad de catorce años para presentarse á declarar en juicio en materias civiles, sin embargo permite que los testigos de esta edad puedan hacer sus declaraciones de lo que vieron antes de haberla cumplido, como espresamente se ordena en la misma ley por estas palabras: «é non tan solamente podrian testiguar estos de suso nombrados en esta ley en las cosas que vieron ó que supieron en la sazón que eran en esta edad, mas aun en todas las otras que hubiesen antes visto ó sabido que bien se acordasen.» Con que es claro que pudiendo el testigo declarar lo que vió antes de haber cumplido los catorce años, no se sigue que para que declare del tiempo de cuarenta años que exige la presente ley han de haber transcurrido los espresados cuarenta años desde que cumplió los catorce.

24. No siendo, pues, necesario que los testigos en el caso de la presente ley hayan de tener catorce años sobre los cuarenta que han de comprender sus declaraciones, han regulado los autores que los testigos podrán declarar válidamente de aquellas cosas que vieron en la menor edad, cuando eran capaces de dolo, ó estaban próximos á la pubertad, regulando esta capacidad de dolo por el transcurso de la mitad del tiempo que media desde que se concluyó la infancia al cumplir los siete años hasta la pubertad, que se acaba á los catorce, y como esta mitad de tiempo de siete hasta catorce es de tres años y medio, infieren los comentadores que los testigos pueden declarar de lo que vieron cuando tenían cumplidos diez años y medio, y contando desde entonces los cuarenta años que se requiere por la presente ley, concluye que bastará que la edad de los testigos sea de cincuenta años y medio cumplidos, como así lo espresan entre otros autores nacionales el señor Molina en el citado capítulo, número 40 y 41, y el señor Castillo en el capítulo espresado, número 7, donde cita á otros varios de esta misma opinion.

25. Espuestas ya las cualidades de que han de estar adornadas las personas de los testigos, de ser de buena fama y haber cumplido cincuenta años y medio de edad, resta ver ahora las que han de acompañar á sus deposiciones. En primer lugar han de declarar que vieron lo que se articula por espacio de cuarenta años, cuyo requisito espresamente lo pide la ley, sin que baste el que digan que lo vieron por todo el tiempo de su vida, pues

como la de unos podria ser mas larga que la de otros, no se uniformarian en sus deposiciones; y para evitar este inconveniente dispuso nuestra ley fijar el tiempo á que se debian estender sus declaraciones.

26. Estos cuarenta años deben haber transcurrido y completádose antes de la contestacion del pleito, pues interrumpiéndose la prescripcion por la demanda y su contestacion, los años posteriores y sucesivos á ella no pueden aprovechar para prueba de la prescripcion, como se manifiesta en la ley 26, *G de rei vindicatione*, y lo afirman los señores Leon, tit. 3, *dec. 24*, número 2. Sesé *dec 394*, número 20, y el señor Crespi, ob párrafo. 14, número 15 y siguientes.

27. En segundo lugar pide que declaren igualmente que oyeron á sus mayores que así lo vieron pasar por todo el tiempo de sus vidas.

28. En tercer lugar quiere la ley declaren los testigos que estos mayores á quienes habian oido decir lo que se articula, lo habian ellos oido tambien decir á los que les precedieron, á cuyo requisito llaman nuestros espositores segundas oidas, el cual ha tenido origen por la presente ley, pues hasta que se formó ningun cánón ni ley exigia este requisito para probar la inmemorial.

29. Es cierto que por la ley 29, título 16, Partida 3, se dispone que para probar un hecho antiguo han de declarar los testigos que oyeron decir á otros que vieron hacer la obra, cuyo origen se quiere averiguar, ó que oyeron decir á otros que ellos vieron á quien la hizo, en cuya esposicion claramente se comprenden las segundas oidas; pero como en este caso únicamente se trata de averiguar el origen y principio de un hecho antiguo, y en la prueba de la inmemorial se trata de acreditar que no hay memoria de su principio, es claro que hasta que la presente ley estableció las segundas oidas, no fueron necesarias para la prueba de la inmemorial.

30. A pesar de la espresa disposicion de la ley en esta parte, pretende el señor Covarrubias en el capítulo *possesor*, parte 2.^a, párrafo 3, número 8, que en la práctica se admite muchas veces la prueba de la prescripcion inmemorial, sin que conste de las segundas oidas, y el señor Molina en el citado cap. 6, número 33, despues de referir la opinion del señor Covarrubias, afirma que le parece mas conforme que los jueces no omitan la forma prescripta por la ley, ni que la sigan escrupulosamente, porque la omision de una pequeña solemnidad no debe viciar el acto, por lo que concluye que este punto se debe resolver teniendo consideracion á la cualidad del negocio de las personas y de los testigos; pero como ni el señor Covarrubias ni el señor Castillo han hecho constar que el requisito de las segundas oidas es de pura solemnidad, ni debe omitirse en la práctica su observancia, ni dejarse al arbitrio de los jueces, como indica el señor Molina.

31. Juan García en el cap. 9 de *expensis*, números 9 y 10, tratando este punto distingue dos casos, uno en que la materia sea odiosa, esto es, que la resiste el derecho, y otro en que no será odiosa la materia ó no la resista el derecho. En el primer caso afirma que en la Audiencia de Galicia se observa exactamente la prueba de las segundas oidas, pero no en el segundo, cuya decision se ve que no tiene otro fundamento que la arbitrariedad del autor y de los jueces. Con mas razon aconseja Acevedo en el número 27 del Comentario de esta ley, que no se omita en la prueba de la inmemorial articular las segundas oidas, por haber visto que en algun caso por haberse omitido se dudó del valor de la prueba, y afirma

que en el capítulo 33 de las cortes que se celebraron en Madrid en el año de 1573, se pidió y suplicó que no se preguntase á los testigos sobre las segundas oídas, y se negó la petición. Hasta aquí Acevedo, de que debe inferirse continúa la obligación de haberse de acreditar las segundas oídas en la probanza de la inmemorial.

32. Las opiniones, pues, de los señores Covarrubias y Molina, que coinciden en lo mismo, y la distincion que propone García, podrán admitirse y tener lugar cuando la ley admite la prescripcion inmemorial sin espresar los requisitos con que se ha de probar, como sucede en la ley 4, título 7, lib. 4 de la Novísima, que habla de la prescripcion de las tercias reales, pero cuando las leyes espresa y determinadamente exigen que se hagan constar por las deposiciones de los testigos las segundas oídas, en ninguna manera pueden ser admitidas las opiniones referidas, por si incurririan en el absurdo de atribuirles virtud para derogar las disposiciones de las leyes, como es la presente, que previene y señala los requisitos con que se ha de probar la inmemorial en los mayorazgos, y la 4, tít. 8, lib. 4 de la Novísima, que tratando de la prescripcion de las jurisdicciones de villas y lugares, espresamente ordena que la posesion inmemorial se haya de probar segun y como, y con las calidades que la ley de Toro requiere, y la 7 del mismo título, que tratando de la posesion inmemorial con que adquieren los señores de los pueblos los derechos que exigen de sus vecinos, espresamente dispone que se haya de acreditar con las calidades y circunstancias que por derecho y leyes de estos reinos se requieren, y como la referida ley 7 es de fecha posterior á la de Toro, por ser de don Carlos I, es claro se refirió á ella en su disposicion, y por esta misma ley 7 se declaró la 2, tít. 4, lib. 6 de la Novísima, que hablando del mismo asunto de señores y vasallos establece que les sea guardado el uso y costumbre que hubiere en razon de exigir ó pagar derechos de tanto tiempo acá que memoria no sea en contrario, sin espresar el modo y circunstancias con que se habia de probar esta inmemorial.

33. Tambien dudan en esta materia los autores si los testigos que deponen de oídas á sus mayores deben espresar sus nombres para venir en conocimiento de sus personas. El señor Castillo en el capítulo citado, número 14, positivamente afirma que no es necesaria esta circunstancia, por no espresarla la ley, ni ninguno de los autores nacionales que han escrito sobre el modo de probar la inmemorial, espresando que todos los habia visto; pero sin embargo el señor Crespi en la observacion 14, número 31 y siguientes, tratando de este punto, y haciéndose cargo de lo que habia dicho el señor Castillo, resueltamente afirma que es requisito indispensable para la prueba de la inmemorial que los testigos espresen los nombres de aquellos á quienes oyeron lo que refieren. Se funda para esto en que si la ley espresó este requisito, se entiende que lo dejó á la disposicion del derecho comun, á mas de que si los testigos solo hubieran oído á uno lo que deponen, ninguna prueba harian sus dichos, como terminantemente se espresa en el capítulo 47 de *testibus*, por razon de que no bastando el dicho de un solo testigo para hacer prueba, tampoco deben valer los dichos de los testigos que se refieren á uno.

34. Tambien dice se podria incurrir en el inconveniente de que no espresando los testigos los nombres de los mayores á quienes se refieran

podria verificarse que estos estuvieran aun vivos, pues el decir que habian oido de ellos lo que referian, no era afirmar que habian muerto, y la deposicion de un testigo de oidas á otros que aun viven ninguna prueba hace si ellos mismos no declaran, como lo resuelve la ley 28, tít. 16, Partida 3.

35. Tambien podia verificarse el inconveniente de que el testigo se refiriese á uno ó mas antiguos, y otro á diversos, en cuyo caso no estarian contestes, y se debilitaria la prueba, como lo indica en este idéntico caso el señor Leon en la decision 8, número 8 y siguientes, por cuyos fundamentos parece mas arreglada y segura la opinion del señor Crespi, á que se conforma la práctica que se observa en la Audiencia de Aragon en la probanza que se hace de la inmemorial para acreditar las infanzonías.

36. No es menos indispensable que los testigos que deponen de la inmemorial no solo afirmen que vieron lo que se articula por el tiempo de sus vidas, sino que es absolutamente necesario que declaren acerca de la negativa, asegurando positivamente que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, como espresamente se ordena en la presente ley, que en esto va conforme con el derecho comun.

37. Debe por último articularse y probarse que lo que deponen los testigos es público de voz y fama y comun opinion entre los vecinos, sin que baste el que diga que es publico, porque aunque esta palabra sea equivalente á la prueba de la fama, no equivale á la prueba que se requiere de la opinion comun, como lo observa el señor Molina en el referido capítulo 60, número 37, por ser principio sentado que cuando alguna cosa se requiere por forma, se ha de cumplir y especificar, sin que baste el que se ponga por equivalencia.

38. Recopilando la disposicion de esta ley, se reduce á que el mayorazgo ó vinculacion de bienes se haya de probar con la escritura original de su fundacion, y la licencia del Rey para hacerla, que en defecto de estas escrituras se pueda probar por testigos que depongan de su tenor, y en defecto de una y otra prueba se pueda acreditar la fundacion por costumbre inmemorial, lo que ha de constar por testigos que sean de buena fama, y afirmen que vieron lo que se articula por tiempo de cuarenta años anteriores á la introduccion de la demanda, y que asimismo afirmen que lo mismo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que estos así lo vieron por el tiempo de sus vidas, y tambien oyeron decir lo mismo á sus mayores, debiendo espresar los testigos los nombres de aquellos á quienes lo oyeron, y que afirmen igualmente que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario de lo que articulan, y que todo lo dicho es pública voz y fama y opinion comun entre los vecinos.

Ley 42 de Toro; es la 3.^a, tít. 7.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 2.^a, tít. 17, lib. 10 de la Novísima.

Debe preceder á la fundacion de mayorazgo la real licencia,

Ordenamos é mandamos que la licencia del Rey para facer mayorazgo, preceda al hacer del mayorazgo; de manera, que aunque el Rey dé licencia para facer mayorazgo, por virtud de tal licencia no se confirme el mayorazgo, que de antes estubiere fecho, salvo si en la tal licencia espresamente se digesse que aprobaba el mayorazgo que estaba fecho.

COMENTARIO A LA LEY 42 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Comprobacion por Antonio Gomez, de la resolucion de esta ley con varias decisiones legales que refiere.—3. Decision, al parecer opuesta, á las anteriores, tomada del derecho romano.—4. Deducciones que hace Gomez de esta decision.—5. Siempre que la licencia para hacer una cosa se requiere por forma y solemnidad, debe preceder al acto, sin que baste que intervenga despues, a diferencia de cuando no se requiere por forma.—6. La razon que tuvo la presente ley para disponer que la licencia debiese preceder á la fundacion del mayorazgo y que el que estubiese ya hecho, no se entendiera confirmado si en la licencia no se espresare, consiste, segun Castillo, en que la licencia debe reputarse como una ley, y estas no se estienden por lo regular á lo pasado, sino á lo futuro.—7. Duda propuesta por Molina sobre si la licencia para fundar mayorazgo basta que se conceda de palabra, ó es necesario que lo sea por escrito: opinion del mismo sobre que debe serlo por escrito.—8. Práctica en este sentido, del consejo de la cámara.—9 y 10. Se rebate esta opinion y práctica.—11. Duda sobre si siendo la fecha de la licencia del mismo dia que la de la fundacion, se debe presumir que precedió ó no: opinion de Gomez, Molina y otros sobre que fue anterior.—12. Presuncion en favor de esta opinion sobre que se presume que el fundador no pasó á hacer la fundacion hasta obtener la licencia.—13. Duda de Palacios Ruvios sobre si la noticia de la concesion de la licencia la ha de tener el interesado antes de hacer la fundacion: resolucion del mismo y Mieres por la afirmativa, porque de lo contrario se anula la fundacion: exámen de esta duda en abstracto por los canonistas: opinion del P. Sanchez y del P. Suarez, sobre que para que produzca efecto la licencia debe llegar á noticia del interesado: opinion del señor Llamas sobre que basta que la haya pedido y obtenido.—14. Se ratifica esta opinion con un pasaje de Suarez.—15. La disposicion de esta ley sobre que la licencia para hacer mayorazgo no aproveche para confirmar el que estuviere ya hecho, á no que espresamente se contuviese en ella esta parti-

cularidad es conforme á las decisiones legales,=16. Se critica la colocacion de esta ley en la nueva Recopilacion, despues de la 43 de Toro.

1. Dispone la presente ley que la licencia del Rey para hacer mayorazgo ha de preceder á la fundacion del mismo, de forma que en virtud de dicha licencia no se convalide el mayorazgo que antes se hubiere hecho, á no ser que en la licencia espresamente se dijere que se aprobaba el mayorazgo antes hecho.

2. Antonio Gomez en el Comentario á esta ley comprueba su resolucion con varias decisiones legales que refiere, como son: que la licencia ó consentimiento del padre debe preceder para que el hijo admita la herencia, ley 25, párrafo 4, ff. *de acquirenda hereditate*: que la licencia y consentimiento del padre debe preceder para que el hijo comparezca en juicio, ley final, párrafo *necesitati C. de bon. quae liber.*: que la autoridad del tutor ó curador en un acto ejecutado por el pupilo ó adulto, debe preceder é interponerse al mismo tiempo, sin que baste que intervenga despues, ley 9, párrafo *tutor. de auctorit tutor.*, ff. *aucto. tut.*, y el párrafo 2 *Ins.* del mismo título, que el decreto del juez para la enagenacion de los bienes raíces de los menores debe preceder y no subseguir, ley 4 *de rebus eorum qui*, y la 4 *C. de priv. minorum*: que el mandado regularmente siempre precede al acto, ley 12, párrafo *de pos. ff. de mandat*: que el soldado condenado por un delito militar, puede hacer testamento cuando se lo permite el juez en la misma sentencia, y no despues, ley 13 *C. de testamento militis*.

3. Contra estas decisiones dice que parece se opone la que se halla en la ley *si quis filio* párrafo *irritum, vers. qua ratio*, ff. *de injusto rupto etc.* en donde se resuelve que si uno que está inhábil para testar consigue licencia del Príncipe para hacer testamento, no solo podrá hacerlo en virtud de dicha licencia, sino que tambien se confirmará el que tendria antes hecho cuando estaba inhábil para testar.

4. De esta decision infiere el mismo autor que si el enfiteúta ó el feudatario vende la cosa infeudada sin noticia del señor, por lo que cae en pena de comiso, y despues el dueño le concede licencia, se confirma la venta antes hecha sin su consentimiento, y se escusa de incurrir en la pena. Infiere tambien que si alguno fabrica un molino en un rio navegable sin licencia del Príncipe, y despues la consigue, se sostendrá el molino edificado sin ella, y sigue poniendo otros ejemplos semejantes, y concluye diciendo en satisfaccion del argumento que se habia propuesto contra el párrafo *Irritum* de la ley citada, que su resolucion procede cuando con cierta ciencia del que concede la licencia se concede y se da para un acto que pende de su voluntad, porque pudiendo hacer el acto de nuevo, con mas razon podrá confirmarlo y aprobarlo.

5. Pero sea cual se quiera el mérito de esta solucion, me parece mas fundado decir que siempre que la licencia se requiere por forma y solemnidad, debe preceder al acto, sin que baste el que intervenga despues, como consta de las decisiones legales que se han referido al principio, y de la ley 25, párrafo *Jussum* ff. *de acquirenda hereditate*, á diferencia de cuando la licencia no se requiere por forma y solemnidad, lo que sucede cuando únicamente se necesita para evitar el perjuicio de aquel que ha de dar la

licencia ó prestar el consentimiento, pues entonces basta que subsiga y se ratifique lo hecho para que sea válido el acto, como así lo reconoce y afirma el mismo Gomez en el número 6 del Comentario á la ley 58 de Toro.

6. No debe parecer inoportuno examinar aquí la razon que movió al legislador á disponer que la licencia debiese preceder á la fundacion del mayorazgo, y el que estuviese ya hecho, no se entendiese confirmado si en la licencia no se espresase. Diego Castillo en el Comentario á esta ley suscita esta duda, y resuelve que la licencia se debe reputar como una ley, y como estas regularmente no se estienden á lo pasado, sino á lo futuro ó venidero, como se espresa en el cap. 2 de *constitutionibus*, de aqui es que la licencia debe preceder á la fundacion, sin que se estienda á los mayorazgos fundados antes de obtenerla, cuya razon, á mi parecer, no deja de ser legal y fundada, pudiendo servir de confirmacion de esto mismo la ley 15, tit. 14, Partida 3, en que se declara que los hechos se han de juzgar por los fueros que regian cuando se hicieron, y no por los posteriores que se han hecho de nuevo, de que pueden considerarse por escepcion las disposiciones de las leyes de Toro, por estar declarado por la ley 6, tit. 2, lib. 3 de la Novísima, que los pleitos ó negocios que se comenzaren despues de la publicacion de las leyes de Toro, se resuelvan por sus decisiones, hayan ó no acaecido antes de su formacion, escepto en los casos que espresamente se declare en dichas leyes que no se estiendan á negocios pasados.

7. Otra duda suscita el señor Molina en el lib. 2, cap. 7, número 31 de *primogenitis*, sobre la inteligencia de esta ley, cuya duda que llaman nueva, se reduce á si bastaría que la gracia ó licencia para fundar mayorazgo la conceda el Principe de palabra, ó será necesario que se espida y estienda por escrito, y despues de referir las razones que obran por una y otra parte, resuelve al número 37 que aunque la gracia del Principe por la palabra *fiat*, se entienda perfecta y confirmada, esto solo se ha de entender cuando la gracia no requiere otra cosa mas que la concesion del superior: pero que no sucede lo mismo cuando la gracia se dirige á conceder facultad para que se haga alguna cosa, porque entonces se requiere ademas de la concesion, que se espida por escrito en la forma de estilo, y como en el caso de la disputa la gracia ó facultad es para hacer la fundacion de mayorazgo, sostiene y defiende que hasta que se espida por escrito en la forma de estilo no es válida ni aprovechada.

8. En apoyo de su opinion refiere al número 39 la práctica que observa el Consejo de la cámara en esperar ó conceder semejantes gracias y facultades, espresando que en ellas la palabra *fiat* no la profiere el Principe, sino el Consejo, que no debe tener tanta virtud y eficacia como si la profiriera el Principe.

9. Esta opinion del señor Molina es dimanada de la sentencia que defiende en el capítulo 8 del libro 1 de *primogenitis*, núm. 8, donde afirma que la gracia del Principe necesita para su validacion de la escritura, cuya opinion está ya rebatida en el Comentario á la ley 41.

10. La práctica que cita del Consejo de la cámara no es adecuada al asunto, porque si quien profiere la palabra *fiat* es la cámara, nada tiene de extraño el que no sea de la misma virtud y eficacia que si la profiriera el Principe, que es el caso en que versa la duda.

11. Tambien disputan los comentadores si siendo la fecha de la licen-

cia del mismo día que la fundacion, se deberá presumir que la licencia precedió ó no, y Gomez en el número 3, y el señor Molina en el lib. 2, cap. 7, número 15 de *primogenitis*, y otros, afirman que se debe presumir que la licencia fue anterior en tiempo á la fundacion, y alegan en apoyo de su opinion la ley 37, párrafo 1, ff. de *heredibus instituendis*, y aunque tengo por fundada esta sentencia, la ley que citan en su comprobacion no la considero por oportuna y concerniente al asunto.

12. Mas fundado me parece decir que supuesto el fundador habia impedido la licencia, conociendo que sin ella no era válida la fundacion, era consiguiente presumir en este caso que no pasó á hacer la fundacion hasta haber conseguido la licencia, por no deberse entender hubiera procedido á solicitar una facultad que sabia nada le habia de aprovechar si hacia la fundacion antes de conseguirla.

13. Consiguiente á esta duda parece que es la que suscita Palacios Ruvios al núm. 6 de su Comentario á esta ley, reducida á si la noticia de la concesion de la licencia la ha de tener el interesado antes de hacer la fundacion, y resuelve que sí, porque de lo contrario se anula la fundacion: del mismo dictámen es Mieres en la parte 1.ª cuestion 2, número final de *Mayoralat*. Esta misma duda la disputan en abstracto los canonistas, á saber: si la gracia ó privilegio debe producir efecto desde el punto de la concesion, ó desde que llega la noticia al interesado, y aunque el P. Sanchez en el lib. 3, disputa 36 de matrimonio, se declara por la negativa, é igualmente el Padre Suarez en el libro 8, cap. 25 de *legibus*, sin embargo concretándonos á la duda de la materia de esta ley, tengo por mas arreglado decir que supuesta la concesion de la licencia, no seria necesario que el fundador tuviese la noticia de ella para que hiciese válidamente la fundacion, y me fundo en que la razon que alegan los que siguen la opinion contraria, es decir se necesita de parte del agraciado la voluntad de aceptar ó admitir la gracia, y para tener esta voluntad es indispensable tenga la noticia de habersele dispensado, como así lo sienta el P. Suarez al núm. 2 del cap. citado; pero esta razon podrá tener lugar cuando el privilegio sea de aquellos que se conceden por el Príncipe *motu proprio*, sin haber precedido peticion de parte; pero no deberá admitirse en el presente caso, en que se supone el interesado ha solicitado la gracia, y tiene alguna esperanza de conseguirla, pues en estas circunstancias desde el momento en que se ha concedido la licencia se presume y entiende de parte del agraciado la voluntad de aceptarla, y de consiguiente ninguna necesidad hay de que llegue á su noticia la concesion para que se verifique la aceptacion, á cuya opinion se inclina tambien Suarez en la sentencia 6, que refiere al número 10. Si se considera el ningun riesgo á que se espone el fundador haciendo la fundacion antes de tener noticia de la licencia, y el ningun perjuicio que causa á tercero, es otra razon no desatendible para suponer y afirmar que en el caso de la disputa no se requiere que preceda la noticia de la licencia para que se ejecute válidamente la fundacion, lo que no sucede en la concesion de privilegios de otra especie, que el hacer uso de ellos antes de tener noticia de haberse concedido trae consigo el peligro de faltar gravemente, ó causar perjuicio de tercero.

14. A lo dicho se aumenta que por el mismo Suarez al número 15 se reconoce en el Príncipe la potestad para conceder el privilegio que tenga efecto antes que llegue á noticia del interesado, lo que convence no es tan necesaria la aceptacion como se supone.

15. En la parte que dispone la presente ley que la licencia que se conceda para hacer mayorazgo no aproveche para confirmar el que estuviere ya hecho, á no ser que espresamente se contuviere en ella esta particularidad, nada se advierte de extraordinario é irregular, antes bien dicha disposicion es arreglada y conforme en un todo á las decisiones legales, como se comprenderá fácilmente si se reflexiona que las licencias de esta especie se conceden á instancias y solicitud de parte, y el que la pide para fundar un mayorazgo, teniéndole ya hecho, comete obreccion espresando que la quiere para hacerlo, y tambien subreccion por que calla que lo tiene hecho, y es un dogma legal en toda jurisprudencia, asi civil como canónica y real, que toda gracia que se impetra y concede con obreccion ó subreccion es enteramente nula y de ningun efecto, como espresamente se resuelve en la ley 2 y 5, C. *si contratus*, en el cap. 20 de *rescriptis*, y en la ley 36, título 18, Partida 3, por lo que no se alcanza el fundamento que tuvo don Francisco Sarmiento para decir en el cap. 43 del lib. 6 de sus cuestiones selectas, que deberia derogarse la presente ley.

16. Séame permitido manifestar aqui que no alcanzo la razon que tuvieron los compiladores de las leyes de la Recopilacion para haber alterado el orden numeral de esta ley, colocándola inmediatamente despues de la 43, pues tratándose en esta del tiempo en que debia impetrarse la licencia, y en la 43 de cuándo deberia considerarse estinguida ó no la licencia, parecia que lo natural era que se hubiese observado en estas leyes la colocacion que le dieron sus legisladores, por ser antes en el orden natural tratar de la formacion de una cosa, que de su fin y destruccion.

Ley 43 de Toro; es la 2.^a tit. 7.^o lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 3, tit. 47, lib. 10 de la Novísima.

No espire la licencia para fundar mayorazgo por muerte del Rey que la dió, aunque no se hubiere usado de ella.

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

COMENTARIO A LA LEY 43 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. La decision de esta ley manifiesta que las gracias y privilegios no se pierden por la muerte del que los concedió: conformidad del derecho canónico sobre este punto.—3. Contra esto puede alegarse la ley de Partida que se cita, en que se declara, que luego que muera el rey, han de acudir los que recibieron oficios de él á entregarlos al sucesor, bajo pérdida de oficio.—4. Interpretacion de Gregorio Lopez sobre que esto no tiene lugar en los oficios ó cargos que ejercen la jurisdiccion ordinaria: se esponen varias leyes en que se resuelve que por la muerte del rey no vauen los oficios de la casa del rey, y córte, y chancillería, y otros de las ciudades, villas y lugares que fueren dados de por vida.—5. Decision en contra de Bonifacio VIII, sobre que por la muerte del Papa que concedió la gracia acaba esta, mas no si se concedió por la silla apostólica, porque nunca muere.—6. Poca solidez de esta decision, puesto que la voluntad de la silla apostólica no es otra que la del que se sienta en ella.—7. Mayor consecuencia de nuestros soberanos en la declaracion que hicieron en la ley de Partida citada.—8. Duda propuesta por Gomez sobre si por la muerte de un juez que desterró á un reo por el tiempo de su voluntad, se deberá entender concluido el destierro, y opinion por la negativa, porque se entiende que la voluntad de persona pública pasa al sucesor en el oficio, por reputarse uno mismo el tribunal y el juicio que no espira por la muerte del juez. 9. Aplicacion de esta doctrina al caso arriba espuesto: deduccion sobre que habiendo concedido el Papa como persona pública la gracia para retener los beneficios, debe decirse que con el mismo carácter de persona pública limitó la duracion de la gracia al tiempo de su voluntad.—10. Duda sobre si tendrá lugar la decision de esta ley, cuando, concedida la gracia por el príncipe, murió este antes que se espidiera en la forma regular: opinion de Molina por la negativa.—11. Esta opinion de Molina es consecuencia de la que sostuvo en la ley 41, sobre que la escritura era de sustancia de las gracias y privilegios, cuya opinion se rebatió.—12. Se rebate la presente opinion de Molina.—13. Duda sobre si por el trascurso del tiempo, sin haber usado de la gracia, se pierde esta: opinion de Molina por la negativa, y razones en que se funda, con las cuales se conviece.—14. Remision al tratado *de legibus* del P. Suarez para saber si el privilegio se pierde ó no por el no uso ó por la prescripcion de diez años.—15. Por la muerte del agraciado, sin haber ejecutado el acto para que se le concedió el privilegio, espira este.

1. Dispone la presente ley que las licencias que hubiere dado el Rey, ó diere en adelante él mismo ó sus sucesores para fundar mayorazgos, no espiren por la muerte del que las dió, aunque no se haya hecho uso de ellas en vida del que las concedió.

2. Esta decision manifiesta que las gracias y privilegios no se pierden por la muerte del que los concedió. Lo mismo dispone el capítulo 9 de po-

test. jud. de leg. in 6, en donde espresamente supone Bonifacio VIII que la gracia concedida por la Silla apostólica no espira por la muerte del Papa que la concedió, aunque no se hubiese puesto en ejecucion. Consiguiente á esto se dice en el cap. 3 *precariis*, que el precario no se pierde ni acaba por la muerte del que lo concedió.

3. Contra esto podrá alegarse la ley 20, tit 13, Partida 2, donde se declara que luego que muera el Rey han de acudir todos los que hubieren recibido oficios de él á entregarlos al sucesor, y los que no hicieren esto, que pierdan los oficios y sean echados del reino, de cuya disposicion parece inferirse que las gracias concedidas por el Rey se acaban y espiran por la muerte del que las concedió.

4. El señor Gregorio Lopez en la glosa á esta ley, en la palabra oficios afirma que esto no tiene lugar en los oficios ó cargos que ejercen la jurisdiccion ordinaria; pero sea de esta esposicion lo que se quiera, lo que no tiene duda es que en la ley 2, título 2, lib. 2, ordenamiento real, que se halla repetida en la 24, tit 2, lib. 7 del mismo ordenamiento, resolvieron los Reyes católicos que por la muerte del Rey no vaquen los oficios de la casa del Rey, y Corte, y Chancillerías, y otros de las ciudades, villas y lugares que fueren dados de por vida, cuya ley se trasladó é insertó en la 8, tit 5, lib. 7 de la Novísima, en virtud de la cual es claro quedó derogada la ley de Partida en cuanto á todos los oficios que da el Rey, ó por lo menos en los que se ejerce la jurisdiccion ordinaria, si se admite la esposicion del señor Gregorio Lopez.

5. Tambien puede servir de óbice á la decision de la presente ley la resolucion que se halla en el cap. 5 de *rescriptis. in 6*, donde preguntado Bonifacio VIII si por la muerte del Papa que concedió á un obispo que por el tiempo de su voluntad pudiese retener los beneficios que obtenia al tiempo ó cuando fue promovido al obispado, respondió declarando que por la muerte del Papa que concedió la gracia cesaba esta, á diferencia del caso en que se hubiese concedido á beneplácito de la Silla apostólica, dando por razon que como esta no muere, duraria perpetuamente si no la revocase el sucesor.

6. Por poco que se reflexione se echará de ver que la presente decision ó declaracion del Papa Bonifacio VIII tiene mas sutileza que solidez, porque en realidad la voluntad de la Silla apostólica no es otra que la del que se sienta en ella, asi como la voluntad del Trono es la de aquel que lo ocupa, de que debe inferirse que si cuando la gracia se concede por el tiempo de la voluntad del Papa, espira por la muerte de este, otro tanto deberá decirse cuando se concedió á voluntad de la Silla apostólica, y si la voluntad de esta fuera irrevocable ó perpetua, ó durara perpetuamente, como se dice en el mismo capítulo, mal podria revocarla el sucesor del que la concedió, y sin embargo reconoce Bonifacio VIII esta facultad en el sucesor.

7. Mas consiguientes anduvieron nuestros Soberanos en haber declarado en la citada ley 2 que los oficios de la casa del Rey, su Corte y Chancillerías no vacaban por la muerte del Rey que los concedió, aunque en la expedicion de los títulos se espresa regularmente que valgan por el tiempo de su voluntad, como se observa en todos los nombramientos para ministros de los tribunales superiores.

8. Con mas solidez examinó y resolvió este punto Antonio Gomez en

el tít 3, cap. 8 de sus varias, número 5, donde se propone la duda de si por la muerte de un juez que desterró á un reo por el tiempo de su voluntad se deberá entender concluido y finalizado el destierro, y resuelve que no, y aunque se hace cargo de varias decisiones legales, que tratan de pactos ó contratos celebrados por el tiempo de la voluntad de uno de los contrayentes, y se declara que espiran por la muerte del mismo, distingue juiciosa y oportunamente diciendo que las esplicadas leyes hablan del ánimo y voluntad de una persona particular y privada, y no debe regir lo mismo cuando la voluntad es de persona pública, cual es la del juez, la que se entiende pasa al sucesor en el oficio, por ser y reputarse uno mismo el tribunal y el juicio, que no espira por la muerte del juez, sino que pasa al sucesor, y el primer juez que impuso la pena de destierro á su voluntad no se presume que lo hizo refiriéndose á su propia voluntad, como de persona privada, sino como de persona pública de juez, que segun la cualidad del delito puede estender ó limitar el destierro, y de consiguiente esta misma facultad y voluntad debe pasar al juez que le suceda en el oficio, cuya doctrina aplicada á la concesion de la gracia de que habla el referido cap. 5 de *rescriptis*, convence de arbitraria é infundada la resolucion que en el mismo se contiene.

9. Por el fundamento de la distincion que propone Gomez se hace mas claro y perceptible que la facultad de que usa el juez cuando limita y coarta la duracion del destierro al tiempo de su voluntad, es la misma que ejerció cuando impuso la pena al reo, y como la facultad de imponer penas es propia de persona pública, la misma cualidad y representacion ha de tener aquella con que limita y coarta la duracion de la pena: si pues el Papa en concepto de persona pública concedió la gracia para retener los beneficios de que habla el precitado capítulo 5, con el mismo concepto y representacion de persona pública debe decirse limitó la duracion de la gracia al tiempo de su voluntad. Tambien el P. Suarez, lib. 8, cap. 31 de *legibus*, establece por regla que el privilegio no espira por la muerte del que lo concedió.

10. Otra duda suscitan los autores acerca de la inteligencia de esta ley, reducida á indagar si tendrá lugar su decision cuando la gracia ha sido concedida por el Príncipe; pero ha muerto este antes que se extendiera y espidiera en la forma comun y regular. El señor Molina en el lib. 2, cap. 7, número 62, defiende que la decision de la presente ley no debe entenderse del caso en que la gracia se concedió por el *fiat*, pero no llegó á estenderse por escrito: especialmente cuando la gracia era para hacer alguna cosa: en prueba de su opinion alega la autoridad de algunos autores, y á mas dice se prueba esto mismo mas claramente de las palabras de la ley presente de Toro cuando espresa: «aunque aquellos á quien se dieron no hayan usado de ellas en vida del Rey que las concedió», de cuyas palabras afirma se infiere que la ley habla de la licencia que se concedió y espidió en vida del Príncipe que la otorgó, y no de la que meramente se concedió sin haber llegado á estenderse por escrito, porque de no entenderse asi en vano diria la ley: *no hayan usado de ellas*.

11. Para la resolucion de la presente duda se ha de tener presente lo que queda espuesto en el Comentario á la ley 41, donde se manifestó con razones evidentes que la escritura no era de substancia de las gracias y privilegios, y como el señor Molina abrazó en la esposicion de aquella ley

la opinion que establece la escritura de substancia del privilegio, le era forzoso decir en la esposicion de la presente, si habia de guardar consecuencia, que la gracia que no se extendia por escrito antes de la muerte del que la concedió no era válida ni podia tener efecto.

12. Las palabras que cita de la ley en nada favorecen su opinion, porque en la sentencia de aquellos que opinan que la escritura no es de substancia del privilegio, el decir *no hayan usado de ellas* lo entienden estuviera ó no extendida la escritura de concesion, y el señor Molina, suponiendo falsamente que la escritura era de substancia del privilegio, infiere que si los agraciados habian podido usar de la gracia en vida del que se la concedió, se habia extendido la escritura de concesion, porque de otro modo no reconoce facultad en el agraciado para poder usar de su privilegio.

13. Tambien examinan los comentadores si por el transcurso del tiempo, sin haber usado de la gracia, se pierde. Matienzo se propone esta duda en la glosa 3, y remite al lector para su decision á los autores que cita, que son extranjeros, y se olvida del señor Molina, que espresamente se propone y resuelve la duda concretándose á la licencia para fundar mayorazgos, lib. 2, cap. 7, número 70 y siguiente, donde afirma que la facultad para fundar mayorazgos siempre se pone en la libre voluntad del agraciado, y de consiguiente no se puede perder por el no uso, pues aunque el privilegio concedido para hacer alguna cosa por el no uso, por el tiempo de diez años se pierda y acabe, el privilegio que deja el hecho para que se concede á la mera y libre voluntad, no se puede perder por el no uso, á causa de que no obliga á hacer, y por último dice el mismo autor, que aun cuando sea dudoso, si el privilegio se pierde por el no uso de diez años, en el caso de que habla la presente ley no puede haber la menor duda de que permanece y se conserva el privilegio ó licencia para vincular bienes, por mas que se dilate la fundacion, por espresarse en las mismas licencias una facultad ilimitada que comprende toda la vida del agraciado, y asi dice el Rey: Nos damos facultad para que en vuestra vida, ó al tiempo de vuestra muerte; de cuyas palabras nadie, dice, puede dudar que aquella facultad dure por todo el tiempo de la vida del que la obtuvo.

14. Estas razones de que se vale el señor Molina persuaden la certeza de su opinion y la verdadera resolucion de la duda propuesta. El que quiera enterarse radicalmente de si el privilegio se pierde ó no por el no uso ó por la prescripcion de diez años puede consultar al docto P. Suarez en su celebrado tratado *de legibus*, libro 8, cap. 34, donde examina la materia con la exactitud y solidez que acostumbra, y se hace cargo al número 22 y 23 de la ley 42, tít. 48, Partida 3, y de la 3, tít. 7, Partida 3, que espresamente ordenan que los privilegios para celebrar ferias y hacer otras cosas que refieren se pierden por el transcurso de diez años.

15. Como este privilegio, gracia ó licencia sea personal, concedida para que la misma persona la ponga en ejecucion, no puede dudarse que por la muerte del agraciado sin haber ejecutado el acto para que se le concedió la facultad, espira la gracia ó privilegio, segun se dispone en la ley 68, ff. *de regulis juris*, y mas espresamente en el cap. 7 *de regulis juris in 6*, donde se ordena que el privilegio personal sigue á la persona y se estingue con ella.

Ley 44 de Toro; es la 4.^a, tit. 7.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tit. 17, lib. 40 de la Novísima.

Casos en que se puede ó no revocar el mayorazgo hecho en cualquiera modo.

El que ficiere algun mayoradgo, aunque sea con autoridad nuestra, ó de los Reyes que de nos vinieren, ora por via de contrato, ora en cualquier última voluntad, despues de fecho, puédalo revocar á su voluntad, salvo si el que lo ficiere por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de la cosa ó cosas contenidas en el dicho mayoradgo á la persona en quien lo ficiere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escriptura dello ante escribano, ó si el dicho contrato de mazoradgo se oviere fecho 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, estoviese cláusula para que despues de fecho lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo fizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura que fizo del dicho mayoradgo el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos que despues de fecho lo pueda revocar.

COMENTARIO A LA LEY 44 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. La disposicion de esta ley es conforme á lo espuesto en la 17, sin mas diferencia, que en aquella se trata del tercio y quinto, y en esta de la fundacion del mayorazgo, por lo que ocurren las mismas dudas que deben resolverse por los mismos principios, y se pasan á esponer las que se omitieron en aquella.—3. Duda sobre si el mayorazgo hecho por testamento será irrevocable por la entrega de la posesion de la cosa: opinion de Gomez por la afirmativa, si dicha posesion se entrega *simpliciter*, mas no si con consideracion al legado.—4. Opinion de Tello Fernandez sobre que por la mera tradicion del legado pasa á ser donacion entre vivos, y es irrevocable.—5. Idem de Peralta sobre que de cualquier modo que se entregue pasa á ser donacion y es irrevocable.—6. Estos autores fundan su opinion en las leyes del derecho comun, y ademas en las 17 y 44 de Toro, las que disponen que

para que la mejora del tercio ó fundacion de mayorazgo sea irrevocable, ha de ser hecha por contrato entre vivos ó intervenir la entrega de la cosa, con lo que se da á entender que haciéndose por testamento permanece revocable aunque medie la entrega de la posesion, ya se haga *simpliciter* ó por consideracion al legado.=7. Opinion de Matienzo sobre que la mejora hecha en testamento permanece revocable, aunque medie la entrega.=8. Opinion de Molina conforme con la distincion de Gomez, la que cree adaptable para el caso de la mejora, mas no para la fundacion de mayorazgo por la razon que se espone.=9, 10 y 11. Cuando el testador entrega la cosa y manifiesta espresamente querer que la fundacion hecha por testamento se entendiese hecha entre vivos, se hace irrevocable.=12 y 13. Variedad de opinion entre los comentadores, sobre si el legado por la tradicion pasa ó no á ser donacion entre vivos, bajo la distincion que usa Gomez, pues si pasa á ser donacion, será irrevocable, y si permanece legado, podrá revocarse hasta la muerte del testador: pase ó no, el legatario no debe recibir mas que el importe del legado, por el fundamento que se espone.=14. Los intérpretes se valen para decidir la cuestion propuesta sobre el legado, de la ley *Lucius*.=15. Caso que propone dicha ley.=16. Por dicha ley no se puede probar que el legado por la tradicion pase á ser donacion entre vivos, ni *mortis causa*, y de consiguiente que sea ó no revocable, ni dicha ley ni la autoridad de los comentadores pueden aplicarse á las circunstancias en que ponen su resolucio las leyes 17 y 44.=17. Se rebate la opinion de Tello, fundada en la ley *Lucius*, sobre que por la entrega de la cosa legada hecha *simpliciter* pasaba el legado á ser donacion entre vivos, y por esto pedia el legatario al heredero le entregase integro el precio del legado.=18. Contradiccion de Tello sobre esta cuestion.=19 y 20. Opinion de Matienzo impugnando la doctrina de Tello y repitiendo la de Gomez.=21. Se extracta y rebate la doctrina de Matienzo y de Tello.=22. Espone el señor Llamas la sentencia mas conforme á la ley real, á saber, que la mejora ó fundacion de mayorazgo, hecha en testamento siempre será revocable hasta la muerte del testador, aunque haya mediado la entrega de la posesion.=23. y 24. Esta doctrina es la que quiso seguir Matienzo, fundándose en las palabras de la ley real, pero se implicó con la doctrina de los comentadores del derecho comun: la adhesion de las opiniones del dechecho comun le hizo conformar á Gomez la decision de la ley real con la opinion del derecho comun.=25. Se rebaten las razones de Gomez, alegadas con este objeto.=26. Segun la decision de la ley real, no puede tener lugar la doctrina propuesta, ni puede aplicársele la distincion que hacen Gomez, Tello y Molina.=27. La ley 17 y 44 exigen para que la mejora y el mayorazgo no se puedan revocar que se hayan hecho por contrato entre vivos y que intervenga la entrega, por lo que haciéndose por testamento aunque intervenga la entrega, se podrá revocar.=28. Notiene aplicacion la distincion de Gomez, Tello y Matienzo, porque ó la entrega del mayorazgo ó mejora hecha en testamento se cree que la hace el testador con ánimo de hacer donacion, y entonces es inútil que la ley distinga el caso en que se haya hecho por contrato entre vivos ó por testamento, pues siempre se hacia irrevocable por la entrega, ó se cree que el testador la hace en consideracion á la disposicion testamentaria, y entonces es falsa la doctrina de los autores referidos, al decir que si se hace la entrega *simpliciter*, ó sin espresa mencion de la disposicion testamentaria, se entiende hecha con ánimo de donar y se hace irrevocable.=29. Los dos fundamentos espuestos obran en el caso de la mejora y del mayorazgo; sin embargo, hay entre uno y otro caso la diferencia que se espresa, por lo que no puede tener lugar la distincion espuesta en los mayorazgos, segun Molina.=30. Nueva razon en comprobacion de lo espuesto en el número anterior, por suponerse que por la entrega de los bienes del mayorazgo es indispensable que se haga donacion entre vivos ó que permanezca mayorazgo: se examina este supuesto.=31. Caso que cita Tello en que se declaró judicialmente que el legado por la entrega en vida del testador se hacia irrevocable: se desecha esta autoridad por no referirse las circunstancias que mediaron en la entrega.

4. Dispone la presente ley que el fundador de cualquiera mayorazgo lo pueda revocar cuando quisiere, aunque se haya hecho con autoridad real, ó por contrato, ó por cualquier última voluntad, á no ser que el que lo hizo por contrato entre vivos hubiere entregado la posesion de la

cosa ó cosas contenidas en el mayorazgo á la persona en quien lo hizo, ó á quien tuviere su poder, ó le hubiera entregado la escritura de fundacion ante escribano, ó se hubiese hecho el mayorazgo por causa onerosa con un tercero, como por casamiento ú otra semejante, no pudiéndose revocar en estos casos, á no ser que en la licencia que el Rey le dió se hallase la cláusula de poderlo revocar, ó al tiempo de hacer la fundacion se reservase el que la hizo en la misma escritura el poder de revocar-lo cuando quisiere, porque en estos dos casos lo podrá revocar.

2. Como la disposicion de esta ley es conforme á lo dispuesto en la ley 17, sin mas diferencia que en aquella se trata de la mejora del tercio, y en esta de la fundacion de mayorazgo, las mismas dudas que se suscitaron en la ley 17 deben tener lugar en la presente, y como en una y otra rigen los mismos principios, omito examinarlas aquí de nuevo, refiriéndome á lo dicho en la ley 17, reservándome tratar de aquellas que pasé en silencio en la ley 17, á fin de que con lo dicho en una y otra se tenga un suficiente Comentario para cada una de ellas.

3. La primer duda que se ofrece examinar es si el mayorazgo hecho por testamento será irrevocable por la entrega de la posesion de la cosa. Antonio Gomez, en la ley 17, número 24 al fin, dice que si la posesion de la cosa dejada en testamento se entrega *simpliciter*, sin hacer mencion de haberse dejado en testamento, se hará irrevocable, porque pasa el legado á ser donacion entre vivos; pero si la posesion se entrega con consideracion al legado no perderá su naturaleza y efectos, y quedará revocable, como lo prueba en el primer tomo de *var. res.*, cap. 12, número 4.

4. Tello Fernandez, en dicha ley, número 86, dice que por la mera tradicion del legado pasa á ser donacion entre vivos, y de consiguiente se hace irrevocable, por lo que se ve que Tello va conforme con Gomez en este punto, lo que es de notar, porque Matienzo, en el número 26 de la glosa 4, supone que se aparta de la doctrina del Gomez.

5. Pedro Peralta, citado por el señor Molina de *primogenitis*, libro 4, cap. 2, número 19, sin distincion ni diferencia, afirma que de cualquier modo que se entregue la posesion de la cosa dejada en testamento pasa á ser donacion entre vivos y se hace irrevocable.

6. Aunque los autores referidos y otros varios que citan fundaban su opinion en las leyes del derecho comun, siguiendo los mismos principios la aplicaban á las leyes 17 y 44 de Toro, las que espresamente disponen que para que la mejora de tercio ó fundacion de mayorazgo sea irrevocable, ha de ser hecha por contrato entre vivos, y ha de intervenir la entrega de la cosa. Esta disposicion de la ley es tanto mas eficaz para persuadir que solo por contrato entre vivos mediando la entrega de la cosa se hacia irrevocable el mayorazgo, cuanto diciendo la ley al principio que de cualquier modo que se haga la fundacion, bien sea por testamento ó por contrato entre vivos, se podria revocar, continúa esceptuando el caso en que se haya hecho por contrato entre vivos, y se haya entregado la posesion, con lo que claramente da á entender que haciéndose por testamento permanece revocable aunque medie la entrega de la posesion, ya se haga la entrega *simpliciter* ó por consideracion al legado, pues donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros.

7. Matienzo en la glosa explicada, número 27, se inclina á que la

mejora hecha en testamento permanece revocable aunque medie la entrega, y supone que esta es la opinion de Gomez, persuadido en el número 26 á que Gomez, en el número 24 de la ley 47 se separó de lo que habia dicho en el título 4, *var. res.*, cap. 42, número 4; pero en uno y otro lugar está conforme la doctrina de Gomez, bajo la distincion de si la entrega se hace *simpliciter* ó en consideracion del legado.

8. Molina, al número 20 del lugar citado, manifiesta conformarse con la distincion de Gomez, la que cree adaptable para el caso de la mejora, pero no para la fundacion de mayorazgo, porque rara vez sucederá que por la entrega de la cosa del mayorazgo se entienda que el fundador se apartó de su institucion, por cuya razon aconseja que cuando ocurra el caso se examine con mas cuidado en la fundacion de mayorazgos.

9. Habiéndose espuesto la variedad con que nuestros autores opinan en la duda propuesta, me ha parecido conducente detenerme á examinar los términos de la cuestion para hacer mas clara y convincente la resolucion que he manifestado arriba.

10. Segun esto parecerá que en ningun caso la mejora y mayorazgo hecho en testamento se hará irrevocable por la entrega; pero se debe decir que cuando el testador entregando la cosa espresamente manifestase que la fundacion hecha por testamento queria que se entendiese hecha entre vivos, se haria irrevocable pasando de última voluntad á contrato entre vivos.

11. Ni es voluntario el decir que hecha la mejora ó mayorazgo por testamento, y entregada la posesion, se ha de presumir que se hacia en virtud de la disposicion testamentaria, y de consiguiente que permanecia revocable.

12. Proponen los comentadores del derecho comun si el legado por la tradicion pasa ó no á ser donacion entre vivos, bajo la distincion que usa Gomez; unos dicen que permanece legado, y otros que se hace donacion entre vivos, como se puede ver en Tello, número 83, donde cita á varios. Conviene advertir aqui que pase ó no el legado por la tradicion á ser donacion entre vivos, no debe recibir el legatario mas que el importe del legado, pues la presente cuestion no se dirige á examinar si cuando el legado pasa á ser donacion por la tradicion haya de percibir el legatario despues de la muerte del testador segunda vez el importe del legado, reduciéndose únicamente la cuestion á indagar si el legado por la tradicion se hace ó no revocable, pues si pasa á ser donacion entre vivos será irrevocable, y si permanece legado podrá revocarse hasta la muerte del testador, conforme á la ley 4, ff. *de adempt. legat.*; de forma, que tanto cuando pasa á ser donacion entre vivos, como cuando conserva la naturaleza de legado, se reputa satisfecha la obligacion del legado por la tradicion que interviene, ó mas claro, se presume hecha *in solutionem legati*, que es la espresion de que usa la ley *Lucius Titius*, ff. 22 de *legatis. secundo*.

13. Se funda esta advertencia en el supuesto de la misma cuestion, que es si el legado por la entrega pasa á ser donacion entre vivos, ó permanece legado ó donacion *mortis causa*, que es lo mismo en cuanto á no ser irrevocable. Si pasa á ser donacion entre vivos deja por consiguiente de ser legado, y no estará obligado el heredero á entregar su importe al legatario despues de la muerte del testador; si permanece legado, ó se hace donacion *mortis causa*, se supone que la entrega hecha por el testador fue en satisfaccion del legado, con que en uno y otro caso basta una solucion sola.

14. Aunque son muchos los comentadores del derecho comun que tratan esta cuestion, como se podrá ver en Tello al número 83 y siguientes diciendo y afirmando unos que el legado por la tradicion no se hace donacion entre vivos, sino donacion *mortis causa*, y de consiguiente que permanece revocable; y otros al contrario pretenden que pasa á ser donacion entre vivos si la entrega se ha hecho *simpliciter* y no por consideracion del legado, unos y otros se valen de la ley *Lucius* para fundar su opinion.

15. Esta ley propone el siguiente caso sobre el cual recae su decision. Lucio Ticio legó á Publio Mevio su milicia (es un oficio ó administracion civil ó palatina, y el que lo ejercia recibia del público su salario, segun Cujacio en esta ley) ó el importe de ella, y habiéndole vendido el mismo Lucio entregó su importe á Mevio. Muerto Lucio pedia á su heredero Mevio la milicia ó su importe. Consultando el juriconsulto Celso sobre esta duda, responde, que el heredero no debe entregar el importe de la milicia si no prueba el legatario que el testador quiso que segunda vez se le entregase el precio del legado, pero si el testador no entregó todo el valor, sino solo una parte, le competia al legatario el derecho de percibir la restante hasta completar el valor de todo el legado, á no ser que probase el heredero que el testador revocó su voluntad.

16. Por poco que se reflexione sobre la resolucion de esta ley se comprenderá que por ella, ni se puede probar que el legado por la tradicion pasa á ser donacion entre vivos, ni que se haga donacion *mortis causa*, y de consiguiente que sea ó no revocable, como seria fácil hacer ver si de la resolucion de esta duda se infiriese una consecuencia cierta y segura para la inteligencia de la ley real; pero como se verá despues, ni la ley *Lucius*, ni la autoridad de los comentadores del derecho comun, que es el único fundamento con que cada uno apoya su opinion, sin alegar ley alguna en que fundarla, pueden aplicarse á las circunstancias en que ponen su resolucion la ley 17 y 44, escuso el tratar de intento esta duda del derecho comun, contentándome con notar las contradicciones en que incurren nuestros autores queriendo sacar de la ley *Lucius* el fundamento para la resolucion de la duda propuesta, conforme á las leyes reales.

17. Tello, al número 87, alega la decision de la ley *Lucius*, para probar que por la entrega de la cosa legada hecha *simpliciter* pasaba el legado á ser donacion entre vivos, y que por esta razon pedia el legatario al heredero le entregase íntegramente el precio del legado. En esto se ve se alucina Tello, porque si el legado pasa á ser donacion entre vivos, tan lejos está que por esta razon debiera el heredero dar al legatario el precio íntegro del legado, que antes bien esta era una razon clara y convincente para que el heredero no se hallase obligado á la pretension del legatario, pues si el legado por la entrega pasó á ser donacion, dejó de ser legado y se extinguió y por consecuencia no estaba obligado el heredero á satisfacer una deuda que se habia extinguido, y decir que en tal caso aun existia el legado, era destruir el supuesto de la conclusion, como se ha notado arriba.

18. Afirma tambien Tello, siguiendo á la glosa que cita al número 87, que la razon porque el legatario pedia al heredero el importe del legado era porque este habia pasado á donacion entre vivos, y á continuacion dice, que porque el legado habia pasado por la entrega á donacion entre vivos, la ley *Lucius* prohibia que el legatario exigiese del heredero el importe del legado, de que se manifiesta que por la misma razon por la que segun Te-

llo pedia y correspondia al legatario el importe del legado se lo negaba la ley, que es lo mismo que si dijera que la razon que le daba derecho para pedir el legado le prohibia poderlo pedir.

19. Queriendo Matienzo, en la glosa 4, número 26, impugnar la doctrina de Tello y la aplicacion que hace de la ley *Lucius*, dice que pasando el legado por la tradicion hecha *simpliciter* á ser donacion entre vivos, le parece correspondia al legatario despues de la muerte del testador pedir al heredero el importe del legado, porque sin hacer mencion del legado habia entregado en vida el testador el precio del legado, de que infiere que la ley *Lucius* no puede aplicarse para probar la opinion de Tello, á no ser que se diga que por la entrega hecha *simpliciter* se entiende que revocó el legado.

20. Continúa Matienzo, en el núm. 27, repitiendo la opinion que atribuye á Gomez, la que confirma con la ley 4, ff. *adempt. leg.*, y queriendo manifestar que á esta ley que dispone y declara revocable la voluntad del testador hasta la muerte no se opone la doctrina que deja referida al número 25, de que el legado por la entrega de la cosa pasa á ser donacion entre vivos y se hace revocable, dice que una vez que por la entrega pasa á ser donacion entre vivos, ya deja de ser legado, y no es de admirar se haga irrevocable; por lo que continúa diciendo, que si aconteciere el caso de que legase el padre al hijo alguna cosa particular, y le entregase la posesion de ella sin hacer mencion del legado, se haria donacion entre vivos, y no se podria revocar, y afirma que solo en este caso tendria lugar la doctrina de Tello.

21. De lo que dice aqui Matienzo se ve que admite la comun opinion de que el legado por la entrega hecha *simpliciter* pasa á ser donacion entre vivos, y que se hace irrevocable; pero si la entrega se hace en consideracion del legado no mudará su naturaleza y quedará revocable, cuya doctrina es la misma que sigue Tello. Se nota tambien que admite que cuando pasa el legado por la tradicion á ser donacion entre vivos se estingue el legado y deja de serlo, lo que habia negado antes ó afectado dudar, cuando impugnaba la consecuencia que sacaba Tello de la ley *Lucius*, como queda referido. Tambien admite la sentencia de Tello en el caso de que se legue una cosa particular y se entregue la posesion por el padre testador al hijo legatario sin hacer mencion del legado, y concediendo que en este caso pasa el legado á ser donacion entre vivos por derecho comun, y por el real á tenerse por mejora, segun la ley 26 de Toro, como lo confiesa el mismo Matienzo, no se alcanza por qué en el caso que el legado se haga de cosa indeterminada, como de la tercera parte de los bienes, y se entregue la posesion sin hacer mencion del legado, no ha de pasar á ser donacion entre vivos, y mejora de tercio irrevocable por haberse hecho la entrega de posesion, y con dificultad se podrá dar una sólida razon en que fundar la diferencia entre uno y otro caso.

22. Me he detenido á impugnar las aserciones de Tello y Matienzo, para que examinando el lector el peso de unas y otras elija la opinion que le parezca mas fundada, en la inteligencia que la sentencia, á mi parecer, mas conforme á la ley real es la que dejo insinuada arriba, de que la mejora ó fundacion de mayorazgo hecha en testamento siempre será revocable hasta la muerte del testador, aunque haya mediado la entrega de la posesion.

23. Esta opinion en realidad es la que quiso seguir Matienzo en el

número 24, fundándose en las palabras de la ley real; pero implicándose con las doctrinas de los comentadores del derecho comun en el caso de la tradicion del legado, le faltó la correspondiente claridad para expresar la diferencia que mediaba entre las doctrinas de los comentadores del derecho comun, y la decision de la ley real. La adhesion á las opiniones del derecho comun le hizo á Gomez incurrir en el inconveniente de conformar la decision de la ley real con la opinion del derecho comun.

24. Habia dicho en el número 24 de la ley 17 que la mejora del tercio hecha en testamento se podia revocar, aunque se entregase en vida la posesion de la cosa, fundándose en que no se habia hecho la mejora por contrato entre vivos, que era lo que pedia la ley para que por la entrega se hiciese irrevocable, como lo demuestran sus palabras, salvo si hecha la dicha mejora por contrato entre vivos. Hasta aqui sigue Gomez literalmente la resolucion de la ley real. Pasa á apoyar esta doctrina con la paridad del legado tomándola del derecho comun, y dice que el legado ó cualquier disposicion testamentaria siempre se puede revocar aunque medie la tradicion, y cita todo el tit. ff. de *adim: legibus* y la ley *Lucius*; pero teniendo presente la autoridad de la glosa en la ley *legatum* 36, de *legatis* 2, que afirma que por la tradicion se hacia el legado, donacion entre vivos, esplica la sentencia de la glosa diciendo que debe entenderse cuando la tradicion se ha hecho *simpliciter*, pero cuando se ha hecho con espresa mencion del legado no pasa á ser donacion entre vivos, sino que conserva la naturaleza del legado, y permanece revocable.

25. Si la paridad del legado era confirmatoria de la decision de la ley real, la distincion con que esplica Gomez la doctrina del legado debia tambien tener lugar en la decision de la misma ley, debiéndose entender con arreglo á dicha distincion la asercion de Gomez en la esposicion de la ley real. El no haber reflexionado esto le hizo creer á Matienzo que Gomez absolutamente y sin distincion afirmaba que la mejora hecha en testamento permanecia revocable aunque mediase la entrega de la cosa. No le sucedió así á Molina, quien en el número 2 del lugar citado afirma que mas bien parece deberse seguir la esposicion de Gomez y Tello, porque estos autores no dicen que por la entrega se haga irrevocable el mayorazgo instituido por testamento, cuando la entrega se hizo en consideracion del mayorazgo ó de la mejora, sino cuando la entrega se hizo *simpliciter*, en cuyo caso no se puede decir que la entrega se hizo en virtud del testamento, sino de una nueva donacion entre vivos que resulta de la entrega. Hasta aqui Molina.

26. Habiendo espuesto ya los fundamentos de los comentadores del derecho comun sobre la doctrina del legado, y la aplicacion que hacen de ella nuestros autores á la decision de la ley real, paso á demostrar á mi parecer que atendida la disposicion de dicha ley no puede tener lugar la duda propuesta, y que de ningun modo pueda aplicársele la distincion de que usan Gomez, Tello y Molina.

27. Dos requisitos piden la ley 17 y 44 para que la mejora y el mayorazgo no se puedan revocar. Primero, que se hayan hecho por contrato entre vivos. Segundo, que intervenga la entrega. De aqui se infiere que haciéndose por ejemplo el mayorazgo por testamento, aunque intervenga la entrega se podrá revocar, porque le falta el requisito de haberse he-

cho por contrato entre vivos, y de lo contrario era forzoso decir que inútilmente distinguía la ley entre mayorazgo fundado por testamento y por contrato entre vivos, si mediando la entrega se hacia irrevocable, pues antes bien debería ser su disposición que de cualquier modo que se hiciese la fundacion no se pudiese revocar, si se habia hecho la entrega.

28. Ni puede tener lugar la distincion de que se valen Gomez, Tello y Molina, atendida la disposicion de la ley real, porque ó por la mera entrega del mayorazgo ó mejora hecha en testamento se cree que la ejecuta el testador con ánimo de hacer donacion, ó en consideracion á la disposicion testamentaria. Si se dice lo primero, era inútil que la ley distinguiera el caso en que se habia hecho por contrato entre vivos de cuando se hacia por testamento, pues en uno y otro se hacia irrevocable en virtud de la entrega. Si se elige lo segundo se convence de falsa la doctrina de los autores referidos, que afirman que haciéndose la entrega *simpliciter*, esto es, sin espresa mencion de la disposicion testamentaria, se entiende hecha con ánimo de donar, y se hace irrevocable.

29. Los dos fundamentos que llevo espuestos obran igualmente en el caso de la mejora y del mayorazgo; sin embargo hay alguna diferencia entre uno y otro caso acerca de la duda propuesta, como lo observa Molina al fin del número 20 citado, donde dice, que aunque la distincion de Gomez se pueda admitir genéricamente en las mejoras, no debe tener lugar en los mayorazgos, y se funda en que insituido el mayorazgo por testamento, si se hace la entrega por el fundador, se ha de presumir ó que es por causa de nueva donacion libremente hecha, ó por causa de la fundacion antecedente del mayorazgo. Lo primero no se puede creer, no siendo de presumir que por la entrega haya querido el testador revocar la fundacion del mayorazgo, y si no la ha revocado se manifiesta claramente que la hizo en virtud de la disposicion testamentaria; por tanto encarga Molina que cuando ocurra esta duda en la fundacion de algun mayorazgo se examine con el mayor cuidado, á no ser que en el mismo acto de la entrega manifestase el testador que de nuevo instituia el mayorazgo.

30. En comprobacion de esto mismo se ha de suponer que por la entrega de los bienes del mayorazgo es indispensable que se haga donacion entre vivos, ó que permanezca mayorazgo: para decir que se hace donacion entre vivos no hay fundamento alguno, no siendo de creer que los bienes que deja el testador para que perpetuamente se conservasen en su familia se convirtiesen en una simple y pura donacion de que pudiese libremente disponer el donatario á su voluntad. Entre la donacion y el mayorazgo hay una diferencia notable, y asi dice Molina lib. 1, tít. 12, número 13, que los mayorazgos ni son última voluntad ni legados, fideicomisos, *relicta*, ni contratos, ni donacion entre vivos, sino una tercera especie; no sucede asi entre el legado y la donacion que ambos provienen de causa lucrativa, y asi dice la ley 36, ff. *de legatis* 2, *legatum est donatio testamento relicta*. Si permanece mayorazgo despues de la entrega es una prueba convincente de que el testador no se apartó ni revocó su fundacion, y como esta la hizo en testamento no puede ser irrevocable aunque haya mediado la entrega, porque segun la disposicion de la ley real no basta la entrega sola para hacer

el mayorazgo irrevocable, sino le acompaña el haberse hecho la fundación por contrato entre vivos, como se ha notado arriba.

31. Tello en el número 83 cita un caso en que habiéndose ventilado en juicio si el legado por la entrega en vida del testador se hacia irrevocable, se declaró que sí, cuya causa dice que patrocinó él mismo, pero como no refiere las circunstancias que mediaron en la entrega, no es facil de formar juicio de las razones que movieron al tribunal, y en todo caso siempre debemos confesar que *non exemplis, sed legibus judicandum est*.

Ley 45 de Toro, es la. 8.^a, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 4.^a, tít. 24, lib. 44 de la Novísima.

La posesion civil y natural de los bienes de mayorazgo se transfiera, muerto su tenedor, al siguiente en grado que deba suceder.

Mandamos que las cosas que son de mayorazgo agora sean villas, ó fortalezas ó de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion, se transpase la posesion civil é natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo debiere subceder en él, aunque haya otro tomado la posesion dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor la haya dado la posesion de ellas.

COMENTARIO A LA LEY 45 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. Se pasa á esponer la etimología de la palabra posesion, su naturaleza, especies, modos de adquirirla, efectos y modos con que fenece y acaba.—3. La posesion no trae su etimología á *positione sedium*, segun Donelo, sino del verbo *possum* y *sedere*, por lo que en sentido natural y gramático es la mera

detencion de la cosa.=4. Su etimología equivale á la facultad de poderse sentar en la cosa: se pasa á demostrar la conformidad de la posesion con las disposiciones legales.=5. Opinion de Bartolo de que la posesion consiste en el derecho de retener la cosa: la posesion consiste en el hecho de retener la cosa que se posee, no solo cuando se adquiere, sino tambien cuando se retiene despues de adquirida, segun se espone en los siguientes números.=6. Se espone la doctrina del derecho de *postliminio*, de la que se convence que la posesion consiste en el hecho y no en el derecho.=7. Se convence tambien de que el heredero sucede en los derechos del difunto, y para poseer los bienes debe aprehender naturalmente la posesion de ellos.=8 y 9. =Se convence tambien de que el dueño de una cosa, pierde la posesion de ella cuando se la hurtan, mas no el dominio.=10. Se rebate la definicion de la posesion, *jus tenendi et insistendi rem*, pues habria que decir que el que posee, tenia el *jus detinendi et possidendi*, lo que no se verifica en la muger que posee injustamente lo que le da su marido, y no obstante posee real y verdaderamente, y no tiene el derecho mencionado.=11. Lo contrario sucede cuando el señor de la cosa ó el justo poseedor es echado de la posesion por fuerza, pues deja de poseer y conserva el derecho *tenendi et possidendi*. =12. De lo dicho se deduce que la posesion no se define bien diciendo que es *jus tenendi et insistendi rem*. =13. El verbo poseer se compone segun Gomez, de poder y sentarse: por lo que la posesion es el derecho de insistir y tener la cosa poseida.=14. Contestacion de Donelo á este argumento, diciendo que son cosas muy distintas la facultad de poderse sentar, en el sentido que se toma en la posesion, y el tener derecho de insistir en alguna cosa por las consideraciones que espone.=15. Nuevo argumento sobre que pudiendo retener con el ánimo la posesion el que corporalmente deje un fundo, la posesion es el derecho de retener.=16. Contestacion de Donelo sobre que aun la posesion que se retiene con el ánimo, se refiere á la que se tuvo cuando se abandonó el fundo, la cual consistia en hecho y en derecho.=17. Esta retencion no compete solo al que justamente adquirió la posesion para que se pudiera decir que con el ánimo no se retenia la anterior detencion, sino el derecho de poseer que se habia adquirido al principio.=18. El que sale del fundo no tiene naturalmente la posesion, pero la tiene por interpretacion de derecho, por lo que se dice que esta razon de poseer consiste en derecho, segun se espone.=19. Se dice que la posesion es del cuerpo, porque por medio de este se adquiere su ser y existencia, y que es de derecho, porque recibe mucho de él.=20. De que la posesion sea de derecho, no se sigue que sea derecho, asi como de que sea del cuerpo no se deduce que sea cuerpo, segun se espone: se dice pues que la posesion mutúa mucho del derecho, porque cuando se trata de adquirirla, retenerla ó recuperarla, se presume que es una cosa que se tiene con el mismo derecho que las demas.=21. De aquí nace tambien el derecho de retener la posesion, la cual se puede retener con el ánimo, lo que no podría suceder no teniendo corporalmente la cosa.=22. De disponerse que aquel á quien se ha entregado la posesion de la cosa pueda valerse de la posesion del antecesor para la prescripcion, se entiende que permanecia la primer posesion.=23. Lo espuesto hasta aqui es tomado de Donelo, de quien no se separa Cujacio.=24. Tampoco se separa de este concepto la ley de Partida que se cita al decir que la posesion tanto quiere decir como ponimiento de pies.=25. La definicion de la posesion que dá la misma ley y en que parece fundarse en derecho, no es de la posesion en general, sino de una de sus especies.=26. Se pasa á tratar de las especies en que se divide la posesion.=27 y 28. Division de la posesion en justa é injusta, segun que se posee con buena ó mala fé.=29. Division de la posesion en civil y natural: opinion de algunos sobre que la natural es la que se retiene con el cuerpo, y la civil la que con el ánimo.=30. Opinion de otros sobre que la posesion civil y natural no son dos especies distintas de posesion sino dos modos distintos de poseer.=31. La opinion espuesta en el núm. 29 seria exacta si solo se tratara de la significacion de las palabras.=32. Aunque nunca han llamados las leyes posesion civil á la que se retiene con solo el ánimo, se puede llamar asi sin impropiedad en virtud de la ley que se cita del derecho romano.=33. La misma ley que habla de la posesion que consiste en derecho, no la llama civil.=34. La distincion de la posesion en civil y natural, no conviene á las palabras y sentido de las leyes que se citan.=35 y 36. Se prueba esponiendo las disposiciones de varias leyes de derecho romano, que la posesion civil, tomada por la que se retiene con el ánimo, no es una especie distinta de la natural y corporal, sino un modo diverso de poseer.=37 y 38. Ratificacion de esto mismo segun el principio de que la posesion se adquiere con el cuerpo y con el ánimo, y que se retiene con el ánimo la posesion adqui-

rida, de lo que se infiere que la posesion que se retiene con el ánimo es la misma que la que se tuvo con el cuerpo.=39. La posesion civil como contrapuesta á la natural, solo puede entenderse por la posesion justa y fundada en derecho, y la natural por la injusta ó destituida de él.=40 al 42. Se prueba la verdad de esta distincion espone- niendo una ley del derecho romano que dispone, que si el poseedor es interpelado deja de ser tenido por poseedor aunque con el cuerpo tenga la posesion, si por la contestacion en juicio duda del derecho de la posesion: la posesion que merece el nombre de civil no puede ser otra que la que consiste en derecho, por entenderse este el civil, el cual se supone justo y arreglado á la ley.=43. Nueva ratificacion de la doctrina espuesta, sacada de otra ley que declara que la muger que posee una cosa que compró su marido, mandando al vendedor que se la entregara á aquella, no posee por derecho civil, esto es, justamente.=44. Interpretacion de Cujacio sobre que la posesion civil es la justa ó fundada en derecho, y la corporal la injusta.=45. Do- nelo prueba que la posesion civil en contraposicion de la corporal, se distingue de esta en que aquella es justa y fundada en derecho y esta injusta y contraria á él.= 46. De las leyes espuestas se convence que la posesion que retiene con el ánimo la muger de la cosa donada por el marido es la misma en especie que la que tenia con el cuerpo, y de consiguiente injusta.=47. La posesion, pues, solo se divide en civil y natural ó justa ó injusta, ó de buena ó mala fé, pues la distincion de poseer con el ánimo ó con el cuerpo no pertenece á la sustancia de la posesion, sino al diverso modo de poseer.=48 y 49. Se pasa á tratar de los modos de adquirir la posesion: con propiedad solo hay uno y es el que se ejercita por el cuerpo aprehendiendo la cosa, y por el ánimo, ó voluntad y deseo de poseer.=50. Basta que el acto que in- ter venga equivaiga al corporal de la aprehension, aunque no se ejecute con los pies ni con las manos.=51. El acto del ánimo ha de ser personalmente nuestro: el del cuerpo puede ser ageno.=52 y 53. La aprehension es natural ó fingida: la primera se verifica en las cosas muebles y corpóreas, con las manos ó los pies: la segunda por actos que por interpretacion de derecho equivale á aprehension corporal como por la vista, por la tradicion abreviada, etc.=54. La posesion se adquiere, pues, por medio de una aprehension material y real ó fingida; pero mediando siempre acto corpóreo de verdadera ó fingida aprehension de la posesion.=55. Duda si por la ley ó estatuto podrá disponerse que en alguna cosa pase y se adquiera la posesion *ipso jure* sin ningun acto corpóreo de verdadera ó fingida aprehension de la posesion.= 56. Opinion de Gomez y Molina por la afirmativa.=57. Por derecho civil de los ro- manos no hay ley alguna que ordene pueda transferirse la posesion sin algun acto de verdadera ó fingida aprehension.=58. El fundamento de la opinion contraria con- siste en que por derecho natural se requiere la aprehension para adquirir la pose- sion de las cosas que se ocupan.=59. Contestacion de Covarrubias sobre que de aquí no se infiere que en las cosas adquiridas por haberse introducido la distincion de dominios, sea necesario tal acto, pues por derecho natural no se halla prohibida esta trasmision de la posesion, y por tanto se puede establecer por el derecho civil.= 60. Aunque la corporal detencion de una cosa solo se adquiere por la ocupacion por medio de acto corporal, no debe inferirse de lo que sucede en la detencion á lo que acontece en la adquisicion de la posesion.=61 y 62. Se esfuerza este argu- mento considerando que la posesion se adquiere por un acto de aprehension fingida, y no por esto se entiende derogado el derecho natural.=63. Confirma la distincion espuesta la costumbre que se observa en Francia, de que la posesion del difunto se transfiera á su heredero, sin acto de aprehension.=64. Una ley de Partida que se cita dispuso que se pueda transferir y adquirir la posesion sin ningun acto esterno de aprehension, por lo que no debe extrañar que la ley de Toro disponga lo mismo en cuanto á transferirse la posesion de los bienes vinculados por la muerte del poseedor del mayorazgo en el sucesor inmediato.=65 y 66. Se rebate la observacion de Go- mez sobre que si la ley no espresára que pasase la posesion natural solo se debia entender que pasaba la posesion civil, puesto que para aquella se requiere acto cor- póreo verdadero ó fingido.=67. Cuando se dice que por ministerio de la ley se trans- fiere la posesion ó se priva de ella al que la tenia, no debe entenderse esto mate- rialmente, sino legal y jurídicamente de los efectos que segun derecho causa la po- sesion.=68. La ley de Toro escedió á la de Partida y estatutos de Francia citados en comprender el caso de que un tercero se hallase en la posesion de los mismos bienes, segun Molina.=69 y 70. Duda sobre que la posesion que se transfiere por solo el ministerio de la ley sin acto esterno de verdadera ó fingida aprehension es en realidad verdadera y produce todos los efectos de la que se adquiere por la natural

aprehension: opinion de Gomez y Molina por la afirmativa y fundamento en que se apoyan.—74. La disposicion de esta ley no se limita á la posesion de los bienes sitios, sino que se estiende tambien á los muebles, con tal que sean de mayorazgo.—72. Duda sobre si la posesion que se transfiere por ministerio de la ley en el sucesor de mayorazgo es la misma ó diversa de la que tenia el antecesor.—73 y 74. Opinion de Gomez y de Molina porque es diversa, y fundamentos en que se apoyan.—75. Duda sobre si lo que dispone la ley sobre transferirse por su ministerio la posesion civil y natural, se ha de estender á la casiposesion.—76. Opinion de Molina por la afirmativa.—77. Question de si dos pueden poseer al mismo tiempo una misma cosa.—78. Opinion de Cujacio sobre que dos no podian poseer *insolidum* una misma cosa, civil ni naturalmente, justa ni injustamente, afirmando ser esta la opinion de los proculayanos, á cuyo favor se decidió la duda, y la contraria la de los Sabinianos.—79. Duda del señor Llamas sobre que no hubo tal resolucion á favor de los proculayanos.—80. Opinion de Donelo, Pichardó y Tellez en el sentido de la de Cujacio.—81. Opinion contraria de Bartolo, Mindano y Gerónimo de Oroz.—82, 83 y 84. Dictámenes de los jurisconsultos Paulo, Ulpiano y Juliano sobre que no pueden muchos poseer *in solidum* una misma cosa.—85. Reflexiones de Cujacio sobre la falta de autoridad de la ley que se cita formada por Pomponio.—86. De la ley que se espone se infiere que creyó que dos podian poseer á un tiempo una misma cosa.—87. Reflexiones de Cujacio sobre que no debe inferirse de dicha ley que Ulpiano fuese de la opinion mencionada.—88. Las dudas que suscita Ulpiano en la citada ley son con referencia á los que seguan la opinion de Sabino: se espone otra ley por la que se convence que Ulpiano no admitia que el despojado por fuerza de la posesion de una cosa, la retuviese y conservase.—89. Deducciones de lo espuesto en el número anterior.—90 y 91. Se rebate por Cujacio otro argumento tomado de una ley en que se dice, que cuando muchos se ponen en la posesion por decreto del juez, todos entienden que se han puesto en ella igualmente y no á proporcion del daño sufrido, de que se infiere que muchos poseen á un mismo tiempo una misma cosa.—92. Se pasa á examinar los argumentos que se propone Oroz en favor de su opinion.—93 y 94. Se rebate el primer argumento á favor de que dos pueden poseer una cosa *in solidum*, de decirse en dos leyes que solo con el ánimo retenemos la posesion, aunque otro haya entrado en ella y que si el que conserva con el ánimo la posesion no quiere volver al fundo, porque teme que se le repela, pierde la posesion.—94. Se rebate este argumento explicando la diferencia que hay entre entrar en el fundo y adquirir la posesion.—95. Segundo argumento de Oroz, fundado en una ley de que se infiere, que el que se ha ausentado á una feria y el que en su ausencia ocupa la posesion poseen juntamente.—96 al 101. Se rebate este argumento esponiendo la ley del número anterior.—102. Se explica el caso propuesto por Oroz, de que si el arrendatario vende el fundo y lo toma en arrendamiento del comprador, y á uno y á otro paga la pension, tanto el que locó la cosa al principio como el segundo locador, dice que tienen la posesion de ella.—103. Nuevo argumento fundado en que no solo posee civilmente la cosa dada en prendas al acreedor el dueño por razon de la propiedad, sino tambien el acreedor por razon de la prenda.—104. Se satisface á este argumento diciendo que no es cierto que el deudor la posea tambien al mismo tiempo por razon de la propiedad, porque siendo esta distinta de la posesion, puede obtener la una sin la otra.—105. Nuevo argumento que se puede formar con las leyes citadas, pues diciendo que el acreedor á quien se entregó la posesion de la cosa la posee naturalmente y que esta posesion no impide que el deudor continúe la prescripcion que tenia incoada en la misma cosa, y siendo necesaria la posesion para la usucapion, se deduce que el deudor tenia la posesion de la cosa, la cual tambien poseia el acreedor.—106. Contestacion de Cujacio á este argumento, diciendo que se ha establecido por razon de utilidad que el deudor continúe en la prescripcion, aunque no tenga la posesion de la cosa que ha dado en prendas al acreedor; sin que pueda graduarse de arbitraria esta esposicion cuando se dice en la ley que se cita, que el que dá una cosa en prendas continúa usucapiéndola por todo el tiempo que la cosa permanece en poder del acreedor.—107. De esta ley se convence que el deudor que prescribe en el caso espresado, no tiene la posesion de la cosa por las consideraciones que se espone.—108. De la misma ley se infiere que la cosa dada en prendas no la poseen á un mismo tiempo el acreedor y el deudor por las razones que se alegan.—109. Se rebate otro argumento de Oroz en favor de su opinion, formado de la disposicion de la ley que se cita, sobre que si despues de haber entregado el deudor un fundo al acreedor, un siervo de este le despojase de la pose-

sion, poseia aun en este caso el acreedor porque retenia la posesion por la persona de su siervo, de lo que deduce Oroz que se reconocen tres poseedores á un tiempo de una misma cosa, el señor, el siervo y el acreedor.=110 y 111. Se rebate otro argumento de Oroz, formado de la ley que se cita, donde se dice que pueden muchos pedir á un tiempo la exhibicion de un mismo hombre, de que infiere Oroz que son otros tantos los poseedores de dicho hombre.=112. Se prueba que el que todos pidan la exhibicion de un mismo hombre, no arguye que todos le posean, sino que todos tienen interés en dicha exhibicion, segun se verifica en el juicio de tenuta de bienes de mayorazgo.=113 al 115. Se manifiesta lo infundado del argumento de Oroz con el ejemplo que propone del usufructuario de un fundo y del señor de él á quien se da el interdicto *uti possidetis*, como á verdaderos poseedores.=116. Se prueba lo infundado del argumento del mismo propuesto con el ejemplo de dos usuarios ó fructuarios que pueden poseer una cosa, no respecto de la misma especie, parte ó uso, sino diversamente.=117. Nuevo ejemplo de Oroz, respecto del enfiteuta que posee natural y civilmente la cosa que se le ha dado en enfiteusis, no obstante que el señor del dominio directo retiene su posesion civil.=118 y 119. Se contesta y rebate este argumento.=120. Nueva dificultad que propone Oroz, con el ejemplo del marido y la muger, que dice poseen á un mismo tiempo el fundo dotal.=121. Se disuelve esta dificultad con la autoridad de Vinnio.=122. Nuevo ejemplo de Oroz, tomado de las servidumbres de ir, andar y llevar carruage que afirma se poseen por muchos á un tiempo.=123 y 124. Se prueba que la razon y el derecho resisten la pluralidad de poseedores *in solidum* de una misma servidumbre.=125. Se rebate otro argumento de Oroz sobre que el uso de las cosas públicas pertenece *in solidum* á todos.=126. Explicacion de Oroz de las leyes que se citan y que afirman que dos no pueden poseer *in solidum* una misma cosa, diciendo, que esto se entiende de la posesion respecto de una misma parte ó lugar de una cosa, porque podrán dos ó mas poseerla á un tiempo respecto de diversas partes ó lugares, como si uno aprehende el fundo por una parte por derecho de dominio, y otro despues, ó al mismo tiempo aprehende el mismo fundo por otra con derecho de usufructo, pues ambos poseerán todo el fundo por sus respectivos derechos.=127. Se rebate esta interpretacion como contradictoria y confusa, porque si cuando dos aprehenden corporalmente diversas partes de una cosa, se dice que se adquiere la posesion *in solidum* y por entero, se contraviene á las leyes que se propone Oroz interpretar y conciliar con su opinion, pues niegan que cada uno la posea por entero ó *in solidum*, y si se dice que se limita la posesion de cada uno á la parte que aprehendió, se contraviene á la ley que se cita, y que declara que la aprehension real de una parte de un fundo, se estiende con el ánimo á todo él y á cada una de sus partes, como lo reconoce Oroz.=130. Nueva razon sobre lo mismo, tomada á contrario sensu.=131. Las leyes citadas no establecen la incompatibilidad de poseer dos á un tiempo *in solidum* una misma cosa en la diversidad de causas ó títulos de poseer, sino en la cosa que se posee.=132 al 134. Suponiendo que el usufructuario tenga la posesion natural y corporal de la cosa que usufructúa como quiere Oroz, nada adelanta este autor con el ejemplo que propone, por las consideraciones que se aducen.=135 y 136. Argumento que propone Oroz contra la esposicion que ha hecho de dichas leyes reducido á que aunque sea cierto que sea compatible una posesion con otra en la parte del fundo que realmente ocupó el primer poseedor con una verdadera y natural posesion, no podria introducirse la posesion del segundo que empezó por una aprehension de una parte y lugar diverso, porque esta parte se ocupó realmente con una verdadera y natural aprehension, de que infiere que en dicha parte ó lugar no habia dos poseedores y posesiones.=137. Contestacion del mismo Oroz á este argumento, diciendo, que aunque la posesion que se adquiere corporalmente de una parte del fundo es real y se estiende á todas las demas partes, esto es por ficcion en cuanto el poseedor de una parte de un fundo no necesita andarlo todo, sino una parte, con tal que tenga ánimo de poseerlo todo, y siendo este ánimo incorporal no es repugnante que la posesion penetre en la parte que ocupó el poseedor corporalmente, lo que no podria decirse si se extendiese á las demas partes del fundo la posesion realmente.=138 al 142. Esta explicacion confunde la posesion con el ánimo que causa la estension de la misma y tambien confunde la estension con la posesion por las consideraciones que se esponen.=143. Es un error manifesto querer atribuir la incompatibilidad de dos posesiones *in solidum* de una misma cosa á la impenetrabilidad de dos cuerpos físicos, como pretende Oroz segun se espone.=144 y 145. Para conocer la incompatibilidad de que dos tuviesen á un tiempo la posesion de una misma cosa, basta la razon natural segun se manifiesta.=146. Aunque

el dominio, como derecho, tiene la naturaleza de incorporeal, no es penetrable ni compatible con otro, lo que ataca la doctrina de Oroz.=147. Se espone una ley romana por la que se convence que la incompatibilidad de dos posesiones á un tiempo no provenga de la impenetrabilidad de las mismas, sino de la imposibilidad de que dos puedan ejercer á un tiempo los actos de posesion.=148. No puede admitirse que dos sean poseedores á un tiempo de una misma cosa, cuando el despojado que justamente poseía no conserva y retiene la posesion en concurrencia de un usurpador y poseedor violento.=149. Queda pues clara, segun lo espuesto, la opinion de Cujacio, de que el que posee sea natural ó civilmente justa ó injustamente, ó no posee, ó posee solo.=150. Cuestion propuesta por Gomez de si una misma idéntica posesion de una cosa podian tenerla muchos á un tiempo: opinion por la negativa, con la que se conviene, no obstante hallarse mal fundada en dos leyes romanas que no se refieren á una misma idéntica posesion.=151. Nueva cuestion propuesta por Gomez, de si dos posesiones diversas de una cosa pueden estar en muchas personas: resolucion sobre que pueden encontrarse en distintas personas *in solidum*, en la una la civil y en la otra la natural, apoyándose en la diversidad de ejemplos que se esponen.=152 y 153. Se rebate esta esposicion porque ni el usufructuario tiene verdaderamente la posesion natural, ni el usuario ni el inquilino, y la natural que compete al enfiteuta feudatario y al que posee en precario es real y verdaderamente natural, pero es falso que en estos tres últimos casos el dueño de la cosa conserve en si ninguna posesion civil ni natural: el superficario si se le ha concedido la superficie por diez años ó mas, se reputa señor útil de la cosa como el enfiteuta, y tienen la posesion de la cosa con exclusion del señor del dominio directo.=154. La ley que cita Gomez no dice que el usufructuario y el usuario poseen *in solidum* una misma cosa, pues solo afirma que á uno y á otro se le concede el interdicto *unde possidetis*.=155. Tampoco es cierta la proposicion de Gomez de que hay dos especies de posesion, civil una y natural otra, porque en realidad no hay mas que una, aunque sean dos los modos con que se tiene, á saber, con justo título, lo que se refiere á la civil, ó sin título, lo que se refiere á la natural.=156. Es disculpable Gomez en sus equivocaciones, por haber escrito antes de Cujacio, pero no así Orozco, que escribió despues.=157. Igual incompatibilidad que hay entre dos posesiones *in solidum* de una cosa material, hay entre dos cuasiposiciones *in solidum*, de derechos ó cosas incorporeales.=158. Las cosas incorporeales se adquieren por la cuasiposesion, la cual se verifica con el ánimo y con el cuerpo, entendiéndose por este algun acto material que manifieste el ánimo y voluntad de adquirir la cuasiposesion.=159. Asi se observa en las servidumbres que se adquieren con la repeticion de actos que denotan el ánimo y voluntad de adquirir: se explica este modo de adquirir en las servidumbres afirmativas.=160. Se explica el mismo respecto de las servidumbres negativas.=161 al 163. Personas por cuyo medio se puede adquirir la posesion, á saber, por uno mismo, por sus hijos, por los siervos, ténganse en propiedad ó en usufructo, sean propios ó ajenos, ó comunes y por un extraño, con tal que la ocupacion la haga con ánimo de que la adquiera su principal.=164 y 165. Efectos que produce la posesion.=166. Se pasa á tratar de los medios de perderse la posesion.=167 y 168. Se pierde con nuestra voluntad cuando no tenemos ánimo de poseer aunque permanezcamos en la cosa, segun Cujacio y la ley que se cita, sin que obste la disposicion que se espone.=169. Sin nuestra voluntad se pierde cuando poseyendo por medio de colonos, se introduce otro en el fundo.=170. Contra nuestra voluntad, mudándose la condicion de la persona ó de la cosa, ó faltando la potestad natural para retenerla.=171. Modo de perderse por la invasion violenta.=172. Idem por decreto del magistrado.=173. Excepcion á la regla establecida de perderse la posesion de una cosa aunque no se quiera.=174. Se pasa á tratar de los medios de que podrá valerse el inmediato sucesor de un mayorazgo para conseguir la corporal ó material ocupacion de ellos que otro tiene.=175. Se distinguen tres épocas á que deben referirse las diversas leyes reales que rigen en el asunto.=176. Palacios Ruvios solo alcanzó la primera que comprende de 1505 á 1543.=177 y 178. Se rebate la opinion de este autor sobre que podrá el que se cree sucesor en el mayorazgo usar del interdicto *recuperandæ possessionis* contra el poseedor: las leyes en que se funda no disponen nada sobre este punto particular.=179. Opinion de Antonio Gomez sobre que no debe admitirse dicho interdicto.=180. Opinion de Palacios Ruvios sobre que el inmediato sucesor en quien se ha transferido la posesion puede usar el interdicto *retinendæ* para que no le perturbe en el goce de ella el que se mantiene en la ocupacion.=181. La segunda época comprende desde el año 1543 en que se publicó la ley 2, tít. 11, lib. 10 de la Novísima,

hasta que se derogó en parte su disposicion por la ley 3 dada en 1560. En esta época escribieron Gomez y Covarrubias.=182. Disposicion de dicha ley 2.=183 y 184. Ni Gomez ni Covarrubias hacen mencion de dicha ley 2, y de la doctrina que sientan y que se espone se deduce que no la tuvieron presente.=185. No cabe duda que siendo el juicio de tenuta un equivalente del de interin, así como en este caso no podian tener lugar los entredichos posesorios, igualmente eran inadmisibles en el de tenuta.=186. La tercer época tuvo origen en la disposicion de la ley 3 en 1560: disposicion de dicha ley.=187. Por esta ley los juicios sobre bienes de mayorazgo que antes eran de tenuta, se hicieron posesorios, por lo que Molina y los autores que le han seguido tratan de los de que podrá valerse el que se cree inmediato sucesor del difunto para la corporal ocupacion de dichos bienes: opinion de Molina.=188 y 189. Idem de Gomez, quien proponiéndose la duda de si el sucesor en el mayorazgo podrá valerse del entredicho *adipiscendæ* para conseguir los bienes del detentador, se declara por la afirmativa, citando varios autores estrangeros.=190. Fundamento de estos autores sobre que aunque en virtud de la ley se transfiera *ipso jure* la posesion en el sucesor, teniendo otro la natural detentacion, no es plena la posesion hasta que se aprehende, para lo cual se da aquel interdicto.=191. Esta razon es ilegal, porque de que otro tenga la natural detentacion no se constituye poseedor, ni impide que el sucesor posea.=192 y 193. Leyes romanas que cita Gomez en apoyo de su opinion, de las que infiere que cuando se transfiera el dominio de una cosa por derecho especial, compete al dueño, ademas de la accion vindicatoria, la personal.=194 al 196. Esta doctrina no es cierta como se prueba con el ejemplo de que al que hace depósito de una cosa, al que la presta y al que la da en locacion, le concede el derecho, ademas de la accion vindicatoria, la personal para que se les entregue la cosa, y no para que se les transfiera el dominio, y no obstante en los tres casos, el que usa de la accion personal, no habia adquirido el dominio de la cosa que pide por ministerio de la ley, sino por medio de la tradicion ó entrega.=197. Se espone otro ejemplo en comprobacion de lo dicho.=198 y 199. Aun concediendo á Gomez que fuese cierta su doctrina, nada adelantaria en lo que intenta probar, pues es preciso reconocer que cuando en una persona concurren la accion vindicatoria y la personal, esta degenera de su naturaleza y se limita á pedir por ella que se le entregue la posesion de la cosa y no el dominio de ella, como sucede en las acciones de depósito y comodato, etc.=200. Así en el caso de estipulacion de una cosa propia, no obstante no ser válida, subsiste la que se haga con el objeto de que se le restituya y entregue la cosa misma, segun la ley romana que se cita.=201. Aplicada esta doctrina al caso en cuestion, se pretenderá decir que por el interdicto *adipiscendæ*, no conseguirá el sucesor en el mayorazgo la verdadera posesion que ya se le habia transferido por el ministerio de la ley, sino la entrega y ocupacion material de la cosa misma, sin que esto impida que el interdicto sea remedio posesorio, el cual interdicto lleva por su naturaleza el pedir la verdadera posesion, pero en el caso presente se le limita su efecto y disposicion á pedir solamente la entrega y natural ocupacion de la cosa que se posee.=202. Esta esposicion es infundada, porque no hay ley que conceda dicho interdicto al sucesor en el mayorazgo.=203. Gomez cita en apoyo de su doctrina una ley romana que ordena que en virtud del edicto pretorio se ponga en la posesion de los bienes hereditarios al hijo pupilo que por haber muerto su padre sin testamento se le disputara la calidad de hijo.=204. En el caso espuesto no se transfere en el hijo *ipso jure* la posesion de los bienes hereditarios, sino que solo se le concede la accion ó derecho para pedir una posesion que nunca ha tenido, por lo que no es aplicable este caso al de la ley de Toro.=205. Se rebate la aplicacion que hace Gomez al caso espuesto de la disposicion de otra ley romana que habla del heredero que se presenta con testamento legitimo á pedir la sucesion y otro se opusiera.=206. Inconsecuencia de Gomez, puesto que resuelve, no compete al sucesor del mayorazgo el remedio *recuprandæ* contra un tercero que retiene los bienes.=207. Opinion de Molina sobre que el verdadero sucesor en el mayorazgo á quien se ha transferido la posesion civil y natural, puede intentar el interdicto *adipiscendæ* para constituirse poseedor actual y real, consiguiendo la actual posesion de bienes.=208. Fundamento de esta opinion en una ley romana que establece que aquel en quien se ha trasladado la posesion *ex constituto*, aunque sea civil y natural, puede usar del interdicto *adipiscendæ* para conseguir la actual y real tenuta y detentacion.=209. Dicha ley nada dice sobre que el mencionado poseedor puede pedir por el entredicho citado la actual tenuta y detentacion.=210 y 211. Molina estiende su opinion á que el sucesor del mayorazgo

puede usar tambien el remedio *recuperandæ* y aun acumular los tres interdictos con diversos respectos, pues podrá intentar el *adipiscendæ* para conseguir la actual tenuta, el *retinendæ* respecto de la posesion civil, y el *recuperande* respecto de la natural que otro le hubiese usurpado.==212. Costumbres y ejemplos que cita en su apoyo.==213. Esta doctrina es errónea, pues indica que son dos las posesiones, una civil y otra natural, lo que no es así, sino que los modos de retenerla son diversos. 214. Incurre tambien en el error de suponer que en una misma cosa pueden tener dos la posesion á un tiempo, lo que es falso, segun se ha probado ya.==215. Los ejemplos que cita no pueden prevalecer contra las leyes.==216. Están conformes con la opinion de Molina, Paz, Castillo, el P. Molina, Aguila y Villadiego.==217. Se sienta la doctrina de que el interdicto que propiamente compete al sucesor en el mayorazgo, es el de *retinendæ*, entendido por el de *uti possidetis*; así lo sienta Gomez, espresando la fórmula con que han de concluir su libelo los actores y que se espone.==218. Covarrubias afirma que podrá usar el *retinendæ*, y si despues de muerto el poseedor ocupó ó adquirió otro la posesion de los bienes del *recuperandæ*.==219 y 220. No es cierto como se arguye que el detentador de los bienes no turbe é inquiete al sucesor en el mayorazgo en no restituírselos, pues que no le deja usar de ellos y percibir sus frutos, por lo que puede valerse del interdicto *retinendæ* para que el detentador no le estorbe el uso de su posesion sin que se oponga á esto que la naturaleza del interdicto *uti possidetis* es de retener y conservar, por las razones que se espone.==221 y 222. Se espone el tiempo que señala la ley para introducir el juicio de tenuta ó de posesion, ó interdicto *retinendæ*.==223 al 225. El remedio de que se usa, aunque es posesorio, lleva siempre inherente y mezclada la propiedad, por lo que ha de probar el actor que es verdadero sucesor del mayorazgo, de cuya doctrina infiere Molina que en dicho juicio se han de admitir todas las escepciones concernientes á la propiedad.==226. Cuestion sobre si lo dispuesto por la ley de Toro se estiende al caso de que el sucesor en el mayorazgo sea el primer llamado á la sucesion por el fundador: opinion de Gomez por la afirmativa.==227. Se espone las tres razones en que apoya Gomez su opinion.==228. Opinion de Molina por la negativa: razones en que se apoya: debilidad de las mismas.==229. Se define quien sea tenedor del mayorazgo.==230. Se apoya dicha definicion con la disposicion de la ley 40 de Toro.==231. No es cierto que corresponda menos la cualidad de siguiente en grado al que sucede al fundador que á cualquiera otro de los ulteriores poseedores, segun se espone.==232 y 233. Se convence lo dicho con la doctrina de Molina que sienta como principio inconcuso en materia de mayorazgos, que la sucesion en ellos se defiende, no por derecho hereditario, sino de sangre.==234. Aunque las palabras de la ley no fueran aplicables al inmediato sucesor, sino á los ulteriores, no se deberia creer que habia razon de diferencia entre el inmediato y los demas, sino el disputarse mas frecuentemente la sucesion de los mayorazgos entre los sucesores inmediatos que con el primer llamado.==235. Nuevo argumento de Molina sobre que de aplicarse las palabras citadas de la ley al inmediato sucesor, se seguiria el absurdo de que la posesion de los bienes del mayorazgo pasase del fundador al primer poseedor, aunque el fundador al tiempo de su muerte no tuviese la posesion, lo que afirma es contra derecho y los estatutos de Francia é Italia.==236. Nuevo absurdo que dice el mismo autor se seguiria si en el caso de que el poseedor del mayorazgo hubiese entregado á otro en su vida la posesion de los bienes, se transfiriese aquella posesion por la muerte del fundador en el primer llamado.==237 al 239. Se prueba que no existen tales absurdos por las razones que se alegan.==240 y 241. D. Cristóbal de Paz, que sigue la opinion de Gomez, propone la duda de si el que ha obtenido una sentencia favorable en el juicio de tenuta, gozará el privilegio de reo en el juicio de propiedad, transfiriendo en su contrario la obligacion de probar el dominio: opinion del mismo por la negativa.==242. Esta opinion la estiende Paz aun al tiempo en que regia la ley 3.==243 al 245. Se espone las razones en que funda Paz tan estraña opinion.==246 al 250. Estrañeza que envuelve esta opinion. Si el juicio de tenuta conserva despues de la ley 3 la naturaleza del sumario que tenia por la 2, tambien debe conservar la calidad de ejecutivo que por la misma ley se le atribuia, pues por la ley 3 lo único que alteró en la 2, fue que la sentencia que antes recaia por esta sobre la tenencia, recayese despues sobre la posesion, de lo que se sigue que aquel en cuyo favor se dió la sentencia de vista debe ser puesto inmediatamente en la posesion de los bienes, y como por otra ley recopilada se denegó la suplicacion, quedó legítimo poseedor de los bienes, y como tal, exento del gravámen de la prueba en el juicio de propiedad.==251. Pretension de Paz sobre que el juicio de tenuta

que se hizo posesorio mixto, conserva despues de la ley 3, asi el nombre como la fuerza y efectos de la verdadera tenuta.=252. Se espone la contradiccion manifesta que envuelve esta asercion, pues si el juicio de tenuta era por la ley 2, un remedio posesorio, mero y puro, y se hizo mixto por la 3, implica que produjese el mismo efecto.=253 y 254. Quedando por el juicio introducido y seguido segun lo dispuesto por la ley 3, terminada y conclusa la causa de posesion, es claro que uno de los litigantes habia de ser declarado poseedor verdadero y puesto en la posesion por ser la sentencia ejecutiva y no admitir suplicacion, y de consiguiente transferia el gravámen de probar en el juicio de propiedad al que habia sucumbido en el de posesion.=255. Se prueba con un texto del derecho romano que el juicio de posesion debe preceder al de propiedad.=256. Siendo distinta la accion que se introducía por la ley 2, de la que por la ley 3, debia ser diverso el efecto de las sentencias.=257 y 258. Habiéndose hecho por la ley 3, segun confesion de Paz, el juicio de tenuta que por la ley 2 era de mera posesion de hecho y preparatorio del de posesion y propiedad, juicio de posesion de derecho, llevando en sí envuelta la causa de propiedad, debe reconocerse que la sentencia que recae en este juicio es declaratoria de la posesion de derecho, y el que la obtiene á su favor es verdadero y legítimo poseedor de hecho y de derecho.=259. Para demostrar la falsedad de la opinion de Paz, basta la peticion que se hace en la demanda del juicio de tenuta, y la fórmula con que se concibe la sentencia, y que se esponen.=260. El tiempo de seis meses señalado para interponer la demanda de tenuta se ha de entender quando el tener opositor no es coadyuvante, pues entonces no se tiene por tercer opositor.=261. Opinion de Molina sobre que no debe ser admitido el tercer opositor que pone su demanda despues de los seis meses, pretendiendo escluir el derecho de los colitigantes, á no que haga su oposicion antes de recibirse la causa á prueba ó al principio de haberse recibido: futilidad de la razon en que se apoya.=262. Opinion contraria de Paz, si bien reconoce que la de Molina debe ser admitida, atendida la equidad.=263. Práctica observada, segun dice D. Pedro Escolano, de admitir la nueva demanda ó tercera, mandando dar traslado á los demas interesados en la tenuta, sin perjuicio del estado de pleito, ó acordando que se tenga presente al tiempo de la vista.=264. Segun esta práctica, parece que el tercer opositor que viene á la causa sea eschuyente ó coadyuvante es admitido sin perjuicio de su estado, no solo al principio del término probatorio, ó durante él, sino aun despues, y demas que se espone.=265. Caso práctico, espuesto por el señor Escolano, sobre esta materia.=266 al 268. El caso espuesto choca con las leyes recopiladas que se citan, por lo que dicha práctica debe considerarse como un abuso de autoridad.=269 y 270. Se pasa á esponer el modo y forma con que debe circunstanciarse el artículo de la administracion de los bienes que suele introducirse pendiente el juicio de tenuta, segun la ley recopilada que se cita.=271. Los juicios de tenuta se han de ver en definitiva, y los artículos que tengan fuerza de ella por el número de jueces que se espresa.=Nota. Innovaciones efectuadas sobre esta materia por las últimas disposiciones legislativas. Acciones concernientes á mayorazgo que pueden ejercitarse en el dia: jurisprudencia del tribunal Supremo de justicia sobre este punto.

1. Dispone la presente ley que los bienes de mayorazgo, bien sean villas, fortalezas, ó de otra cualquier calidad, verificada que sea la muerte del poseedor, inmediatamente, y sin otro acto de aprension se transfiera la posesion civil y natural en el siguiente en grado que segun la disposicion del fundador hubiere de suceder en dichos bienes, aunque haya otro tomado la posesion de ellos en vida del poseedor, ó este se la haya dado.

2. Antes de tratar directamente de la disposicion de la ley conviene indicar la etimología de la voz *posesion*, su naturaleza, especies, modos de adquirirla, efectos que produce, y por último los medios con que fenecce y acaba.

3. La posesion no trae su etimología á *positio* y *sedium*, como lo indica Donelo en el lib. 3, cap. 6, de sus Comentarios del derecho civil, Heinneccio en el título de las Pandectas *de adquirenda possessione*, sino del ver-

bo *possum et sedere*, de que infiere que la posesion en sentido natural y gramático es la mera detencion de la cosa, bien estribe en algun derecho *in re* fuera del dominio ó no, por lo que define la posesion en el sentido civil y jurídico, diciendo, que es la detencion de una cosa corporal con ánimo de retenerla para sí, segun la ley 1, párrafo 9, ff. *de vi et vi armata*, y la ley 2, párrafo 1; ff. *pro herede*.

4. Establecido el origen ó etimología de la voz posesion, que equivale á la facultad de poderse sentar en la cosa que se posee, é indicada la definicion ó descripcion de la misma, que es mas adecuada para manifestar la naturaleza y propiedades de la posesion, paso á demostrar su conformidad con las disposiciones legales.

5. Quiere Bartolo con algunos que lo siguen, que la posesion se defina diciendo que *est ius insistendi res*, manifestando por esta definicion que la posesion consiste en el derecho de retener la cosa, y no en el hecho de tenerla; pero sin embargo constantemente se ha de confesar que la posesion no es otra cosa que el hecho de retener la cosa que se posee, no tan solamente al principio cuando se adquiere, sino tambien cuando se retiene despues de adquirida, como se convence con las razones siguientes.

6. Por derecho de postliminio se restituyen al que vuelve del cautiverio todos los derechos que antes le competian, segun el párrafo 5, *Instit. quibus modis ius patr. potest solvi*; y sin embargo la posesion que antes tenia no se les restituye ni se les reintegra en la usucapion incoada, debiendo principiarse de nuevo la usucapion, como lo dispone la ley 19, ff. *ex quibus causis maior*, en donde da por razon Papiniano que la posesion tiene mucho de hecho, y las causas de hecho no se comprenden en el postliminio, de cuya ley se convence que la posesion consiste en el hecho y no en el derecho, y aun cuando se quisiera negar que la posesion estaba ceñida al hecho de detener la cosa, era indispensable reconocer que no era derecho cuando no estaba comprendida en la restitucion de derechos que se hace al que vuelve de la cautividad en virtud del derecho de postliminio.

7. El heredero sucede en todos los derechos del difunto, y sin embargo para poseer los bienes de la herencia es indispensable que aprenda naturalmente la posesion de ellos, segun la ley 23, ff. *de adquirenda vel habenda possessione*; con que es claro que la posesion no es derecho.

8. Es constante que ninguno puede ser privado del derecho que le compete por otro, como por ejemplo quitándole la cosa que es suya, ó vendiéndola y entregándola á un tercero, en cuyo caso conserva íntegramente el dominio de la prenda ó cualquier otro derecho que tenia en la cosa hurtada ó enagenada, segun la ley 15, C. *de ping.*, la 7, C. *de rebus creditis*, y la 39, ff. *de negot. gestis*, y la 13, tit. 34, Partida 7; es asi que en este caso el dueño de la cosa hurtada pierde la posesion de ella con arreglo á lo dispuesto en la ley 3, párrafo *si rem*, y á la 15, ff. *de adquirenda possessione*; luego la posesion no es derecho, sino una cosa fundada en la detencion natural, la cual perdida se pierde la posesion.

9. Ninguno pierde el dominio de lo que es suyo aunque la cosa en que lo tenia haya salido de su poder, sin saber su paradero, por ejemplo hurtándose, cayéndose en un rio, ó de un carruaje, ó estraviándose de cualquier otra manera, porque el dominio es un derecho que una vez adquirido lo conserva, aunque se ignore el paradero de la cosa en que se tenia, se-

gun el párrafo último, *Instit. de adquirendo rerum dominio*, y sin embargo en estos casos se pierde la posesion, conforme á la ley 3, párrafo *Nerva*, ff. *de adquirenda possessione*.

10. Si la posesion se definiera *jus tenendi, et insistendi rem*, se habria de decir que todo el que posee tenia el *jus detinendi et possidendi*, y esto no obstante una y otra ilacion es falsa, pues la mujer injustamente posee lo que le da su marido, y sin embargo posee real y verdaderamente como se declara en la ley 1, párrafo *si ver.*, *de adquirenda possessione*, y la muger en este caso no tiene el derecho *possidendae, et insistendae rei donatae*, porque el derecho reprueba la donacion en términos que la ley 26, *de donatione inter virum et uxorem*, afirma que la muger no posee por derecho civil la donacion hecha por el marido.

11. Todo lo contrario sucede cuando el señor de la cosa ó el justo poseedor es echado de la posesion por fuerza, que en tal caso ya deja de poseer, segun la ley 5, ff. *de usurp., et usucap.*, y con todo el despojado conserva y retiene el derecho *tenendi et possidendi*, por cuyo motivo le concede el derecho la accion para recobrar inmediatamente la posesion, cual es el entredicho *unde vi* en la ley 17, ff. *de adquirenda possessione*, y la 1, ff. *unde vi*: ni con otro fin se le concede al señor la accion vindicatoria, sino para que se le restituya la posesion que por derecho le correspondia tener, ley 9 y 68 *de rei vindicatione*.

12. Si el que posee unas veces carece del derecho *tenendi et possidendi*, y otras el que tiene el *jus possidendi et tenendi* no posee, es claro que la posesion no se define bien diciendo que es *jus tenendi et insistendi rem*, porque la definicion y el definido son una misma cosa, y lo que se concede al uno debe concedérsele al otro, y lo que al uno se le niega niégasele al otro. Hasta aqui Donelo, á quien he seguido á la letra en el cap. 6 del citado libro 5.

13. Pasa el mismo autor á proponer y disolver los argumentos con que intentan persuadir que la posesion consiste en el derecho de ocupar ó insistir en la cosa, entre los cuales se halla Gomez al número 48 de la presente ley, que sigue en todo la definicion que Bartolo da á la posesion; y empezando por el que fundan en la etimología de la voz, dice que el verbo poseer, como deja ya indicado arriba, se compone de estas dos palabras, *poder* y *sentarse*, de forma que *possidere* sea lo mismo ó equivalga á poder sentarse en alguna cosa, y este poder de sentarse parece no es otra cosa que el derecho de insistir en lo que se posee, y de consiguiente que la posesion es el derecho de insistir y tener la cosa poseida.

14. Respondiendo Donelo á este argumento afirma son cosas muy distintas la facultad de poderse sentar en el sentido que se toma en la posesion, y el tener derecho de insistir en alguna cosa. El poder sentarse en la presente discusion se debe referir á la potestad natural, con la cual puede cualquiera asi por naturaleza como por el hecho mismo, insistir y mantenerse en la cosa cuando quiera, ó por el tiempo que le parezca, sin referencia á derecho. Aquel se entiende que posee, que de tal modo empezó á tener la cosa que pueda siempre que quiera repetir la posesion natural, esto es, corporal de la misma cosa, segun la ley 3, párrafo *Nerva*, ff. *de adquirenda possessione*, lo que no se verifica en aquel que tenga el derecho de insistir, porque privado de la facultad de repetir la cosa de hecho no conservaria el mismo derecho de retener.

45. Aun forman otro argumento en la posesion que se retiene y conserva con el ánimo. Es indisputable, y reconocen todos, que el que corporalmente deja ó sale del fundo, sin dejar á otro en la posesion, retiene con el ánimo la posesion del mismo fundo, como lo declara la ley 4, *C. de adquirenda possessione*, y el párrafo 1, *Inst. de interdict.*, y si esta posesion es la que se retiene con solo el ánimo, es preciso decir que ha de ser ó mera detencion, ó el derecho de tener la cosa; no es detencion, porque no se tiene la cosa corporalmente; con que es forzoso decir que es el derecho de retener.

46. Satisface Donelo á este argumento diciendo que aun la posesion que se retiene con el ánimo es aquella detencion corporal de la cosa que se tenia al principio cuando el poseedor adquirió la posesion del fundo, y se mantuvo en él, porque no se retiene y conserva otra posesion que la que se tuvo al principio; es asi que aquella era corporal fundada en la detencion y en hecho; luego la posesion que se retiene con el ánimo no es otra cosa sino la misma detencion corporal que se tuvo al principio.

47. Ni esta retencion compete únicamente al que justamente adquirió la posesion para que se pudiera decir que con el ánimo no se retenia la anterior detencion, sino el derecho de poseer que se habia adquirido al principio; porque el ladrón, que no tiene ningun derecho de poseer, conserva con el ánimo la posesion, á causa de que naturalmente se interrumpe la posesion cuando á uno lo echan por fuerza del fundo ó le toman la cosa, como se declara en la ley 5, *ff. de usuc. et usur.*

48. Dirá alguno es un manifiesto absurdo decir que retiene corporalmente la posesion del fundo el que ha salido de él; pero debe responderse que es cierto que naturalmente no tiene la posesion, pero la tiene por interpretacion de derecho, y por esto se dice que esta razon de poseer consiste en derecho, segun la ley 40, *C. de adquirenda possessione*. Se dice que consiste en derecho, porque el derecho reputa y considera al que quiere retener la posesion con el ánimo, como si verdaderamente poseyera, esto es, la tuviera corporalmente. Se reputa que cualquiera tiene la posesion corporalmente cuando sale del fundo ó deja la cosa de las manos, si puede cuando quiere volver á la posesion corporal: no se entiende que uno posee ni que dure por mas tiempo que el que le dura esta facultad, ley 3, párrafo *Nerva. ff. de adquirenda possessione*.

49. Se dice que la posesion es del cuerpo, porque por medio del cuerpo se adquiere su ser y existencia; se adquiere principalmente con el cuerpo, y se retiene por todo el tiempo que podemos volver á la posesion corporal cuando queramos, segun la ley 3, *in princ.*, y el párrafo *Nerva ff. de adquirenda possessione*, y se dice que la posesion es de derecho, porque recibe mucho de él, como lo manifiesta el mismo Papiniano al principio de la ley, donde dice que la posesion mutua mucho de derecho: *plurimum ex jure possessio mutuatur*.

20. De que la posesion sea de derecho no se sigue que sea derecho, asi como de que sea del cuerpo no se deduce que sea cuerpo. Se dice, pues, que la posesion mutua mucho del derecho, porque aunque ni sea derecho ni cosa incorporeal que consista en derecho, cuando se trata de adquirirla, retenerla ó recuperarla se presume, por la utilidad que de ella resulta, que es una cosa que se tiene con el mismo derecho que las demas cosas, y de aqui nace el derecho que se necesita para adquirirla, en virtud del cual se

ha establecido que la podamos adquirir por las mismas personas por las que adquirimos las demas cosas, lo que no sucederia si la posesion no se reputara por cosa, sino se considerará como un hecho, porque los hechos con relacion al siervo no salen ni pasan de su persona, segun el párrafo 2, *Inst. de stip. serv.* Tambien se ha establecido que los que no pueden adquirir las demas cosas no adquieran tampoco la posesion, como sucede á los siervos, en quienes de otro modo podria subsistir la posesion, asi como subsisten los demas hechos, segun el párrafo citado de las instituciones.

21. De aqui nace tambien el derecho de retener la posesion, la cual se puede retener con el ánimo, conforme á la ley *nemo 10 C. de adquirenda possessione*, lo cual no podria suceder no teniendo corporalmente la cosa, si cuando corporalmente salimos del fundo no se entendiera que permanecia alguna cosa que la retenemos con el ánimo.

22. Tambien aqui se halla dispuesto acerca de transferir la posesion que aquel á quien se le ha entregado la posesion de la cosa ó ha sucedido en ella pueda valerse de la posesion del antecesor para la usucapion, ley *de actionibus 44 ff. de divers. tem. presc.*, lo que no podria suceder sino se entendiera que permanecia la primer posesion, y esto en términos de poder transferirse en otro, como en las demas cosas.

23. Lo dicho hasta aqui es tomado de Donelo en el citado cap. 6, de quien no se separa Cujacio, en lo substancial de la esposicion de la ley 49, del jurisconsulto Papiniano en el tit. *ff. de adquirenda possessione*.

24. No parece se separa de este concepto la ley 1, tit. 30 de la Partida 3, cuando afirma que posesion tanto quiere decir como ponimiento de pies, en cuya descripcion no aparece sombra de derecho, sino la material insistencia en la cosa.

25. Es cierto que la misma ley con referencia á los sabios antiguos dice: «que posesion es tenencia derecha, que home há en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo, é del entendimiento,» en cuyas palabras da á entender que la posesion ha de ser justa, y de consiguiente que se ha de fundar en derecho; pero esta descripcion ó definicion no es de la posesion en general, sino de una de sus especies, como manifestaré despues.

26. Habiendo espuesto la naturaleza ó descripcion de la posesion en general, se sigue tratar de las especies en que se divide.

27. En primer lugar se divide la posesion generalmente tomada en justa é injusta: una y otra participan de la naturaleza de la verdadera posesion, aunque se diferencian en los efectos, porque la justa la favorece el derecho, y á la injusta la detesta.

28. Se reconoce esta division por la ley 3 (entre otras), párrafo 5, *ff. de adquirenda possessione*, en donde el jurisconsulto Pablo refiere la sentencia de Labeon, que decia que en materia de posesion no habia mucha diferencia entre poseedor justo ó injusto. La misma distincion de especies hace dicha ley 3 en el párrafo penúltimo, aunque con palabras diferentes, diciendo que una cosa se puede poseer con buena fé ó sin ella, ó con mala; y como el que posee con buena fé posee justamente, y el que con mala de un modo injusto, se sigue necesariamente que la posesion en un caso ha de ser justa, é injusta en el otro.

29. Tambien se divide la posesion en civil y natural, y pretenden algunos que posesion civil es la que se retiene con solo el ánimo, y natural la que se conserva con el cuerpo, y fundan esta distincion en la ley 10, C.

de *adquirenda possessione*; en la que el emperador Constantino dice que hay dos razones de posesion, que una consiste en el derecho, y otra en el cuerpo, y esplicando esta distincion ó division de posesiones pretenden que si uno ausentándose de su fundo no deja quien lo posea, y al mismo tiempo no quiere perder la posesion que tenia, este se dice que posee civilmente, y si deja á otro en la posesion del mismo fundo para que la tenga en su nombre se dice que posee naturalmente.

30. Otros por el contrario sostienen que la posesion civil y natural no son dos especies distintas de posesion, sino dos modos diversos de poseer, por lo que se hace preciso manifestar lo que los jurisconsultos antiguos han opinado en esta materia.

31. Si únicamente se tratara de la significacion de las palabras á fin de averiguar si propiamente se puede llamar posesion civil la que se retiene con solo el ánimo y natural la que con el cuerpo, no habia la menor duda en que se pudiesen llamar asi, sin que lo repugnase la significacion natural de las palabras, ni el uso del derecho, porque la posesion natural en frase de derecho se dice corporal, á causa de ser la que se aprende con el cuerpo.

32. Aunque nunca hayan llamado las leyes posesion civil á la que se retiene con solo el ánimo, sin embargo se puede llamar asi sin impropiedad, en virtud de la ley citada del C., que espresamente afirma que la posesion que no consiste en el cuerpo, sino que solo se retiene con el ánimo, consiste y se funda en el derecho, y las cosas que consisten en él se dice sin impropiedad que son civiles, asi como las obligaciones, sus causas y las acciones se llaman civiles, párrafo 1, *Inst. de obligationibus*, párrafo *sed iste sint de actionibus*. Es, pues, cierto que si tan solamente se trata de si convienen las palabras á las cosas que se quieren esprimir por ellas vulgarmente, es preciso confesar que son correspondientes á las palabras de la significacion que se les da.

33. He dicho que nunca han llamado las leyes posesion civil á la que se retiene con solo el ánimo, no porque niegue que las leyes distinguen entre posesion civil y natural, y poseer civil y naturalmente, sino porque la única ley que habla de la posesion que consiste en derecho, que es la 10 C. de *adquirenda, possessione*, no la llama civil, sino que se contenta con decir que consiste en el derecho.

34. Si se trata de examinar la opinion de los autores que dividen la posesion en dos especies diversas, á saber, de civil y natural, es forzoso reconocer que esta division no conviene ni es adaptable á las palabras y sentido de la ley 1, párrafo *dejicitur*, y 10, ff de *vi*, ni á la ley 2, párrafo 1, ff. *pro herede*.

35. En la ley 19, párrafo 9 se dispone que al que posee, bien sea civil ó naturalmente, si es despojado de la sucesion le compete el *interdicto unde vi*, porque dice la ley que la posesion natural pertenece á este *interdicto*, y en el párrafo 10, pasando á especificar casos, declara que si la mujer ha sido despojada de la posesion de la cosa que le dió su marido, podrá usar del *interdicto*, pero no el colono si lo arrojan del fundo. La posesion que la mujer tiene en la cosa donada por su marido todos saben que es injusta por estar prohibida la donacion entre marido y mujer, y en la ley 2, despues de declarar que cuando se dice que ninguno puede mudarse la causa de poseer, se ha de entender, no solo de la posesion civil, sino de la na-

tural, resuelve que el colono y el depositario, ni aquel á quien se ha prestado la cosa puede usucapir como heredero: de que se ve que esta ley supone que el colono tiene posesion natural en el fundo.

36. Si á la posesion natural é injusta que tiene la muger en la cosa que le ha dado su marido se contrapone la civil, es necesario confesar que por posesion civil se entiende la que es justa, y si á la que tiene el colono, que es una mera detencion, se contrapone otra posesion, ha de ser la verdadera natural y corporal, y de consiguiente en uno y otro caso se han de suponer dos distintas posesiones y dos diversos poseedores, lo que es conforme al dictámen de los que siguen la opinion dicha, que suponen dos géneros diversos de posesion, de tal modo distintos que no puedan tener lugar en una misma posesion y persona: es asi que la posesion que se tiene con el cuerpo y la que con el ánimo no son posesiones diversas, sino una misma, á causa de que el que con el cuerpo está en el fundo y naturalmente lo posee, si despues lo deja y sale de él no adquiere una nueva posesion, sino que mantiene con el ánimo la que tenia antes con el cuerpo, y de consiguiente no adquiere nada de nuevo, porque si adquiriera alguna nueva posesion no podria en virtud de ella continuar la usucapion incoada, á causa de que esta requiere la continuacion de la misma posesion, segun la ley 3, ff. *de usur., et usuc.*; luego es claro que la posesion civil, tomada por la que se retiene con el ánimo, no es una especie distinta de la natural y corporal, como pretenden los autores de esta division, sino un modo diverso de poseer.

37. Aun se persuade esto mismo hasta la evidencia, si se reflexiona que es principio sentado en la materia que la posesion se adquiere con el cuerpo, y con el ánimo, como lo dice la ley 3, ff. *de adquirenda possessione*, y que se retiene con el ánimo la posesion adquirida, segun la ley 30, párrafo 5 del mismo título, luego es claro que la posesion que se retiene con el ánimo es la misma, sin que pueda ser diversa de la que se tuvo con el cuerpo, porque era incurrir en un absurdo y manifiesta contradiccion contra el sentido natural y genuino de la palabra retener, el referirla á una cosa que antes no se habia tenido, por lo que se hace incuestionable que la posesion que se retiene con el ánimo, si se le da el nombre de civil, no es distinta ni diversa, sino la misma que se tiene con el cuerpo, que se llama natural ó corporal.

38. En el párrafo 3 *Institutionum. de interdictis*, y en la ley 4, C. *de adquirenda possessione* se repite el mismo principio, de que solo con el ánimo se retiene la posesion; es asi que la posesion que se retiene con el ánimo no puede ser otra que la adquirida con el cuerpo, segun la propia y natural significacion del verbo retener, luego se convence que si á la posesion que se retiene con el ánimo se le da el nombre de civil, no puede ser distinta en especie de la natural ó corporal, sino una misma cosa con ella, que se diferencia en el diverso modo de poseer, y por lo tanto siendo la posesion que se retiene con el ánimo la misma en especie que se adquirió con el cuerpo, en virtud de ella se puede continuar y completar la usucapion, que no es otra cosa que continuacion de la posesion por el tiempo señalado por la ley segun la ley 3 *de usurp.*

39. Supuesto que la posesion que se retiene con el ánimo, si se quiere darle el nombre de civil, no es distinta en especie de la que se llama natural, como queda demostrado, corresponde hacer ver que la posesion civil, como contrapuesta á la natural ó corporal, solo puede tomarse y entenderse

por la posesion justa y fundada en derecho, y la natural por injusta ó destituida de él, que es la division que se propuso arriba.

40. Entre otras leyes, la 10 citada del C. *de adquirenda possessione* convence y persuade la verdad de esta distincion. No puede dudarse que si alguna posesion merece y le corresponde el nombre de civil, no puede ser otra que la que consiste en derecho, por entenderse este el civil, cuando trata de una materia de que no ha dispuesto el derecho natural ó divino. Tampoco puede dudarse que lo que consiste en derecho civil es justo y arreglado á la ley, que por su naturaleza lleva el ser justa, con que la posesion civil en contraposicion de la natural se ha de tener por justa y arreglada á derecho, y esta por injusta y contraria á él, porque de otro modo serian una misma cosa, y solo se diferencian en las palabras.

41. Aun esplica la misma ley este concepto, cuando afirma que ambas posesiones, esto es, la que consiste en derecho, y la que en el cuerpo son legítimas si nadie reclama contra ellas; pero si el poseedor es interpelado deja de ser tenido por poseedor, aunque con el cuerpo tenga la posesion, si por la demanda y contestacion en juicio duda del derecho de la posesion, que es lo mismo que decir, de la justicia con que posea; con cuyas palabras se declara con la mayor especificacion, que despues de la interpelacion hecha al poseedor deja de serlo en derecho, aunque posea la cosa corporalmente, que es lo mismo que decir, que deja de poseer ó de ser justo poseedor, aunque injustamente retenga la posesion con el cuerpo, pues en un mismo sentido nadie puede dejar de ser y ser á un mismo tiempo, sin una manifiesta contradiccion é implicancia.

42. Si el que duda del derecho de la posesion no se tiene por poseedor, segun la ley, es porque no posee justamente, pues de otro modo no deberia atribuir la causa de no poseer á dudar del derecho de la posesion, y cuando al mismo tiempo admite que posea corporalmente la cosa, manifiesta necesariamente que ha de ser en un sentido contrario al anterior, que no puede ser otro que el de poseer injustamente.

43. La ley 26, ff *de donationibus inter virum et uxorem*, presenta el mas claro testimonio de que la posesion civil es y se reputa por justa; hablando el jurisconsulto Pablo del caso en que el marido que habia comprado una cosa mandase al vendedor que le entregase la posesion de ella á la muger del comprador, afirma que en tal caso la muger no poseerá por derecho civil, que es lo mismo que decir que no poseería justamente, por estar prohibidas por derecho las donaciones entre marido y muger, y con alusion á esto mismo declara la ley 16, ff. *de adquirenda possessione*, que lo que mutuamente se dan los consortes, lo poseen *pro possessore*, que es lo mismo que decir que poseen corporalmente, pero contra derecho é injustamente.

44. Cujacio en la prefacion al título del C. *de adquirenda possessione*, esponiendo la disposicion de la citada ley 10, entiende por posesion civil la justa ó fundada en derecho, y la corporal por injusta, como contrapuesta á ella; por lo que afirma que la cosa donada por el marido á su muger la posee esta natural ó corporalmente, pero no civilmente, por ser ilícita la donacion.

45. Donelo en el capítulo 7 del citado libro 5 establece y prueba latamente que la posesion civil en contraposicion de la corporal se distingue de esta en que aquella es justa y fundada en derecho, y esta injusta y contraria á él.

46. De las dos últimas leyes citadas se infiere y convence que la posesion que retiene con el ánimo la muger de la cosa donada por el marido es la misma en especie que la que tenia con el cuerpo, y de consiguiente injusta, porque nadie puede mudarse la causa de poseer, sea civil ó naturalmente, segun la antigua y vulgar regla repetida en varias leyes, y entre otras en la 33, párrafo 1, ff. *de usurp. et usuc.*: *ibi ipsum sibi, causam possessionis mutare non posse*, y en la 2, párrafo 1, ff. *pro herede*, y tambien se deduce que la posesion que se retiene con el ánimo, en tal caso no puede decirse civil, por ser injusta.

47. Queda, pues, probado que la posesion solo se divide en dos especies, de civil y natural, que equivale á justa é injusta, ó lo que es lo mismo á poseer con buena ó mala fé, y que la distincion que se hace de poseer con el ánimo ó con el cuerpo no pertenece á la substancia de la posesion, sino al diverso modo de poseer, como sucede cuando alguno posee por otro, como acontece en el colono ó inquilino que poseen en nombre del dueño de la propiedad, verificándose que el dueño es el que verdaderamente posee pero por distinto medio y no por su persona, como se espresa en el párrafo 5, *Institut., de interdictis*, y otros varios textos del derecho.

48. Siguese tratar ahora de los modos de adquirir la posesion, y ha blando con propiedad y precision debe decirse, que en realidad solo hay uno, y es el que se ejercita por el cuerpo y por el ánimo, á causa de que uno y otro han de concurrir junta y simultáneamente, de forma que no puede adquirirse ni con solo el cuerpo ni con solo el ánimo, sino que ha de intervenir uno y otro, como se ordena en la ley 3, párrafo 1, ff. *de adquis. possessione*.

49. Cuando se dice que ha de intervenir el cuerpo se entiende que ha de mediar algun acto corporal que manifieste ó denote la aprehension de la cosa que se ha de poseer, segun el párrafo 3 de la misma ley, y por ánimo se ha de entender la voluntad y deseo de poseer, como se indica en la ley 1, párrafo 3 *eod.* y la 41 *eod.*

50. Cuando se dice que ha de intervenir acto corporal, no se entiende que ha de ser precisamente de tal especie que se ejecute con los pies ó con las manos, que á la verdad es el mas propio para adquirir la posesion natural, como se indica en la ley 1, párrafo 4 *eod.*, sino que basta que el acto que intervenga equivalga al corporal de la aprehension, como despues se dirá; y aunque parezca que en la ley 19, párrafo 21, y en la 31 *eod.* solo se requiere el ánimo, en realidad interviene un acto que equivale al corporal, como se ve en las espresadas leyes, y solo se denota que no es necesario el mas comun y ordinario con que se ejecuta la aprehension por ministerio de manos ó pies.

51. Aunque estos actos del cuerpo y del ánimo han de concurrir simultáneamente sin que baste el uno sin el otro, como se ha dicho, hay no obstante una diferencia entre ellos digna de notarse, y es que el ánimo ha de ser personalmente nuestro, y el cuerpo puede ser ageno, segun se espresa en la ley 3, párrafo 12. La causa de esta diferencia consiste en que nadie puede querer sino para sí mismo, por ser un acto que inmediatamente depende de la voluntad propia, á diferencia del que se ejecuta con el cuerpo, que indistintamente puede hacerse por el nuestro ó por el ageno.

52. La aprehension ó es natural ó fingida; la primera se verifica en

aquellas cosas que siendo muebles y corpóreas se reciben con la mano, y tambien las que se hacen con los pies en las cosas inmuebles, como por ejemplo entrando en un campo, en fincas vinculadas ó en un terreno, sin que sea necesario para aprehender el todo de una finca entrar en cada una de sus partes, sino que bastará aprehender una de ellas, para que se entiendan aprehendidas todas, ni tampoco es necesario insistir naturalmente con continuacion en la aprehension, siendo suficiente haber hecho la aprehension una vez para continuar en la posesion como espresamente se dice en la ley 3, párrafo 1, ff. *eod.*

53. La fingida es aquella que se ejerce por medio de un acto que por interpretacion de derecho equivale ó tiene fuerza de aprehension corporal, como por la vista, por la entrega de llaves ó del instrumento del contrato, por la tradicion que se llama abreviada, por la custodia ó guarda que se pone á la cosa, ó la marca con que se señala por el constituto, por la investidura alusiva de la entrega del bonete ó espada, por la retencion del usufructo, y por la conduccion que hace el vendedor de la cosa vendida, de cuyos actos de aprehension y de posesion hace espresa mencion Gomez en el comentario á esta ley desde el número 43, en donde cita las leyes comprobantes del derecho civil de cada uno de ellos, donde podrán verse.

54. De lo dicho se infiere que la posesion se adquiere por medio de una aprehension material y real, ó fingida, designada por algun acto interpretativo de la aprehension verdadera, de forma que siempre intervenga un acto corpóreo de verdadera ó fingida aprehension, bien sea en la adquisicion de la posesion por título particular ó universal.

55. A consecuencia de esto resulta la duda si por la ley ó estatuto podrá disponerse que en algun caso pase y se adquiera la posesion *ipso jure*, sin que intervenga ningun acto corpóreo de verdadera ó fingida aprehension de la posesion.

56. Con motivo de disponer la presente ley de Toro que muerto el testador del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado que hubiere de suceder en él, han examinado este punto los comentadores de dicha ley como puede verse en Gomez al número 144, y entre otros el señor Molina en el capítulo 12 del lib. 3, de *primogenitis*, aunque así este autor como el Gomez convienen en que la ley pudo disponer que se transfiriese la posesion civil y natural en el sucesor del mayorazgo, sin que intervenga ningun acto de verdadera ó fingida aprehension, y esponen los fundamentos de su opinion.

57. Quien á mi parecer examina con mas claridad y solidez este punto es el señor Covarruvias en el lib. 3, de sus Varias, capítulo 5, número 6. Antes de entrar á esponer las razones que persuaden la justicia de la disposicion de la ley, y satisfacer á los argumentos que la combaten é impugnan, será bien advertir que por derecho civil de los romanos no hay ley alguna que ordene pueda transferirse la posesion sin que intervenga algun acto de verdadera ó fingida aprehension.

58. El principal fundamento de la opinion contraria estriba en que por derecho natural se requiere la aprehension para adquirir la posesion de las cosas que se ocupan.

59. Haciéndose cargo de este argumento el señor Covarruvias en el

lugar citado, afirma que aunque sea cierto que por derecho natural sea necesaria la natural y verdadera aprehension de aquellas cosas que no eran de alguno, por no haberse introducido la distincion de dominios, esto no obstante, dice que no se infiere que en las cosas ya adquiridas por haberse introducido la distincion de dominios sea necesario por derecho natural el acto de aprehension para adquirir la posesion de ellas, fundándose para ello en que por derecho natural no se halla prohibida esta transmision de la posesion, y por lo tanto se puede establecer por derecho civil, si lo tiene por conveniente el legislador; y haciéndose cargo de lo que dispone la ley 1, ff. *de acquirenda possessione*, y la 1, ff. *de acquirenda rerum dominio*, que fundan su adquisicion en la razon natural con que insisten en la cosa, dice que aquella espresion se refiere á la corporal detencion, que se diferencia mucho de la posesion civil y natural.

60. La corporal detencion de una cosa no se puede adquirir de otro modo que por la ocupacion que se ejecuta por un acto corporal, y por lo tanto no debe inferirse de lo que sucede en la detencion á lo que acontece en la adquisicion de la posesion, aunque es cierto que cuando no se habia introducido la distincion de dominios, las cosas comunes, y que no estaban en potestad de ninguno las adquiria por derecho natural el primero que las ocupaba. No se infiere de esto que el mismo derecho natural hubiese prohibido que la ley positiva humana introdujese otra forma de adquisicion, de que deduce el señor Covarruvias que puede la ley humana por utilidad de la república y comodidad de los hombres establecer que las fieras, los animales indómitos y los peces de los rios y del mar pasen al dominio y posesion de alguno, sin que intervenga la ocupacion material ó corporal.

61. Aun se convence mas esto mismo de la doctrina inconcusamente recibida por los autores, de que la posesion se adquiere por un acto de aprehension fingida, porque si por derecho natural se requiere un acto de verdadera aprehension, no puede la ley positiva humana hacer que baste un acto de aprehension fingida, que en realidad no procedió, porque con semejante ficcion se derogaria el derecho natural, lo que no es permitido segun los mismos autores.

62. Si acaso se dijere que la ley positiva humana por justa causa, interpretando la ley natural, podia establecer que por un acto de aprehension fingida se adquiriese la posesion conformándose con esta doctrina infiere el señor Covarruvias, que tambien por justa causa podrá establecer la ley positiva humana, que sin intervencion de ningun acto de aprehension fingida se transmita y adquiera la posesion.

63. Tambien apoya y confirma la disposicion de la ley de Toro, con la costumbre que se observa en Francia, de que la posesion del difunto se transfiera á su heredero, aunque sea extraño, sin que intervenga ningun acto de aprehension.

64. Consiguiente á estos principios dispuso la ley 7, tít. 4, de la Partida 3, que si alguno hiciese donacion á otro de cierta cosa hasta tiempo señalado, valdria la donacion hasta aquel dia, y de alli en adelante se transferiria la posesion y dominio de la cosa á quien hubiera mandado el donante, bien fuese su heredero ó algun otro tercero: en donde se ve que la posesion de la cosa donada al primero se transfiera al segundo, sin que intervenga ningun acto de verdadera ó fingida aprehension. Si, pues, la

ley de Partida reconoció y dispuso que se puede transferir y adquirir la posesion sin que medie ningun acto esterno de aprehension, no debe estrañarse que la ley de Toro dispusiese lo mismo en cuanto á transferirse la posesion de los bienes vincula dos por la muerte del poseedor del mayorazgo en el sucesor inmediato.

65. Añade la ley que se entienda que pasa la posesion civil y natural en lo que nota Gomez una particularidad especial, porque dice que si la ley no espresara que pasase tambien la posesion natural, solo se debia entender que pasaba la posesion civil, porque adquiriéndose *ipso jure* por ministerio de la ley, no deberia entenderse adquirida la posesion natural, que requiere para su adquisicion un acto corpóreo verdadero ó fingido.

66. A esta observacion de Gomez se satisface diciendo que no encierra ninguna particularidad la disposicion de la ley, porque aun cuando no espresara que se adquiriese la posesion natural, debia entenderse adquirida, porque como queda arriba demostrado, la posesion es solo una en realidad, y solo se diferencia en el modo con que se tiene: si se conserva con el cuerpo, se llama natural, y si con el ánimo en ausencia se la reputa por civil, sin que la posesion civil y natural se divida en dos especies distintas.

67. Mas consideracion merece la otra particularidad que añade la ley, de que se transfiere la posesion en el siguiente en grado, aunque haya otro tomado la posesion de los bienes en vida del testador del mayorazgo, ó él mismo haya dado á otro la posesion de ellos, pero sin embargo debe reconocerse que pudo la ley privar al que estaba en posesion de los bienes de la posesion de ellos, asi como pudo transferir la posesion en el inmediato sucesor, sin que interviniese ningun acto de aprehension, pues no es mas difícil lo uno que lo otro. Cuando se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesion, ó se priva de ella al que la tenia, no debe entenderse esto materialmente porque la ley no puede hacer que el que no tiene una cosa la tenga, ó el que la tiene la deje de tener, sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que segun derecho causa la posesion, y asi lo que la ley dispone es que la posesion que se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénticos efectos que si se hubiera transferido por medio de un acto corporal de aprehension, y priva al anterior poseedor de los efectos legales que le competian en virtud de la posesion.

68. En suma, en lo que la ley de Toro escedió á la ley de Partida, y á lo establecido por los estatutos de Francia é Italia que transferian la posesion sin que mediase ningun acto de aprehension, fue en que dicha ley quiso comprender en su disposicion el caso de que un tercero se hallase en la posesion de los mismos bienes, como lo observa el señor Molina en el cap. 42, del lib. 3, número 7.

69. Podrá dudarse si la posesion que se transfiere por solo el ministerio de la ley sin intervencion de algun acto esterno de verdadera ó fingida aprehension es en realidad verdadera y produce todos los efectos de la que se adquiere por la natural aprehension. Gomez entre otros en el número 444, párrafo *et in tantum*, se propone esta duda, y el señor Molina en el número 13 del citado cap. 42, y ambos convienen en que la posesion que se transfiere por el ministerio de la ley es real y verdadera, y produce los mismos efectos que la que se adquiere por la natural aprehension, y fundan su opinion en que la posesion que se adquiere por un acto de aprehen-

sion fingida todos la tienen por real y verdadera, y la atribuyen todos los efectos propios de la posesion, como se manifiesta por las leyes que se han citado del derecho civil, y se corrobora por el capítulo 3, *contigit, de dolo et contumacia*, en donde se dispone que si el actor no ha podido ser puesto en la verdadera posesion de los bienes del reo contumaz, se tenga el actor por verdadero poseedor pasado el año: es así que el acto de aprehension fingida no es mas eficaz para suplir la aprehension verdadera que la disposicion de la ley que ordena se adquiera la posesion por solo su ministerio sin intervencion de ningun acto esterno, luego si por la aprehension fingida se adquiere la verdadera posesion con todos sus efectos, lo mismo debe decirse en el caso de la disputa.

70. Aun se convence esto mismo con menos palabras y mas claridad, porque si la ley ha podido hacer que la aprehension fingida produzca todos los efectos de la verdadera, no se alcanza cómo ha de poder negarse que pueda sola la ley suplir las veces de la aprehension fingida, que nada tiene de realidad.

71. La disposicion de esta ley no se limita únicamente á la posesion de los bienes, sitios ó raices, sino que se estiende tambien á los muebles, con tal que sean de mayorazgo ó esten vinculados, como lo persuaden sus palabras, en donde hablando de los bienes de mayorazgo espresa, que bien sean villas ó fortalezas, ó de otra cualquiera calidad, muerto el tenedor del mayorazgo, pase la posesion civil y natural en el siguiente en grado.

72. Es duda mas de lujo que de utilidad la que suscitan los autores acerca de si la posesion que se transfiere por ministerio de la ley en el sucesor del mayorazgo es la misma ó diversa de la que tenia el antecesor: digo que esta cuestion es mas de lujo que de utilidad, porque los mismos idénticos efectos produce en un caso que en otro.

73. Antonio Gomez examina esta duda al número 114 de la presente ley, y despues de haberse propuesto los argumentos y razones que parece persuaden que la posesion que se traspasa es la misma que tenia el difunto, resuelve que era diversa y distinta, fundándose entre otras razones en que dispone la ley que la posesion se transfiera en el sucesor del mayorazgo, aunque otro la haya tomado en vida del poseedor ó despues de su muerte; porque si el poseedor ya la habia perdido antes de morir, no podia ser la misma, sino diversa y distinta, la que se transferia en el sucesor.

74. El señor Molina trata esta misma cuestion en el libro 3, capítulo 12, número 22 de *primogenitis*, y sigue la opinion de Gomez.

75. Tambien es duda concerniente á esta materia si lo que dispone la ley acerca de transferirse por su ministerio la posesion civil y natural se ha de entender á la casiposesion, que es la posesion de los derechos incorporeales.

76. El señor Molina se propone esta duda en el número 23 del lugar citado, y se declara por la parte afirmativa citando á Menchaca de *succ. resol. lib. 1*, párrafo 10, números 25, 26 y 27, donde afirma que la misma razon milita para que se transfiera la casiposesion por el ministerio de la ley que la posesion; y á la verdad bien considerado si por la ley se suple la aprehension verdadera y ficta en la posesion de las cosas corporales, con mayor razon se ha de suplir la aprehension ficta en los derechos y cosas incorporeales.

77. Antes de pasar á esponer los efectos que causa la posesion, y los

diferentes modos con que se pierde y acaba, corresponde examinar aqui, como en lugar oportuno, la interesante cuestion de si dos pueden poseer á un tiempo una misma cosa.

78. Cujacio trata en términos espresos esta duda en el lib. 9, cap. 32 y 33 de sus observaciones, y en el Comentario á la ley 3, párrafo 5, ff. *de adquirenda possessione*, y supone que esta cuestion trae su origen de los jurisconsultos antiguos, discípulos ó sectarios unos de Próculo, y otros de Sabino, de los cuales unos siguiendo al primero, negaban que dos pudiesen tener á un tiempo la posesion de una misma cosa, y los discípulos del segundo afirmaban lo contrario, y en esta variedad de dictámenes supone tambien Cujacio se decidió la disputa á favor de los discípulos de Próculo, que sostenian que no podian poseer dos *in solidum* una misma cosa civil ni naturalmente, ni justa ni injustamente, cuya sentencia sigue y abraza Cujacio en los lugares citados.

79. Sin embargo de que tengo por mas fundada y cierta la opinion de este autor, puede dudarse de su asercion por lo que respecta á haberse decidido la duda á favor de los sectarios de Próculo, por no poder negarse que hasta nuestros dias ha continuado desde entonces la misma disputa, y puede afirmarse sin riesgo de equivocacion que son mas los modernos que han seguido la sentencia de Sabino y los suyos que la de Próculo.

80. Del dictámen de Cujacio son entre otros Donelo en el lib. 5, capítulo 6, párrafo *notandum*, de los Comentarios del derecho civil, y en la esposicion de la ley única *C. uti possidetis*, número 8, Valencia en el lib. 1, tratado 2, cap. 3, número 14 y siguientes, Pichardo en el lib. 4, tít 15 *institutionum de interdictis*, número 44, y Gonzalez Tellez en las notas al cap. 9 decretal. *de probationibus*, número 17, con otros.

81. La contraria opinion la defienden entre otros muchos Bartolo en el Comentario á la citada ley 3, párrafo 5, ff. *de adquirenda possessione*, Pedro Federico Mindano en su tratado *de adquirenda possessione*, que muy de intento examinó el punto, á quien sigue don Gerónimo de Oroz en el lib. 4. cap. 10 de su obra *de apicibus juris*, donde con el mayor empeño examina este punto, proponiendo los fundamentos de su opinion, y respondiendo á los de la contraria, por lo que me he propuesto hacerme cargo de todos sus argumentos, despues de proponer los fundamentos que alega Cujacio y los que le siguen, para manifestar la debilidad de las razones con que intenta apoyar Oroz su opinion.

82. El jurisconsulto Paulo, en la ley 3, párrafo 5, ff. *de adquirenda possessione*, habla tan decisivamente en este punto, que nada deja que desear en la materia; afirma que muchos no pueden poseer totalmente *in solidum*, una misma cosa, y se funda para ello en que es repugnante á la naturaleza el que lo que uno tiene, lo tenga tambien otro. Refiere á continuacion la opinion del jurisconsulto Sabino, que afirmaba que la cosa dada en precario la poseía el que la recibia y el que la daba, y tambien la de Trevacio, que opinaba que podian dos poseer una misma cosa, el uno justa y el otro injustamente; pero no injustamente los dos, ó justamente los mismos; y por último, concluye que no es menos difícil y repugnante que una misma posesion la puedan tener dos á un tiempo, que el que uno esté en el lugar que ocupa otro, ó que se sienta donde ya haya alguno sentado.

83. El jurisconsulto Ulpiano en la ley 5, párrafo 15, ff. *commodati*, afir-

ma en términos espresos que el dominio ó posesion de una cosa no puede ser de dos *in solidum* al mismo tiempo.

84. Ultimamente, el jurisconsulto Juliano en la ley 19, ff. *de precario*, sostiene que no es mas fácil que dos posean una misma cosa *in precario*, que por fuerza ó clandestinamente, y concluye que no pueden unirse y juntarse dos posesiones, aunque sean justas ambas, ó injustas.

85. Se hace cargo Cujacio de que el jurisconsulto Pomponio en la ley 15, párrafo 4, ff. *de precario*, despues de decir que no cabe duda en que adquiere la posesion el que pidió el precario, suscita la duda de si poseerá tambien el que lo dió, y resuelve que uno y otro poseerán, con la diferencia de poseer con el cuerpo el que lo ha recibido, y con el ánimo el que lo ha dado, porque no ha perdido la voluntad de poseer; y en satisfaccion de este testimonio de Pomponio dice Cujacio que dicha ley se tomó de los escritos que formó Pomponio comentando al jurisconsulto Sabino, y como este admite dos poseedores á un tiempo, siguió la opinion del que comentaba; pero como se declaró despues que la sentencia de Labeon era mas fundada, y que solo poseía el que recibió el precario, no debe darse mas valor á la citada ley de Pomponio que á la sentencia y opinion de Sabino, que se abandonó por infundada.

86. En la ley 3, ff. *uti possidetis*, propone el jurisconsulto Ulpiano la duda á quien competirá el entredicho si dos poseen *in solidum* una misma cosa, y la resuelve con esta distincion de casos; si yo poseo con justa causa y tu por fuerza ó clandestinamente, si de mí has adquirido la posesion, me compete el entredicho contra tí, pero si la has adquirido no de mí, sino de un tercero, ninguno de los dos podrá usar del entredicho, porque tú y yo poseemos; de que se infiere que Ulpiano creyó que dos podian poseer á un tiempo una misma cosa.

87. Haciéndose cargo Cujacio de este argumento en el capítulo citado de las observaciones, dice que las palabras de que usa la ley, a saber, *si quis proponeret*, indican que hablaba en la suposicion de que se tuviese por cierta la opinion de Sabino y Trevacio, pero no porque Ulpiano la reconociese por tal, y que en el caso que se propone de que Ticio, por ejemplo, posea por fuerza ó clandestinamente de mí ó de otro, solo él posee, y no yo, aunque yo le venceré con el entredicho si de mí tiene la posesion por fuerza ó clandestinamente, porque aunque en realidad no posea yo, se me reputa como poseedor, y me compete el entredicho *unde vi* ó el de la posesion clandestina, como se resuelve en la ley 17, ff. *de adquirenda possessione*, en donde el mismo Ulpiano declara que el que ha sido despojado por fuerza se debe considerar como si poseyese, por competirle el entredicho de fuerza. Si el que ha sido despojado por fuerza de la posesion en realidad no posee, sino el que lo ha despojado, segun Ulpiano, ¿cómo podria conciliarse que en la ley 3 citada fuera su ánimo confirmar y admitir que el despojado y el despojante poseían á un mismo tiempo la cosa?

88. De lo dicho se convence que las dudas que propone y suscita Ulpiano en la citada ley 3, ff. *uti possidetis*, son con referencia á los que seguan la opinion de Sabino. Para mayor convencimiento de esta verdad, y dar un testimonio irrefragable de que el jurisconsulto Ulpiano no admitia que el despojado por fuerza de la posesion de una cosa la retuviese y conservase, basta tener presente que el mismo jurisconsulto en la ley 1, párrafo 4, ff. *de vi, et de vi armata*, afirma que el entredicho *de vi* se concede al despojado

por fuerza para que recupere la posesion, y lo mismo repite en el párrafo 32 de la misma ley.

89. Si, pues, el despojado recobra por el entredicho *de vi* la posesion que habia perdido, es claro que no la tenia, y aun cuando las leyes no hablan con tanta espresion é individualidad en esta materia, la misma razon natural bastaba para convencerse cualquiera que no es posible, sin incurrir en una vergonzosa contradiccion, afirmar que uno puede recuperar lo que no ha perdido, ó retener lo que le han quitado, y asi los defensores de la opinion de que dos pueden poseer á un tiempo una misma cosa, es necesario que nieguen abiertamente las leyes que afirman que el despojado por fuerza de la posesion no posee, y si el despojante, que son bastantes, asi en el título ff. *de adquirenda possessione*, como en el *de vi*, sino que tambien han de negar que el entredicho *unde vi* competa y se conceda al que ha perdido la posesion por fuerza para recobrarla, como lo afirma el emperador Justiniano en el párrafo 6, *institut. de interdictis*.

90. Otro argumento se propone Cujacio sacado del párrafo 48 de la ley 43, ff. *de damno infecto*, en el que se dice que cuando muchos se ponen en la posesion por decreto de juez, todos entienden que se han puesto en ella igualmente, y no á proporcion de la parte del daño que ha sufrido, y de que se ha de resarcir; de que parece inferirse que muchos poseen á un tiempo una misma cosa. A este argumento satisface Cujacio diciendo que aunque es cierto que muchos se ponen en la posesion *in totum*, es en virtud del primer decreto del juez que se da, no para que posean, sino para cometerles la guarda de la cosa, cuya esposicion se confirma y comprueba con lo que se dispone en los párrafos 20 y 21, en donde se dice en el primero que puede á uno ponérsele en la posesion, sin que por eso se entienda que se le manda poseer, y en el segundo se declara que no se entiende que el pretor por el hecho de poner á uno en la posesion inmediatamente le manda poseer.

91. Aun se convence esta esposicion con mayor claridad en el párrafo 23 de la ley 3, ff. *de adquirenda possessione*, en donde el jurisconsulto Paulo gradúa de grande necesidad al jurisconsulto Quinto Mucio porque ponia entre los géneros de posesion, aquella que se tenia en virtud del decreto del magistrado para custodia de la cosa, ó porque no se habia afianzado del daño causado, porque dice que cuando el juez pone en posesion por alguna de estas dos causas no se entiende que concede la posesion, sino la guarda ó custodia de la cosa.

92. Habiendo espuesto ya los argumentos que se habia propuesto Cujacio contra su opinion, pasó á hacerme cargo de los que propone Oroz en comprobacion de la suya, y manifestar su poca solidez.

93. Al número 6 del citado cap. 40 pretende inferir del número 7 de la citada ley 3, que por la comun opinion de todos los jurisconsultos se establece en dicha ley que dos pueden poseer una misma cosa *in solidum*, cuando dice que solo con el ánimo retenemos la posesion, aunque otro haya entrado en ella, y lo mismo dice que se infiere de la ley 7, en donde afirma el mismo Paulo que si el que conserva con el ánimo la posesion no quiere volver al fundo, porque teme que se le repela, pierde la posesion, de que deduce que antes de perderla el que la tenia con el ánimo, se verificaba que dos poseian una misma cosa, á saber, el que habia entrado en el fundo y el que retenia con el ánimo la posesion.

94. Para que este argumento probase el intento que se propone Oroz

debía hacer constar que entrar en el fundo y adquirir la posesion todo era una misma cosa, lo que no es fácil acreditar, por ser cosas muy diversas segun el jurisculto Ulpiano en el párrafo 1 de la ley 10 *eod. tit.*, en donde con referencia á Pomponio dice que una cosa es poseer y otra muy diversa estar en la posesion, como sucede á los que tienen la cosa por causa de custodia ó por daño causado, los que dice no poseen, sino que estan en posesion, y lo mismo sucede y debe afirmarse del que entra en un fundo por todo el tiempo que el verdadero poseedor conserva con el ánimo la posesion, porque en tal caso, como afirma Cujacio en el Comentario al párrafo 6 de la ley 3, el que ha entrado en el fundo estando ausente é ignorante el poseedor lo tiene ú ocupa corporalmente, y el dueño conserva la posesion.

95. Otro argumento con que intenta fundar su opinion Oroz lo toma de la ley 6, párrafo 1, ff. de este título, en donde con referencia á Labeon dice Ulpiano que dos pueden ser poseedores de una misma cosa, cuando afirma que el que se ha ausentado á una feria, y el que en su ausencia ocupa la posesion, poseen juntamente, porque así como ninguna posesion se adquiere sin concurrencia del ánimo y del cuerpo, tampoco se pierde si no concurren ambos requisitos; es así que el que fue á la feria retiene el ánimo de volver al fundo, con que conserva la posesion, y tambien el que ocupó la posesion se declara en la misma ley que posee clandestinamente, con que se infiere claramente que dos poseen *in solidum* una cosa á un mismo tiempo.

96. Para satisfacer á este argumento se ha de suponer con Cujacio que esta ley pertenece al título de prescripciones, y que en su primera parte dispone que el que empezó á poseer clandestinamente una cosa no la puede prescribir, aunque despues creyese que tenia justo título para poseerla porque principió con mala fe, y al contrario el que empezó á poseer con buena fe, aunque despues se ocultase ó celase del dueño, no interrumpiria la prescripcion incoada; por fundamento de esta distincion ó diferencia se establece en la misma ley que no debe atenderse á la causa de obtener la posesion, sino al origen y principio de adquirirla, y lo mismo se declara en términos bien espresos en la ley 40, párrafo 2 de este título.

97. Contrayéndome á la esposicion del párrafo 4 de esta ley, digo que el que fue á ferias y en su ausencia ocupó otro la cosa, retiene el ausente con el ánimo la posesion que antes tenia hasta que con noticia de que otro habia ocupado la posesion temiese volver á la cosa poseida, que en tal caso se entiende haber perdido la posesion, como se declara en la ley 3, párrafo 8, en la 7, en la 25 párrafo 2, y en la 46, con lo que queda reducida únicamente á indagar si el que ocupó la cosa en ausencia del verdadero poseedor posee real y verdaderamente, para cuya averiguacion basta referir la esposicion de Cujacio en el Comentario á la ley 3, párrafo 8, en donde se propone un caso muy semejante al de la ley 6, á saber, si unos ladrones habiendo ocupado una casa se le da noticia al dueño de esta novedad, y se abstiene de volver á ella, en cuyo caso, como se ha dicho, no hay la menor duda de que el dueño pierde la posesion: hablando, pues, Cujacio de este caso afirma que así como el dueño no pierde la posesion hasta que teniendo noticia de la ocupacion la consiente, del mismo modo los ladrones no empiezan á poseer la casa ocupada hasta que el dueño ha dejado la posesion, porque hasta entonces los ladrones no poseen, sino solamente estan en la posesion, que es cosa muy distinta de poseer.

98. Por ventura se dirá que la misma ley 6, declara en términos expresos que posee clandestinamente el que entra furtivamente en la posesion ignorándolo aquel que la tenia, con que si este conserva con el ánimo la posesion hasta que noticioso de habérsela ocupado otro consiente la ocupacion absteniéndose de volver á la cosa poseida, se infiere y deduce por una consecuencia necesaria que dos poseen á un mismo tiempo una cosa todo aquel espacio que media entre la ocupacion del primero hasta la noticia y adquiescencia del segundo.

99. A esto se responde diciendo que el que ocupa una cosa ignorándolo el dueño posee clandestinamente, segun la espresion de la ley; pero esto no se ha de entender en un sentido propio y riguroso, sino del figurado é impropio de que algunas veces usan las leyes en esta materia; y asi se ve que hablando del usufructuario dice la ley 42, la 49 y otras, que posee naturalmente; y esto no obstante es fuera de toda duda que en realidad no posee, sino que está en la posesion, como claramente se espresa en la ley 6, ff de *precario* y en el párrafo 4, *institutionum, per quas*, y lo mismo se entiende del colono inquilino, segun dicha ley 6, párrafo 2.

400. Tambien puede decirse sin nota de arbitrariedad que el atribuir la ley la cualidad de poseedor al que ha entrado en la posesion clandestinamente es con referencia al estado que tendrá despues que el dueño ó poseedor tenga la noticia y manifieste su tolerancia, de forma que por el acto de la ocupacion clandestina consiga estar en la posesion, y por la noticia y tolerancia la adquiere verdaderamente.

401. La misma ley bien reflexionada ofrece un claro testimonio de esta verdad: se sienta en ella por principio constante que no se ha de atender á la razon ó causa con que de presente se tiene la posesion, sino el origen de su adquisicion, y sin embargo á continuacion dice en el párrafo 4, que el que ocupó la posesion clandestinamente en ausencia ó ignorándolo el señor, si despues resiste á este cuando quiere ocupar la cosa poseida, se entiende que el primero no posee clandestinamente, sino por fuerza ó *vi* con que es claro que por la ocupacion que hizo al principio clandestinamente no adquirió la verdadera posesion porque de haberla adquirido no se dijera poseía *vi* cuando repelió al señor por haber empezado á poseer clandestinamente, y quiere la ley que se atienda al origen de adquirir la posesion, y no á la razon de obtenerla, de que se infiere que el que ocupó la cosa sin noticia del dueño no la posee clandestinamente hasta que interviene la noticia y adquiescencia del dueño, porque si antes poseyera clandestinamente no se diría que poseía *vi* cuando resiste al dueño que pretendia recuperar la cosa.

402. Siguiendo su empeño Oroz, propone varios casos en que dos á un tiempo tienen la posesion de una cosa: si el arrendatario ó conductor vende el fundo y lo toma en arrendamiento del comprador, y á uno y otro paga la pension ó arriendo, tanto el que locó la cosa al principio como al segundo locador, dice que tienen la posesion de ella, segun la ley 32, párrafo 1, de este título; pero en realidad dicha ley nada dice de lo que se le atribuye en cuanto á que el comprador que locó la cosa adquiriera la posesion de ella, pues únicamente resuelve el jurisconsulto Paulo que el primer locador ó que dió la cosa en arrendamiento retiene la posesion ínterin que el conductor le satisfaga la pension, sin que diga nada acerca de adquirir la posesion el que compró la cosa del conductor, y Cu-

jacio comentando dicha ley, distingue y afirma que si el primer arrendatario paga la pension al que le dió la cosa, conserva esta la posesion, que es lo que literalmente resuelve la ley; pero si dejase de satisfacerle la pension perderia la posesion de ella.

103. Propone otro ejemplo en la cosa que se da en prendas al acreedor, la que dice que no solo la posee civilmente el dueño por razon de la propiedad, sino que tambien la posee el acreedor por razon de la prenda, lo que es tan cierto, que el acreedor la posesion corporal que tiene en la cosa la puede dar en precario ó conducto al mismo deudor, en cuyo caso posee por él, como espresamente se dice en la ley 36 y 37 de este título.

104. Para satisfacer á este argumento basta decir que aunque es cierto que el acreedor posee real y verdaderamente la cosa que se le dió en prendas, como espresamente se resuelve en las dos citadas leyes, y en la 35, párrafo 1, ff. de *pignoratitia actione*, no es cierto que el deudor la posea tambien al mismo tiempo por razon de la propiedad, porque siendo esta distinta de la posesion, puede obtener la una sin la otra, á mas de que si porque el deudor retiene el dominio de la cosa dada en prendas se hubiera de decir que tenia la posesion, era preciso confesar que el que habia sido despojado por fuerza de la posesion de una cosa, la retenia al mismo tiempo, porque tanto en este caso como en el de darla en prendas, conserva el deudor igualmente que el despojado el dominio de la misma.

105. Otro argumento de mayor eficacia al intento podia haber formado Oroz con las leyes que cita: tanto en la una como en la otra se supone que el acreedor á quien se ha entregado la posesion de la cosa la posee naturalmente, y sin embargo en dicha ley 36 se afirma en términos espresos que la posesion del acreedor no impide que el deudor continúe la prescripcion que tenia incoada en la misma cosa, y no pudiendo haber usucapion sin que haya posesion, segun la ley 25, ff. de *usucapionibus*, se deduce que el deudor tenia la posesion de la cosa que estaba prescribiendo, y como tambien la poseía el acreedor, se sigue por una consecuencia necesaria que los dos poseían á un tiempo una misma cosa.

106. A esta dificultad, que á primera vista parece indisoluble, responde Cujacio en el Comentario á dicha ley 36 diciendo que por razon de utilidad se ha establecido que el deudor continúe en la prescripcion aunque no tenga la posesion de la cosa que ha dado en prendas al acreedor, con lo que queda suficientemente desvanecida la duda, sin que pueda graduarse de arbitraria esta disposicion, cuando en el párrafo 4 de la ley 33, ff. de *usucapionibus*, se dice en términos espresos que el que da una cosa en prendas continúa usucapiéndola por todo el tiempo que la cosa permanece en poder del acreedor, de que se ve que este en realidad tiene la posesion, y el deudor continúa la usucapion incoada, sin embargo de carecer de ella, y lo mismo se resuelve en la 16 de dicho título.

107. De esta misma ley se convence que el deudor que prescribe en el caso espresado no tiene la posesion de la cosa. Despues de haber dicho el juriconsulto Juliano que el que da una cosa en prendas al acreedor la puede prescribir por todo el tiempo que permanece en poder de este, pasa á manifestar lo que sucederia si el acreedor diese á otro la posesion de aquella misma, cosa y afirma que entonces se interrumpiria la prescripcion del deudor, de que se infiere que este no poseía antes, porque si hubiera

poseido, así como la posesion del acreedor no le impedia el que retuviese la suya para continuar la prescripcion, del mismo modo no le deberia servir de estorbo para seguir en ella el que el acreedor diese á otro la posesion que él tenia, y sin embargo en este caso dice el jurisconsulto que se interrumpiria la prescripcion del deudor, con que es claro que este no poseía, porque el que la posesion del acreedor pasase á un tercero no podia privar al deudor de la posesion en que estaba, y de consiguiente es preciso decir, que el continuar el deudor en la prescripcion de la cosa dada en prendas es privilegio concedido por la ley en utilidad suya, como afirma Cujacio.

408. Tambien se infiere de la decision de esta ley contra el argumento propuesto por Oroz, que la cosa dada en prendas no la poseen á un mismo tiempo el acreedor y el deudor, porque si este la poseyera habia de ser con posesion distinta de la que tenia el acreedor, y no la perderia cuando este la daba á un tercero, así como no la perdió en el concepto de Oroz el deudor, cuando entregó la cosa al acreedor, y si en el caso espresado puede el acreedor y el deudor poseer á un tiempo una misma cosa ¿qué razon hay para que por el hecho de dar el acreedor pignoraticio la posesion de la cosa á un tercero, la pierda el deudor, y no suceda lo mismo cuando este la entrega al acreedor?

409. No es menos ineficaz para probar su intento el argumento que pretende formar Oroz de la ley 40 de este título, en donde resuelve el jurisconsulto Africano, que si despues de haber entregado el deudor un fundo al acreedor, un siervo de este le despojase de la posesion, aun en este caso poseía el acreedor, porque retenia la posesion por la persona de su siervo, de cuya resolucion infiere Oroz por mera arbitrariedad que el jurisconsulto reconoce tres poseedores á un tiempo de una misma cosa, á saber, el señor del fundo, el acreedor pignoraticio y el siervo de este, lo que es absolutamente falso, porque el señor del fundo no conserva la posesion de él cuando lo ha entregado en prendas al acreedor, como se ha demostrado arriba, y es igualmente falso que el acreedor pignoraticio pierda la posesion cuando un siervo suyo lo ha echado de ella, como claramente se resuelve en la ley 15 de este título, en donde se dice que si el que está bajo la potestad de otro le subtrae ó roba alguna cosa, no pierde la posesion de ella, interin permanezca en la persona del que la subtrajo.

410. Aun ofrece un testimonio mas claro de esta verdad la ley 33, párrafo 6 de *usucapionibus*, en donde hablando el jurisconsulto Juliano de un caso idéntico al que propone la ley 40, afirma que si la cosa dada en prendas al acreedor la robase ó subtrajase un siervo suyo, no se interrumpiria la prescripcion del deudor, porque el acreedor continuaba en la posesion de la misma cosa, con lo que manifestamente declara el jurisconsulto que en tal caso por la subtraccion del siervo no dejaba de poseer su dueño el acreedor: la razon de esto es, porque los dueños adquieren por sus siervos la posesion, como se establece en la ley 15 de este título, y en el párrafo 3, *instit. per quas personas cuique*, y seria una manifiesta contradiccion admitir que por los siervos adquieran la posesion sus señores, y que estos no tuvieran la que tenian sus siervos. Se sigue, pues, de lo dicho que donde Oroz encuentra tres poseedores no hay mas que uno solo, y este es el acreedor pignoraticio.

411. Aun es mas futil é infundado el argumento que intenta sacar de la

ley 3, párrafo 42 ff *ad exhibendum*, donde dice el jurisconsulto Pomponio que pueden muchos pedir á un tiempo la exhibicion ó manifestacion de un mismo hombre, de que infiere Oroz que son otros tantos los poseedores de dicho hombre. Para conocer la arbitrariedad de esta ilacion basta suponer que el ejemplo ó caso que propone el jurisconsulto es que uno sea señor del hombre que se pide exhibir, otro tenga en él el usufructo, un tercero pretenda la posesion, y un cuarto que le está obligado en prendas: en dicho caso se ve que solo uno pretende que tiene la posesion en el hombre que se ha de exhibir, y sin embargo infiere Oroz que cuatro son los que poseen, y aun añade que si aquel contra quien se pide pretende que tiene tambien la posesion, serán cinco los poseedores de un mismo hombre, sin hacerse cargo que el que pide la exhibicion por dominio, por derecho de usufructo y por estarle obligado en prendas, no dicen que poseen, sino que les pertenece por los títulos que alegan; pero aun quando todos pretendieran tener la posesion de aquel hombre, era un manifesto absurdo inferir que todos lo poseían; por la gran distancia que hay entre demandar una cosa en juicio por cierto título, y tenerlo en realidad, como se ve en los juicios petitorios ó de propiedad, en que muchos piden se declare corresponderles *in solidum* el dominio de una cosa, y no obstante esto solo uno es el que se declara por verdadero señor de ella.

112. Lo mismo se observa en los juicios posesorios, pero donde mas bien se ve esto con una luz irresistible es en el juicio de tenuta ó de posesion de bienes de mayorazgo, en que por lo regular son muchos los que pretenden á un tiempo habérseles deferido por el ministerio de la ley de Toro la posesion civil y natural de los bienes vinculados, y sin embargo solo á uno, con exclusion de todos los demas, se le declara por la sentencia poseedor de los bienes, sin que nadie hasta ahora se haya atrevido á decir que todos los que litigan en esta clase de juicios sean en realidad verdaderos poseedores. Es, pues, claro que en el caso de la ley que cita Oroz, el que cuatro á un tiempo pidan la exhibicion ó manifestacion de un hombre por distintos títulos, y lo mismo se ha de decir aunque fueran de la misma especie, no arguye, ni supone que todos lo poseen, sino únicamente se deduce, como la misma ley lo espresa, que todos tienen interés en la exhibicion ó manifestacion de aquel hombre.

113. Igualmente infundados y desatendibles son los argumentos que intenta hacer Oroz con los ejemplos que propone del usufructuario de un fundo y del señor de él, á quienes dice se da el entredicho *uti possidetis*, como á verdaderos poseedores; y con el de dos usuarios ó fructuarios que pueden poseer una cosa, no respecto de la misma especie, parte ó uso, sino diversamente.

114. He dicho que estos argumentos son desatendibles, pues aunque es cierto que al usufructuario se le concede el entredicho *uti possidetis* quando es inquietado en el goce del fundo que usufructúa, no es porque en realidad tenga la posesion de él, como en términos espresos lo afirma entre otras leyes la 6, ff. *de precario*, y aun con mas claridad el emperador Justiniano en el párrafo 4 del título de las instituciones *per quas personas cuique*, en donde hablando del usufructuario, dice que no puede usucapir, y alega dos razones para ello; la una porque no posee, y la otra porque sabe que el fundo es ageno, con lo que manifiesta que la imposibilidad de que pueda prescribir el usufructuario, no proviene únicamente de la mala

fé ó ciencia de que el fundo es ageno, sino tambien de la falta de posesion, porque como todos saben, sin posesion no puede haber usucapion, segun la ley 25, ff. *de usucapionibus*.

445. La causa, pues, de que se le dé al usufructuario, sin embargo de no poseer, el entredicho *uti possidetis*, y tambien el *de unde vi*, como se dispone en la ley 4 ff. *uti possidetis*, y en la ley 3, párrafo 13, ff. *de vi*, es como afirma Cujacio en el capítulo 33 del libro 9 de las observaciones por pertenecer al mismo el emolumento y utilidad de la cosa que usufructúa, por cuya razon dicen varias leyes se le tiene por señor, y como á tal se le dan los entredichos posesorios, sin que en realidad posea naturalmente, por ser solo el dueño el verdadero poseedor que tiene la posesion por medio del usufructuario.

446. El ejemplo que se propone Oroz de dos usufructuarios ó usuarios de una cosa, fundado en la ley 19, ff. *de usu et habitation*, es si cabe mas superficial, pues ya se ha visto que el usufructuario no posee real y verdaderamente, y si este no tiene posesion en la cosa que usufructúa, con mas razon no la ha de tener el usuario, que es, como afirma Justiniano en el párrafo 1, lib. 2, tit. 5 *institutionum*, menos derecho tiene el usuario en la cosa que usa que el usufructuario en la que disfruta; pero aun es mas notable la irregularidad con que forma Oroz la ilacion que saca de la citada ley 19, pues disponiéndose en ella que el uso no se puede lograr por una parte ó por mitad, y si el usufructo, porque no se puede usar á medias, y si usufructuar, infiere que pueden dos usuarios tener la posesion de una misma cosa á un tiempo; si el uso no se puede legar á dos de una cosa, ¿cómo es dable que haya dos usuarios de la misma á un tiempo? No se exime Oroz de la fuerza de esta reconvencion con decir que pueden poseer una cosa, con respecto á diversas partes de ella, porque entonces se olvidada ó abandona el estado de la conclusion que se disputa, que estriba, como lo conoce Oroz al principio de este capítulo, en si pueden dos á un tiempo tener *in solidum*, y no por partes, la posesion de una misma cosa. Pero de este punto se tratará con mas estension despues.

447. Continúa aun proponiendo ejemplos, y refiere el del enfitéuta, que posee natural y civilmente la cosa que se le ha dado *en enfiteusis*, sin embargo de que el señor del dominio directo retiene su posesion civil, y respecto de dicho dominio, y aun añade, fundado en la autoridad de Bartolo (que es de su opinion), que el enfitéuta puede dar *en enfiteusis* á otro la misma cosa con aprobacion del señor directo, de que infiere Oroz que en tal caso serán tres los poseedores del fundo enfitéutico.

448. Este argumento, como los anteriores, no tiene mas solidez que la voluntad del que lo propone. Es constanste que el enfitéuta posee natural y civilmente el fundo que se le ha dado, porque asi lo espresa la ley 15, párrafo 1, ff. *qui satis cogitur*; pero ni esta ni ninguna otra se hallará que diga que el señor del directo dominio conserve la posesion civil, que era lo que debia acreditar Oroz para probar su intencion. Que el enfitéuta sea verdadero poseedor lo comprueba el cap. 11 *de restitutione spoliatorum* de las decretales, en que se le concede en caso de despojo el entredicho *recuperandae*, y Vinnio en el párrafo 3, tit. 25, libro 3, *institutionum* número 6, afirma que el enfitéuta tiene la posesion.

449. Es escusado entrar en la discusion de si el enfitéuta con aprobacion del señor directo puede hacer á otro enfitéuta de la misma cosa,

pues en el caso que suceda, lo que se verificaria solo podia ser que la posesion del primer enfiteuta pasase al segundo; pero no el que los dos poseyesen á un tiempo: lo mismo que sucederia en el caso que el enfiteuta con aprobacion del señor directo vendiese el fundo enfiteutico á un tercero, en cuyo caso el comprador tendria la posesion.

120. Tambien pretende persuadir su intento con el ejemplo del marido y la muger que dice poseen á un tiempo el fundo dotal, fundado al parecer en la ley 15, párrafo 3, ff. *qui satis cog.*, en donde dice el jurisconsulto que la muger y el marido se entiendan poseedores del fundo dotal.

121. Esta dificultad viene á ser la misma ó semejante á la que suscitan los autores sobre á quien pertenece el dominio de la dote, y de consiguiente se ha de resolver en igual forma. Son muchas las leyes que positivamente afirman que el marido tiene el dominio del fundo dotal, y al contrario otros lo dan á la muger, y como dos á un tiempo no pueden tener *in solidum* el dominio de una misma cosa, segun lo resuelve en términos espresos la ley 5, párrafo 15, ff. *commodati*, se hace preciso conciliar esta aparente contradiccion, lo que á mi parecer lo consigue Vinnio en el Comentario al párrafo inicial número 2, lib. 2, tít. 8, de las instituciones, en donde dice en substancia que el marido tiene en realidad el dominio del fundo dotal, pero como este dominio es revocable, á causa de que ha de volver á la muger disuelto el matrimonio, con respecto á esta época dicen las leyes que no es tanto el dominio del marido como de la muger. Siendo pues igualmente imposible que dos puedan tener *in solidum* la posesion de una misma cosa, como se espresa en la citada ley 1, es claro que cuando se atribuye á la muger y al marido la posesion del fundo dotal, se debe entender en el sentido que esplica Vinnio le pertenece el dominio del mismo fundo.

122. Por último, para no dejar nada por tocar se vale Oroz del ejemplo de los derechos incorporeales de las servidumbres de ir, andar y llevar carruage, que afirma se poseen por muchos á un tiempo, segun lo enseña la experiencia y la comun opinion de los autores, y otro tanto dice que sucede en las cosas públicas que no son de ninguno en propiedad y en cuanto al uso pertenecen *in solidum* á todos.

123. Por lo que hace al derecho de las servidumbres está tan distante de ser cierto que la experiencia y comun opinion de los autores enseñe y acredite que pueden muchos poseer á un tiempo *in solidum* una misma servidumbre, que antes bien la razon y el derecho resisten la pluralidad de poseedores.

124. Las servidumbres de que habla Oroz son prediales rústicas que se conceden ó constituyen con respecto ó consideracion al predio dominante, y como el dominio de este no puede pertenecer á dos *in solidum* á un mismo tiempo, segun repetidas veces queda manifestado, se sigue por una consecuencia necesaria que no pudiendo ser los dos señores del predio dominante, no pueden tampoco ser los dos poseedores de la servidumbre constituida por razon de aquel predio, ó se habria de decir que podia competir el derecho de una servidumbre predial á quien no fuese señor del predio dominante, lo que es un manifesto absurdo en la materia, porque las servidumbres prediales se conceden ó constituyen á los dueños en beneficio del predio, y el que no es señor de él ninguna utilidad puede pretender.

125. En cuanto al uso de las cosas públicas nada es mas impertinente

al asunto, porque si el usufructuario no posee, como queda probado arriba, cuánto menos poseerá el usuario que tiene segun Justiniano, menos derecho en la cosa que usa, que el usufructuario en la que disfruta?

426. Hasta aquí he referido y procurado satisfacer á los fundamentos con que ha intentado Oroz establecer su opinion, y ahora pasa el mismo autor á esplicar ó declarar la inteligencia que se debe dar á las leyes 3 de este título, á la 19, ff. de *precario*, y la 5, ff. *commodati*, que tan espresamente afirman que dos no pueden poseer *in solidum* una misma cosa. Para esto dice al número 40, que á fin de aclarar mas el estado de la cuestion y su inteligencia, conviene tener presente que no pueden dos ó muchos poseedores poseer una cosa *in solidum* á un tiempo, respecto de una parte ó lugar de la misma cosa que se posee; y da por razon, porque ocupada una parte por la posesion real ó corporal del que posee, no se puede admitir ni dar otra corporal aprehension de la misma parte ó lugar, porque en tal caso se seguiria que se podia dar penetración de los cuerpos, y cita en comprobacion la ley 3, párrafo 5 de este título, que es el fundamento mas sólido y terminante de la opinion que impugna, y continúa diciendo que si la posesion de una cosa se aprehende respecto de una parte ó lugar diverso de forma que uno aprehenda la cosa por una parte, en virtud del derecho que le compete, y otro por otra parte tenga la misma cosa con ánimo de poseerla por razon del derecho que le corresponde, entonces dice que dos ó mas podrán poseer *in solidum* una misma cosa, y usa del ejemplo de que uno aprehenda el fundo por una parte por derecho de dominio, y otro despues ó al mismo tiempo aprehenda el mismo fundo por otra parte con derecho de usufructo, que en tal caso uno y otro poseerán todo el fundo por sus respectivos derechos, á causa de que la aprehension corporal con que realmente ocupó una parte del fundo se entiende con la mente ó con el pensamiento á todo él, segun la ley 3, párrafo 4 de este título.

427. Esta esplicacion que hace Oroz, segun dice, para mayor claridad de la conclusion, y con que intenta enervar el argumento que ofrece contra ella la precitada ley 3, párrafo 5, en donde con tanta claridad y espresion establece la imposibilidad de que dos posean *in solidum* á un tiempo una misma cosa, envuelve en sí una manifiesta contradiccion, y la mayor confusion de ideas.

428. Reconoce en primer lugar que no puede una misma cosa ser poseida *in solidum* por dos ó por muchos á un tiempo, respecto de una misma parte ó lugar de ella; pero dice y admite que podrán dos ó muchos poseerla á un tiempo, respecto de diversas partes ó lugares, en lo que claramente se contradice, como voy á manifestar.

429. Cuando dos aprehenden corporal y realmente diversas partes ó lugares de una cosa, ó adquieren la posesion *in solidum* y por entero de toda ella, ó se limita la posesion de cada uno á la parte que cada uno aprehendió corporal y realmente; si se dice lo primero, se infiere con la mayor claridad que cuando dos aprehendan corporal y realmente diversas partes ó lugares de una misma cosa, adquieren la posesion de ella en todas y cada una de sus partes, y de consiguiente se convence que cada uno de ellos la posee por entero é *in solidum*, que es lo que espresamente niegan las tres leyes que se propone Oroz interpretar y conciliar con su opinion, á saber: la ley 3, párrafo 5, de este título, la 19, ff. de

precario y la 5, párrafo último, ff. *commodati*; si se dice lo segundo, esto es, que la aprehension corporal y real de una parte ó lugar de una cosa no se estiende ni produce la posesion de toda ella en cada una de sus partes, se contraviene directamente á la disposicion de la ley 3, párrafo 4 de este título, que declara que la aprehension real de una parte de un fundo se estiende con el ánimo á todo él, y á cada una de sus partes, como lo reconoce y confiesa el mismo Oroz en el citado número 10.

130. Tambien se seguiria que si la posesion que se adquiere por la aprehension corporal y real de una parte del fundo impide y escluye que otro pueda adquirir *in solidum* la posesion de aquella misma parte, por identidad de razon deberá decirse que la posesion *in solidum* que uno tuviese en todo un fundo impediria y escluiria que otro tuviese tambien la posesion *in solidum* del mismo fundo, porque la misma razon que se quiere dar para no admitir dos posesiones *in solidum* de una parte del fundo, milita para que no se admitan dos posesiones *in solidum* de todo él.

131. Con el ejemplo que propone Oroz del señor del fundo y del usufructuario del mismo se confunde aun mas y contradice en la esposicion que intenta dar á las tres citadas leyes, porque estas no establecen la incompatibilidad de poseer dos á aun tiempo *in solidum* una misma cosa en la diversidad de causas ó títulos de poseer, sino en la cosa que se posee, la que poseida por uno, no admiten que otro simultáneamente pueda adquirir y tener la posesion de la misma.

132. Pero suponiendo lo que no es cierto, de que el usufructuario tenga la posesion natural y corporal de la cosa que usufructúa (como se ha probado arriba), nada adelanta Oroz con el ejemplo que propone, contra el cual resalta el mismo argumento con que antes se ha rebatido su explicacion: ó el dueño y el usufructuario del fundo lo poseen á un tiempo totalmente é *in solidum*, ó solo lo poseen por partes diversas y separadas: si confiesa lo primero, como es preciso que lo haga si quiere ser consiguiente con lo que ha dicho espresamente en el precitado número 10, que el usufructuario la corporal aprehension con que naturalmente ocupó aquella parte del fundo, la estiende con el ánimo á todo él, y lo posee por derecho de usufructo todo entero. Hasta aqui Oroz.

133. Si por confesion suya el usufructuario posee todo el fundo, es claro que le posee *in solidum*, porque poseer *in solidum*, como se ha dicho, no es otra cosa que poseer por entero la cosa y en todas sus partes, y admitiendo en el señor del fundo la posesion *in solidum* del mismo por razon del dominio, se infiere necesariamente que tanto el usufructuario del fundo, como el señor de él, poseen *in solidum* á un mismo tiempo, que es lo que declaran incompatible las tres citadas leyes, con que nada adelanta Oroz con su explicacion arbitraria y cerebrina de aprehender la posesion de una cosa, respecto de diversa parte ó lugar de la misma, si en virtud de dicha aprehension se estiende la posesion de la misma á las demas partes, á la manera que no se disminuiriá la imposibilidad de que dos ocupasen á un tiempo una misma casa el que entrasen por diferentes puertas, si cada uno ocupaba todas las piezas.

134. Si se dice lo segundo, que la posesion respectiva del señor del fundo y del usufructuario del mismo se limita á la parte ó lugar de la cosa que habian aprehendido, se incurriria en una manifiesta contradiccion de lo que antes se habia dicho, de que el usufructuario poseía todo el fundo, y á mas

se seguiría el inconveniente de que compitiendo al señor y al usufructuario la posesion, por razon del derecho de dominio y usufructo que tenian, entendiéndose este derecho á todo el fundo, no se estendiese igualmente la posesion á todas las partes del mismo fundo.

135. Aunque queda plenamente impugnada y rebatida la declaracion ó esposicion con que intenta conciliar Oroz la decision de las tres citadas leyes con la opinion que defiende, sin embargo me haré cargo de un argumento que propone contra dicha su esposicion, con el fin de darle mas firmeza y solidez, ó de ostentar su sutileza de ingenio.

136. Dice, pues, que aunque sea cierto lo que deja dicho en su esposicion, esto es, que sea compatible una posesion con otra en la parte del fundo, que realmente ocupó el primer poseedor con una verdadera y natural posesion, no podria introducirse la posesion del segundo, que empezó por una aprehension de una parte y lugar diverso, porque esta parte se ocupó realmente con una verdadera y natural aprehension, de que infiere de que en dicha parte ó lugar no habrá dos poseedores y posesiones, lo que basta para que no se pueda decir que pueden poseer dos *in solidum* todo el fundo, por no poder afirmarse que se ocupa el todo cuando queda una parte por ocupar.

137. A este argumento que gradúa de muy sutil Oroz, fundándolo en aquellas palabras de la ley 3, párrafo 3, en que se espresa que es contra la naturaleza que esté uno en el lugar que ocupa otro, ó que se siente en donde hay otro sentado, dice: que se satisface con la misma sutileza, valiéndose del párrafo 1 de la misma ley. Supone, segun dicha ley, que ocupada corporalmente una parte del fundo, la posesion que se adquiere por aquella aprehension es real y se estiende á todas las demas partes; pero no se estiende realmente, sino por ficcion, segun el citado párrafo, que dispone que el que quiere poseer un fundo no tiene necesidad de andarlo todo, sino que basta andar una parte, con tal que tenga el ánimo y voluntad de poseerlo todo: de que infiere que la estension de la posesion es ficticia y dependiente del ánimo, por lo que pretende que aunque la posesion que se adquirió por la aprehension corporal sea verdaderamente real y la misma que se estendió á las demas partes, no se hizo esta estension realmente sino con el ánimo; si pues es ficticia esta estension, el ánimo, en virtud del cual se hace, es incorporeal, y siéndolo no envuelve ninguna repugnancia que la posesion se entrometa y penetre en aquella parte que ocupó el poseedor por la corporal aprehension; pero si como es real aquella posesion, respecto de aquella parte que ocupó el poseedor, se estendiese tambien realmente á las demas partes del fundo, entonces seria imposible y contra la naturaleza la estension de la segunda posesion á aquella parte que se ocupó realmente por la primera posesion, porque la penetracion de los cuerpos es imposible y contra el orden natural, de que infiere que no es contra la naturaleza que la posesion real que se estiende ficticiamente por el ánimo y voluntad penetre y se introduzca en aquella posesion que el primer poseedor del fundo ocupó realmente.

138. Toda esta esposicion de Oroz no es otra cosa que un tejido de palabras vacías de sentido y llenas de contradiccion. Reconoce y confiesa que la posesion que se adquiere en la parte del fundo que se aprehende material ó corporalmente es real, y que esta misma posesion se estiende con el ánimo ó ficticiamente á las demas partes del fundo que no se aprehendie-

ron; pero como el ánimo por el que se hace la estension es incorporeal, no se sigue el menor inconveniente de que la posesion del segundo poseedor se entrometa y penetre en aquella parte que ocupó el primero por la aprehension corporal.

139. Esta esplicacion manifestamente confunde la posesion con el ánimo que causa la estension de la misma, y tambien confunde la estension con la posesion: ó el ánimo con que se hace la estension de la posesion es lo mismo que esta ó no: si se dice lo primero se ha de confesar que la posesion es incorporeal, como lo es el ánimo, lo que es un conocido absurdo, porque la posesion de una cosa material es natural y corporal, como lo reconoce el mismo Oroz en la posesion de aquella parte que se aprehendió corporalmente: si se dice lo segundo nada importa que el ánimo sea incorporeal, si la posesion es material y corporal, para inferir la penetracion de dos posesiones de una misma cosa.

140. Que la posesion sea corporal queda ya demostrado arriba, porque realmente no hay otra posesion que la natural que se aprehende con el cuerpo, y si alguna vez se le contrapone la civil, es en el concepto de que por esta se entiende una posesion adquirida con justo título y la otra sin él.

141. He dicho que tambien confunde la estension con la posesion, dando á entender que por ser ficticia la estension que se hace con el ánimo, no debe la posesion que se estendió por su medio impedir la penetracion, ó hacerse impenetrable con otra posesion, porque no siendo ficticia la posesion, sino real y natural, nada conducia al asunto para admitir la penetracion que la estension fuera ficticia, si la posesion que se estendia por su medio era natural y real, como la que se habia adquirido en la parte del fundo que materialmente se aprehendió.

142. Que sea natural y real la posesion que se estendió con el ánimo ficticiamente, ademas de confesarlo Oroz, espresamente se hace demostrable, porque la posesion que se estendió con el ánimo es la misma que se adquirió con la aprehension corporal de una parte del fundo: es asi que aquella es natural, corporal y real, con que lo mismo ha de ser la que se estendió con el ánimo, con lo que da en tierra todo el edificio que se fraguó en su imaginacion Oroz para privar á la posesion de su naturaleza de material, para darle la cualidad de incorporeal y hacerla de este modo penetrable con otra.

143. Aun prescindiendo de estos absurdos que se siguen de la esplicacion con que pretende Oroz satisfacer el argumento que se habia propuesto, es un error manifestísimo el querer atribuir la incompatibilidad de dos posesiones *in solidum* de una misma cosa á la impenetrabilidad de dos cuerpos físicos, por lo que ningún jurisconsulto ha fundado en este principio dicha incompatibilidad, pues aunque en el párrafo 5 de la citada ley 3 se dice espresamente que no es mas facil que la posesion de una cosa pueda ser de dos, que el que uno esté en el mismo lugar que otro, ó se siente en el sitio que ocupa otro, porque es contra lo natural, y envuelve una natural repugnancia, que lo que uno tiene lo tenga tambien otro, no usa la ley de los ejemplos que propone, para dar á entender que asi como la impenetrabilidad de los cuerpos impide que dos estén en un mismo lugar, asi la de las posesiones estorbe que la tenga uno donde la tiene ya otro, sino para manifestar que asi como son incompatibles en lo físico dos cuerpos en

un lugar, lo son también en lo natural y legal dos posesiones en una misma cosa, de forma que la paridad y semejanza no la pone la ley en la causa de que proviene la incompatibilidad, sino en el efecto, que es la misma incompatibilidad ó repugnancia natural, como lo declara con el otro ejemplo que propone, diciendo que es imposible que lo que tiene uno lo tenga también otro, donde se ve que esta imposibilidad no nace ni proviene de la impenetrabilidad de los cuerpos.

144. Aun cuando las leyes hubieran omitido resolver y expresar la repugnancia ó incompatibilidad de que dos tuviesen á un tiempo la posesión de una misma cosa, bastaba la razón natural para conocerla.

145. Supóngase que dos sean poseedores *in solidum* de un fundo, y que ambos de consiguiente lo quieran cultivar, ¿cuál de los dos ha de tener la preferencia? Porque dos cultivadores á un tiempo de un mismo terreno envuelve una física incompatibilidad y repugnancia: si se dice que lo cultiven á medias, se sigue que no lo poseen *in solidum*, sino por mitad: si se pretende que los frutos se dividan entre los dos, se incurre en el mismo inconveniente; de que se convence la imposibilidad de dos posesiones *in solidum* á un tiempo de una misma cosa, y se manifiesta con cuánta razón establece y resuelve la ley 5, párrafo 13, ff. *commodati*, que así como dos no pueden tener el dominio *in solidum* de una misma cosa, tampoco la posesión, porque es claro que los mismos inconvenientes se seguirían de que dos fuesen señores de un fundo *in solidum*, que los que se han manifestado en los dos poseedores, y aun si cabe mayores, porque si uno quería vender el fundo y el otro no, el vendedor seguramente no recibiría el precio íntegro del valor del fundo, sino la mitad cuando más.

146. Nótese de paso contra Oroz que pretende que porque es incorporal el ánimo, por el cual se extiende la posesión de una parte á todas las demas, se hacen penetrables y compatibles dos posesiones á un tiempo: que el dominio, como que en realidad es derecho, tiene la naturaleza de incorporal, y de consiguiente parecía que en el concepto de Oroz debía ser penetrable y compatible con otro, y á pesar de esto vemos por la ley que se ha citado que no pueden tener dos á un tiempo el dominio de una misma cosa.

147. Que la incompatibilidad de dos posesiones á un tiempo no proviene de la impenetrabilidad de las mismas, sino de la imposibilidad de que dos puedan ejercer á un tiempo los actos de posesión, lo persuade con la mayor claridad la ley 11, ff. *de vi*, que declara que el que no deja al poseedor usar á su arbitrio de la cosa poseída le hace fuerza, bien sea que le impida sembrar, cavar, arar ó edificar, ó hacer cualquier otra cosa; y en el párrafo 15 de la ley 4 de dicho título se resuelve que el entredicho *unde vi* compete á aquel que se le prohíbe usar y usufructuar su fundo, cuyo entredicho se da al que ha sido echado por fuerza para recuperar la posesión que ha perdido, según el párrafo 1 de la misma ley; con que se infiere por una consecuencia clara y manifiesta que al que por fuerza y con violencia se le impide usar de la posesión se le despoja de ella, y para recobrarla se le da el entredicho *unde vi*, y como en el caso de dos posesiones era forzoso que mutuamente los poseedores se impidieran el uso de su respectiva posesión, por eso las leyes, precaviendo este inconveniente, resolvieron y prohibieron que dos pudiesen tener *in solidum* la posesión de una misma cosa.

148. Por último, si el que entra y ocupa por fuerza la posesión de un fundo priva de ella al anterior poseedor, según la ley 6, 18 y 23 del título

de *adquirenda possessione*, y otras varias que concuerdan con ellas, como nadie se ha atrevido á negar, sin embargo de que el que hace la fuerza es injusto y usurpador, ¿cómo podrá admitirse que dos sean poseedores á un tiempo de una misma cosa, cuando el despojado que justamente poseía no conserva y retiene la posesion en concurrencia de un usurpador y poseedor violento? Aun los que admitian dos posesiones á un tiempo de una misma cosa, como era el jurisconsulto Trevacio, pedia como cosa indispensable que la una posesion fuera justa y la otra injusta, reconociendo que dos posesiones justas y dos injustas eran inconciliables, como lo dice el párrafo 5 de la citada ley 3, con referencia á dicho Trevacio: pues si en el caso del despojo no son compatibles la posesion justa y la injusta, como clara y espresamente se declara en las leyes citadas, que hablan de los que ocupan por fuerza la posesion, ¿cómo podrán ser compatibles y conciliarse dos posesiones justas de una misma cosa, que, segun Trevacio, son mas repugnantes entre sí que la posesion justa con la injusta?

449. Desvanecidas las cavilaciones con que Oroz ha pretendido eludir y oscurecer la terminante decision de las leyes, que hacen incompatibles dos posesiones *in solidum* de una misma cosa, queda vindicada y á todas luces clara la opinion de Cujacio en el cap. 33 del libro 9 de las Observaciones, donde pone como un principio incontestable la siguiente asercion: *qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter, sive juste, sive injuste, aut non possidet, aut solus possidet*.

450. Antonio Gomez, en el número 99 del Comentario á esta ley, se propuso examinar esta cuestion aun en términos mas estrechos, reduciéndola á si una misma idéntica posesion de una cosa podian tenerla muchos á un tiempo, y resuelve que no; pero lo que hay de particular en esta resolucion es que la funda en el párrafo 5 de la ley 3, ff. de *adquirenda possessione*, y en la 19, ff. de *precario*, siendo así que en la 1 únicamente se dice que muchos no pueden poseer *in solidum*, una misma cosa sin espresar que haya de ser con la misma posesion ó diversa, y en la segunda espresamente se dice que dos posesiones, bien sean justas ó injustas, no pueden concurrir en una misma cosa; de que se convence que no habla la ley de una misma posesion que competa á dos, sino de diversas, porque usa de la espresion de dos posesiones, las que implica que puedan ser una sola; de que se infiere que Antonio Gomez pretende probar su estraña conclusion con unos testimonios que nada dicen menos que aquello que pretende.

451. Desembarazado de tan sutil y ridícula cuestion pasa á examinar si dos posesiones diversas de una cosa pueden estar en muchas personas, y protestando antes que va á poner una verdadera y genuina conclusion, resuelve que diversas posesiones bien pueden encontrarse en distintas personas *in solidum*, esto es, en la una la civil y en la otra la natural, y descendiendo á proponer ejemplos en prueba y confirmacion de su resolucion: refiere el del usufructuario, el del inquilino, el del usuario, el del enfiteuta, el del feudatario, el del superficiario, el del colono é inquilino que tomó en arrendamiento la casa ó fundo por mas tiempo de diez años, el que posee en precario, el que en ausencia del dueño entró en la posesion de la cosa; en todos estos casos afirma que el señor de la cosa tiene la posesion civil y los otros la natural. Pareciéndole aun que habia limitado demasiado su opinion, restringiéndola á diversas especies de posesion, añade que muchas posesiones naturales y civiles pueden competir á diversas personas en una misma cosa

por distinto derecho, como sucede en el caso de que uno tenga en un fundo el usufructo y el otro el uso, en el que cada uno gozará de su posesion natural, y lo mismo afirma que acontecería si dos tuviesen el uso de una cosa, en lo que dice no hay inconveniente ni repugnancia alguna, porque las posesiones son diversas y diferentes en número, porque una es por razon del usufructo y la otra por el uso, y en confirmacion de esta doctrina cita la ley última, ff. *uti possidetis*, en donde supone que se resuelve que el usufructuario y el usuario poseen *in solidum* una misma cosa naturalmente, y que á ambos les compete el entredicho *uti possidetis* para conservar y retener su posesion.

452. Toda esta esposicion del Gomez es un tejido de falsas é ilegales aserciones, pues como queda demostrado arriba en la impugnacion de la opinion de Oroz, ni el usufructuario tiene verdaderamente la posesion natural, ni el usuario, ni el inquilino, y la posesion natural que compete al enfiteuta feudatario, y al que posee en precario es real y verdaderamente natural; pero es absolutamente falso que en estos tres últimos casos el dueño de la cosa conserve en sí ninguna posesion ni civil ni natural.

453. En cuanto al superficiario, si se le ha concedido la superficie por diez años ó mas, se reputa señor útil de la cosa, como el enfiteuta, segun se infiere de la ley única, párrafo 3, ff. *de superf.*, y lo reconoce Gomez en el Comentario á la ley 74 de Toro, número 31, y tambien Heineccio en el título citado, número 323, y de consiguiente el superficiario tiene la posesion de la cosa, asi como el enfiteuta con exclusion del señor del dominio directo.

454. La ley que cita Gomez nada dice menos que el usufructuario y el usuario posean *in solidum* una misma cosa, pues solamente afirma que á uno y otro se le concede el entredicho *uti possidetis*, que aunque es cierto se dirige á retener la posesion, es igualmente cierto que se les concede y da por mera gracia y favor sin que en realidad posean; lo que debe entenderse de la cosa en que se tiene el usufructo y no del mismo usufructo, porque de este, en razon de derecho, compete al usufructuario la cuasi posesion por ser de cosa incorporal. Tambien hay otra razon muy obvia para convencerse de que el usufructuario y el usuario no podrán poseer *in solidum* la misma cosa, y es que el usuario tiene menos derecho que el usufructuario, y de consiguiente habia de estenderse á menos su posesion.

455. Tampoco es cierta la proposicion que sienta Gomez de que hay dos especies de posesion, esto es, civil una y natural otra, porque en realidad no hay mas que una sola posesion, como se ha probado arriba, aunque sean dos los modos con que se tiene, á saber, con justo título, y entonces se dice que posee civilmente, bien tenga el concepto de que la cosa es suya ó de que sea agena, como sucede al que posee en precario y al acreedor pignoraticio ó sin justo título, como acontece al que ha entrado por fuerza ó clandestinamente en la posesion que se dice posee naturalmente, sin que estos dos modos de poseer digan entre sí ninguna repugnancia ó incompatibilidad, porque el que posee civilmente posee tambien naturalmente, y el que posee naturalmente con justo título posee civilmente.

456. Es disculpable Gomez en haber padecido estas equivocaciones, habiendo dado á luz sus obras antes que el gran Cujacio ilustrase con sus escritos este y cuasi todos los demas puntos de la jurisprudencia; pero no es acreedor á la misma indulgencia Oroz, que teniendo presentes las obras

de Cujacio, se aprovechó tan mal de su doctrina, pues como dice Gravina en su libro del origen y progreso del derecho, cap. 480, no es permitido ignorar nada de la jurisprudencia teniendo á la vista los escritos del gran Cujacio, sin el cual nada se puede saber.

457. Resta solo advertir para la conclusion de este punto que la misma incompatibilidad que tienen entre si dos posesiones *in solidum* de una cosa material y corporal se encuentra en dos cuasiposiciones *in solidum* de derechos ó cosas incorpóales.

458. Lo que se ha dicho hasta aqui pertenece á la adquisicion de la posesion de las cosas corporales: las incorpóales aunque no admiten tradicion ó entrega, segun la ley 43, párrafo 4, ff. *de adquirendo rerum dominio*, por no poderse poseer el derecho por ser cosa incorpóal, ley 4, párrafo 27, ff. *de usurpationibus*, sin embargo estan sujetas á la posesion, la que en los derechos ó cosas incorpóales se llama cuasiposesion, segun la ley 40, ff. *si servitus vindicetur*, cuya cuasiposesion igualmente se adquiere con el ánimo y con el cuerpo, entendiéndose por este algun acto material que manifieste el ánimo y voluntad de adquirir la cuasiposesion.

459. La cuasiposesion de los derechos incorpóales se adquiere igualmente con el ánimo y el cuerpo, como se observa en las servidumbres que se adquieren con la repeticion de actos que denotan el ánimo y voluntad de adquirir, por lo que se resuelve en la ley 20, ff. *de servitutibus*, que el uso y ejercicio de algun derecho se debe reputar por la entrega de la posesion: las servidumbres ó son afirmativas ó negativas, en las afirmativas se adquiere la cuasiposesion por el uso y ejercicio de los actos juntamente con la ciencia y paciencia de aquel en cuyo perjuicio se hacen; se dice que se requiere el ánimo porque es necesario que el que ejerce los actos se persuada que usa de su derecho, como se resuelve en la ley 25, ff. *quaemadmodum*, y como este ánimo sea una cosa interior que no se pueda conocer por sí, es preciso que intervengan actos exteriores para manifestarlo, como se previene en la ley 5, C. *de inst. et subst.*; la razon porque se requiere para la adquisicion de los derechos incorpóales la ciencia del que lo pierde, es porque esta se tiene y suple las veces de la entrega, segun la citada ley 20. Esta ciencia unas veces es verdadera y otras presuntiva: verdadera es aquella que espresamente hace entender al contrario el uso y repeticion de los actos, y la presuntiva cuando despues de varios actos inductivos de la servidumbre nada se le opondrá por el interesado, de que se presume que tiene noticia de ellos.

460. En las servidumbres negativas se adquiere la cuasiposesion por un solo y único acto de parte del que prohibe el uso de la libertad del contrario, concurriendo la aquiescencia de este, como sucede cuando uno teniendo su casa mas baja intenta levantarla y se lo impide el vecino, y desiste de su empeño el primero, por cuya prohibicion del primero y aquiescencia del segundo se adquiere la cuasiposesion de la servidumbre de no permitir levantar mas alto la casa.

461. Habiendo espuesto los modos de adquirir la posesion, síguese manifestar ahora las personas por cuyo medio se puede conseguir esta adquisicion. Se adquiere la posesion, no solo por el mismo interesado, sino tambien por aquellas personas que estan bajo su potestad, bien sean hijos ó siervos, aunque sean agenos, con tal que se posean con buena fé, y por los siervos en que se tiene el usufructo, y finalmente por una persona libre,

cual es el poseedor, como se declara compendiosamente en el párrafo inicial del título de las instituciones, *per quas personas cuique*, con las modificaciones que se ponen en los párrafos siguientes, reducidas á que en el siervo fructuario la posesion que se adquiriera ha de ser de la cosa que usufructúa, ó de alguna obra que le es debida, segun el párrafo 4 *institutionum*, y la ley 1, párrafo 5, ff. *de acquirenda possessione*.

162. En la posesion que se adquiere por medio de una persona estraña se requiere que la ocupacion la haga con ánimo de que la adquiriera su principal, como se previene en el párrafo 6 *institutionum. eodem*, y en la ley 4, C. del mismo título.

163. Se puede adquirir igualmente la posesion por los siervos comunes, por la misma razon que se puede por los propios, con la limitacion que esto se ha de entender á prorata del dominio que cada señor tiene en el siervo comun, y por último se advierte que la misma voluntad y ánimo de adquirir que se requiere para adquirir uno por sí la posesion de una cosa, se necesita y debe intervenir para la adquisicion de la posesion que se hace por medio de las personas que se han referido.

164. Vistos los modos de adquirir la posesion y las personas por quien se adquiere, síguese tratar ahora de los efectos que produce. En primer lugar adquiere el poseedor la presuncion de ser dueño de la cosa poseida, en términos que el contrario tenga la obligacion de probar lo contrario, pues de no hacerlo, el dominio se considera en el poseedor, segun la ley 2, C. *de probat*. Otro efecto es que el poseedor de buena fé hace suyos los frutos que perciba. Tambien es efecto de la posesion que transcurrido el tiempo prescripto por la ley para la usucapion, el poseedor se tiene por verdadero dueño de la cosa poseida, y puede resistir á los que intenten turbarlo en su posesion, segun la ley 4, párrafo 23, y la 3, párrafo 9, y la 17, ff. *de vi, et vi armata*.

165. Finalmente compete al poseedor el entredicho *uti possidetis*, por el cual consigue que no se le perturbe en la posesion que goza de bienes raices ó inmuebles, y el entredicho *ut ubi*, por el cual consigue lo mismo acerca de los bienes muebles, por lo que uno y otro son y se llaman *retinendae possessionis*, ley 1, ff. *uti poss.*, ley única *eod.*, y el párrafo 4 y los dos siguientes *inst. de intend.*, y á mas de esto se concede al que ha sido poseedor y se le ha despojado por fuerza de la posesion en el entredicho *unde vi*, que se dirige á recuperar la posesion perdida de los bienes raices, ley 1, y 3 *de vi et de vi armata*. Tambien le compete al que ha perdido la posesion de los bienes muebles la accion de hurto ó de los bienes arrebatados por fuerza, ley 1, párrafo 5, ff. *eodem*.

166. Habiendo espuesto los modos de adquirir la posesion y espresado las personas por cuyo medio se consigue, y los efectos que la misma produce, es consiguiente tratar ahora de los modos con que se pierde y acaba.

167. Se pierde la posesion, ó con nuestra voluntad, ó sin ella, ó contra ella: el primer modo se verifica cuando no tenemos ánimo y voluntad de poseer, aunque permanezcamos en la cosa, segun la ley 3, párrafo 6, ff. *de acquirenda possessione*.

168. Parece se opone á esto la disposicion de la ley 8, ff. *eodem*, en que se dice, que así como ninguna posesion se puede adquirir sin que concurra el ánimo y el cuerpo, del mismo modo ninguna se puede perder si no se verifica el defecto del ánimo y del cuerpo. Esponiendo esta ley Cujacio, dice

que cuando con el cuerpo se empieza á adquirir la posesion, no se adquiere ni se pierde totalmente si no concurre además del cuerpo el ánimo de poseer; pero cuando se empieza con el ánimo ó voluntad á perder la posesion, no es necesario que intervenga el cuerpo, lo que es conforme al párrafo citado de la ley 3, en el que dice el jurisconsulto Pablo que se puede perder la posesion con solo el ánimo, aunque este no baste para adquirirla.

169. Sin nuestra voluntad se pierde tambien la posesion cuando poseemos corporalmente por medio de siervos ó colonos, si otro ha entrado en el fundo, aunque ignoremos este hecho, como lo declara la ley 44, ff. párrafo final.

170. Contra nuestra voluntad se pierde la posesion mudándose la condicion de la persona ó de la cosa, ó faltando la potestad natural para retenerla: se dice que falta la condicion de la cosa si sale del comercio de los hombres ó se muda en otra especie, ley 30, párrafo 1 y 4 de *adquirenda possessio*. Se entiende que falta la condicion de la persona si el que era poseedor empieza á ser poseido, ley 30, párrafo 3, ff. de *adquirenda possessio*. Por defecto de la potestad natural se pierde tambien la posesion cuando no se puede aprehender corporalmente la cosa aunque se quiera, ley 3, párrafo 13 *eodem*, cuyo modo de perder la posesion es comun á los bienes raices y muebles con esta diferencia: que por la inundacion del mar ó del rio se pierde la posesion aunque estemos ignorantes de dicha inundacion, ley 3, párrafo 17 y 30, párrafo 3 *eodem*.

171. Por la invasion violenta para que se pierda la posesion es necesario que se tenga noticia de ella, ley 6, párrafo final y no se atreva el que era poseedor á volver á la cosa que poseía, ley 25, párrafo 2 y 6, párrafo final *eodem*.

172. Por decreto del magistrado se pierde tambien la posesion sin que sea necesaria la ciencia del que poseía; pero esto se ha de entender cuando despues de estar por largo tiempo uno en la posesion de cierta cosa, haciéndolo constar al magistrado, le permite este tomar la posesion, porque cuando por mandado del magistrado se pone uno en la posesion, ó por causa de custodiar la cosa, ó porque no ha alianzado de satisfacer el daño causado, entonces no es la posesion la que en realidad se le da, sino la tenencia y custodia de la cosa, segun la ley 3, párrafo 23, ff. de *adquirenda possessio*.

173. Es escepcion de la regla establecida de perderse la posesion de una cosa cuando no se puede recobrar aunque se quiera, el siervo fugitivo de quien conserva el señor la posesion, aunque no tenga poder para recogerlo, ley 17 párrafo último ff. de *furtis*, lo que es en tanto grado cierto que ni el siervo ni cualquiera que esté en la potestad de otro no puede privar al que lo tiene en la potestad de cualquier cosa que le haya robado ó hurtado clandestinamente, ley 15, ff. de *adquirenda possessio*.

174. Como por esta posesion civil y natural que se transfiere por ministerio de la ley al inmediato sucesor ninguna utilidad le resulta si un tercero ocupa ó se mantiene en la tenencia de los bienes vinculados, corresponde tratar ahora de los medios de que podrá valerse para conseguir la corporal ó material ocupacion de dichos bienes.

175. Para proceder con la debida claridad, y evitar la confusion con que á mi parecer han tratado este punto los autores nacionales, por no haberse fijado en los principios que deben gobernar en la materia de po-

sesion ni distinguido los tiempos á que deben referirse las diversas leyes reales que rigen en el asunto, se hace conveniente distinguir tres épocas: la primera desde la publicacion de la presente ley de Toro hasta la formacion de la ley 2, título 24, libro 11 de la Novísima Recopilacion, que comprende el tiempo que medió desde el año de 1505 hasta el de 1545: la segunda desde la publicacion de dicha ley 2 hasta que se derogó en parte su disposicion por la ley 3 del mismo título y libro, que comprende el espacio de 17 años; y la tercera que principia en el año de 1560 y llega hasta nuestros dias.

176. Palacios Ruvios, que fue uno de los magistrados que asistieron á la formacion de las leyes de Toro, y el primero que las comentó, alcanzó únicamente el tiempo de la primera época, pues aunque no consta el año cierto de su muerte, murió poco despues del año de 1523.

177. Comentando este autor la presente ley afirma al número 26 que en virtud de su disposicion podrá el que se cree sucesor en el mayorazgo usar del entredicho *recuperandae possessionis* contra el poseedor, y alega en comprobacion la ley 7 *ad legem Juliam de vi publica*, la que nada dice menos que lo que intenta Palacios, ademas de que si por la disposicion de la ley de Toro se transfirió en el inmediato sucesor la posesion civil y natural, y consta que la haya perdido despues, envuelve una contradiccion manifiesta el pretender recuperar lo que no ha perdido y retiene en sí.

178. Tambien alega en su favor la ley 1, tit. de la restitution de los despojados, lib. 3 del ordenamiento, que está insertada en la ley 3, título 34 lib. 11 de la Novísima, la cual únicamente manda que cuando alguno dejare descendientes ó parientes inmediatos que tenga derecho de heredar por testamento ó abintestato, ninguno sea osado de tomar la posesion de aquellos bienes, aunque se halle vacante, y si la tomare pierda el derecho que pudiera tener á ellos.

179. Tan distante está Antonio Gomez de admitir en este caso el entredicho *recuperandae*, que espresamente afirma al número 129, que para que tuviera lugar este entredicho, el que tenia la posesion habia de haber privado de ella al inmediato sucesor en quien se habia transferido por ministerio de la ley.

180. Continuando Palacios Ruvios su esposicion, pretende al número 27 que el inmediato sucesor en quien se ha transferido la posesion puede usar el remedio ó entredicho *retinendae*, solicitando no le pertube en el goce de ella el que se mantiene en la ocupacion, lo que nada tiene de irregular, como se manifestará despues cuando se trate de la tercer época, pues de la primera solo habló Palacios Ruvios, como que escribió muchos años antes que se promulgase la ley 2, que constituye la época segunda, debiéndose únicamente advertir que desde la publicacion de la ley de Toro hasta la promulgacion de la ley 2 no conocia el Consejo de los juicios de tenuta, sino los tribunales de provincia de la posesion, con arreglo á lo dispuesto por la ley 5, tit. 31, lib. 11 de la Novísima (1) que precedió á la de Toro, como lo observa Paz en el cap. 5, número 6 de tenuta. Los demas

(1) La práctica de interponerse ante el consejo los pleitos de tenuta cesó desde que por el art. 36 del reglamento provisional para la administracion de justicia de 26 de setiembre de 1835, se dispuso, que los jueces de partido son los únicos que han de conocer en primera instancia de todos los pleitos y causas que ocurran en su distrito.

autores nacionales escribieron posteriormente á esta época, y no se detuvieron á tratar de ella.

181. La segunda, como se ha dicho, principió el año de 1543, en que se publicó la ley 2 citada. En este tiempo escribió sus comentarios á las leyes de Toro el Gomez, pues las dió á luz, segun don Nicolás Antonio, el año de 1555, doce años despues de la publicacion de la ley 9, y el señor Covarrubias sus cuestiones prácticas año de 1556.

182. Se dispuso en ella, que cuando alguno acudiese al Consejo en virtud de la ley de Toro sobre bienes de mayorazgo conozca por sí ó comisione persona que oiga las partes en el término de cincuenta dias, y pasados traiga el negocio al Consejo, quien sin mediar ninguna otra Audiencia sentenciará la causa; cuya sentencia será ejecutiva, sin embargo de que se admita suplicacion de ella, y dentro de otros cuarenta dias se concluirá esta segunda instancia; cuya sentencia será tambien ejecutiva, sea ó no confirmatoria de la primera, y por ella solo se concede al que la haya obtenido la tenencia de los bienes, y se remita el negocio á la Audiencia del territorio, para que conozca de él en posesion y propiedad. Tambien se ordena en dicha ley que si alguno despues de pasado medio año de la muerte del último poseedor viniere al Consejo á solicitar el remedio espresado, no se conozca del asunto, sino que se remita á la Audiencia.

183. A pesar de haber publicado las referidas obras los dos autores citados despues de la formacion de la ley 2, y antes de la publicacion de la 3, ninguno de ellos hace la mas mínima mencion de ella, como se convence de la duda que propone Gomez al número 126, donde suponiendo que dos pretenden ser sucesores de un mayorazgo, y que se les ha transferido la posesion civil y natural, y uno y otro piden que se les mantenga y defienda en la posesion, y resuelve que deberá el juez conocer sumaria y brevemente, admitiendo prueba sobre dicha posesion, y poner en la actual posesion al que la haya probado mejor, y defenderlo en ella hasta que se examine el punto en juicio plenario posesorio, cuya duda y resolucion afirma que continuamente acontece y se practica por los jueces peritos é inteligentes, y añade á continuacion, que sin embargo de esta práctica no encuentra que este caso se decida claramente en el derecho. De esta esposicion se convence hasta la evidencia que no tuvo noticia de la ley 2, que espresamente se formó para la resolucion de esta duda. El señor Covarrubias en el capítulo 17 de sus Prácticas, donde se supone tratar del entredicho de interin, no hace tampoco mencion de dicha ley, siendo así que su disposicion es un equivalente á dicho juicio.

184. No es fácil adivinar cuál fue la causa del silencio de estos autores, especialmente del señor Covarrubias, tan versado en nuestras leyes patrias; pero es de presumir que no tuvieron noticia de esta ley que posteriormente se insertó en la Recopilacion que se formó en el año de 1567.

185. Los demas autores nacionales que se subsiguieron á estos, como ya escribieron en la tercer época de haberse corregido la ley 2, no se

con solas las escepciones que en el mismo se señalan; advertencia que debe tenerse presente al leer lo espuesto en los números 221, 242, 260 y siguientes. Además estos juicios no tienen lugar en el día, despues que se han publicado las leyes sobre desvinculacion y estincion de mayorazgos. Véase la nota puesta al final de este Comentario.

detuvieron á tratar de intento de ella; pero no cabe la menor duda que siendo el juicio ó entredicho de tenuta un equivalente del interin, asi como en este caso no podian tener lugar los entredichos posesorios, igualmente eran inadmisibles en el de tenuta, y asi dice Perez en el capítulo 5, número 14, que la tenuta inventada por la ley 9, es un equivalente del entredicho de interin, por el cual, como observa el mismo Perez en el capítulo 2, número 15, solo se trata de que pendiendo el pleito no sea turbado en la posesion el que esté en ella sin perjuicio del derecho de los litigantes, tanto en la posesion como en la propiedad. Es, pues, constante y fuera de toda duda que en la época de la disposicion de la ley 9, no podian tener lugar los entredichos posesorios *retinendae*, *adipiscendae* y *recuperandae*, por lo que tratando el Perez del efecto de la mera tenuta, dice en el cap. 3, número 19, que es el ponerse en la posesion pero no el poseer, que son cosas diversas.

486. Síguese tratar ahora de la tercer época, que tuvo su origen en la disposicion de la ley 10. En ella se resolvió, que en los pleitos de bienes de mayorazgo, en que con arreglo á la ley 2 entiende el Consejo, determinados que sean en vista y revista, la remision se haga á las Audiencias en cuanto á la propiedad solamente, y no en cuanto á la posesion, como hasta alli se ha hecho, de forma que la sentencia del Consejo sea y se entienda ser sobre la posesion, y que sobre lo que asi se haya sentenciado no pueda haber otro juicio posesorio, debiéndose observar en todo lo demas lo dispuesto en la ley 9.

487. Como por esta ley 10 los juicios sobre bienes del mayorazgo, que antes eran de tenuta ó tenencia, se hicieron posesorios, y en este estado perseveran hasta nuestros dias (1) sin otra diferencia que el haberse hecho ordinario el término de prueba por la ley 6, tít. 24, lib 41 Novisima, de aqui es que así el señor Molina como los demas autores nacionales que le han subseguido, tratan de ellos en este concepto, deteniéndose á especificar y señalar los entredichos posesorios, de que podrá valerse el que se cree inmediato sucesor del difunto ó último poseedor para la material y corporal ocupacion de dichos bienes. El señor Molina, que ha sido el primero de los escritores nacionales que ha examinado ó comentado la resolucion de la ley 10, afirma en el lib. 3, C. 13 de *primogenitis*, número 2 y siguientes hasta el 6, que el verdadero sucesor en el mayorazgo á quien se ha transferido la posesion civil y natural, puede intentar ó valerse del entredicho *adipiscendae*, á fin de que el verdadero poseedor civil y natural se haga poseedor actual y real, consiguiendo la actual tenuta ó posesion. Para probar su opinion se vale el señor Molina de varios autores estrangeros que ni siquiera habrán oido la decision de la ley de Toro, como prudentemente se puede presumir de los que cita.

488. Aunque Antonio Gomez escribió sus Comentarios á las leyes de Toro, cuando regía la disposicion de la ley 9, sin hacerse cargo de ella como dejo notado, tratando en el número 418 de la presente ley, de los medios ó entredichos de que podia usar el sucesor en el mayorazgo para pedir que el detentador de los bienes se los entregase, propone su opinion y las razones en que la funda; y como estas son adaptables, no solo á la

(1) Véase la nota al núm. 480 y al fin de este Comentario.

primera época, que es á la que seguramente se refirió el Gomez, sino tambien á la tercera, que no se diferencia en lo substancial de la primera, me ha parecido conveniente hacerme cargo de ellas antes de examinar los fundamentos en que apoyan su opinion los autores que tratan directamente de la tercer época.

189. Se propone Gomez en el lugar citado la duda de si el sucesor en el mayorazgo podrá valerse del entredicho *adipiscendae* para conseguir los bienes del detentador, asi como el heredero ó sucesor universal usa del mismo entredicho, que es el de *quorum bonorum* para adquirir la posesion, segun la ley 4, ff. *quorum bonorum*, y otras que cita, y despues de haber indicado que parecia no debia tener lugar este entredicho, que es un remedio que se da al heredero que no posee para obtener la posesion, y en el presente caso el sucesor del mayorazgo posee desde el momento que murió el último poseedor, y no solo posee civil, sino tambien naturalmente por ministerio de la ley, y de consiguiente parece no puede intentar el remedio ó entredicho *adipiscendae* contra un tercero detentador de los bienes, resuelve y afirma que lo contrario es lo cierto y verdadero, esto es, que el sucesor puede intentar el entredicho *adipiscendae* para conseguir la posesion del detentador de los bienes, y cita en comprobacion un catálogo de autores estrangeros, algunos de ellos anteriores á la formacion de la ley de Toro, y acaso todos, y aun añade competente al sucesor en el mayorazgo el remedio de la ley final 6, *de edicto divi Had. tollendo*, para el caso en que haya sido instituido heredero universal, y en la herencia esten comprendidos los bienes de mayorazgo, pues dice podrá pedir se le ponga en posesion de ellos en virtud de dicha ley.

190. Pasando á manifestar la verdadera razon en que fundan los autores citados su opinion, dice consiste en que aunque es cierto que en virtud de la ley ó estatuto se transfiere *ipso jure* la posesion en el heredero ó sucesor; sin embargo como otro tiene la natural detencion no parece que es plena y del todo perfecta la posesion que hay en el heredero ó sucesor hasta que verdadera y realmente la aprehenda, y á este fin se le ha dicho remedio posesorio *adipiscendae*.

191. Pero esta razon en que apoya su opinion Gomez y los autores que sigue, es enteramente voluntaria é ilegal, porque supuesto que en virtud de la ley ó estatuto se transfiere en el heredero ó sucesor la verdadera posesion civil y natural, el que otro tenga la material detencion ni le constituye poseedor, ni impide que el heredero ó sucesor posea, y como el entredicho *adipiscendae* se da para adquirir por primera vez la posesion que no se tiene, se deduce por una consecuencia natural que el poseedor no puede usar del espresado entredicho sin incurrir en dos conocidos inconvenientes y absurdos de pedir lo que ya tiene, y pedirlo á quien carece de ello, á no ser que se pretenda decir que dos pueden poseer *in solidum* á un tiempo una misma cosa, que es un absurdo aun mayor.

192. Pretendiendo Gomez corroborar aun mas su opinion descende á citar leyes en su favor, y dice que por la primera, *C. communia de legatis*, se transfiere *ipso jure* el dominio de la cosa legada en el legatario, y sin embargo le compete tambien ademas de la accion legataria la personal, y la razon de esto dice es, porque el legatario se hace dueño ó se le transfiere el dominio por derecho especial, y no por acto verdadero de entrega, no obstante que la accion personal no se le concede ni com-

pete al dueño que por algun acto verdadero ha adquirido el dominio de la cosa, segun se espresa en el párrafo 14, *inst. de actionibus*, y la ley última, ff. *de conditione causa data*.

493. Al mismo intento alega tambien la ley, 1, C. *de donationibus quae sub modo* la final, C. *de sacr. Ecles.*, la 30, ff. *donationibus causa mortis*, la 30, C. *de jure dot.*, la 12, ff. *de captivis et post.* párrafo 7., *si quis servum*, y por último la 4, *de pactis inter emptorem et venditorem*.

494. En todas estas leyes, ó en la mayor parte de ellas, se transfiere el dominio *ipso jure* ó por derecho especial, y compete al dueño, ademas de la accion vindicatoria la personal, de lo cual deduce y forma Gomez el siguiente argumento; asi como cuando se transfiere el dominio de una cosa *ipso jure*, y sin mediar la entrega le compete al dueño ademas de la accion vindicatoria la personal, para pedir que el poseedor le entregue la cosa, transfiriéndole el dominio que ya tiene, tambien cuando se transfiere la posesion civil y natural *ipso jure* por el ministerio de la ley, puede el poseedor usar y valerse del entredicho *adipiscendae*, para conseguir que el detentador le entregue la cosa, y le transfiera la posesion de ella, y asi el sucesor del mayorazgo en quien se ha trasladado la posesion en virtud de la ley de Toro podrá pedir al juez que se le ponga en la verdadera y natural posesion de los bienes, é intentar para esto el remedio *adipiscendae possessionis*, cual es *quorum bonorum*, ó el remedio de la ley final, C. *de edicto divi Hadriani tollendo*.

495. Todas estas leyes citadas por Gomez mas deben considerarse como un efecto de su legal erudicion que como testimonios comprobantes de su opinion.

496. No es cierto en primer lugar que cuando se transfiere *ipso jure* el dominio de una cosa sin haber intervenido la entrega material de ella le compete al dueño, ademas de la accion vindicatoria la personal, y en prueba de esta verdad basta recordar que al que hace depósito de una cosa, al que la presta y al que la da en locacion le concede el derecho ademas de la accion vindicatoria, la personal *depositi, commodati et conducti* contra el depositario, como datario y conductor para que le entregue la cosa, y no para que le transfiera el dominio, como observa Donelo, lib. 8, de los Comentarios de derecho civil, capítulo 36, y sin embargo en todos los tres referidos casos el que usa de la accion personal no habia adquirido el dominio de la cosa que pide por ministerio de la ley, sino por medio de la tradicion ó entrega, con que es manifiestamente falso el principio establecido por Gomez de que cuando se transfiere el dominio de una cosa por derecho especial compete al dueño á mas de la accion vindicatoria la personal.

497. Otro ejemplo hay aun mas terminante de la concurrencia de la accion personal con la vindicatoria, de que hace específica mencion el emperador Justiniano en el párrafo 14 de las Instituciones en el título de las acciones, en donde se hace cargo de que el dueño de la cosa no puede pedir con accion personal, porque el dar en el sentido legal es entregar la cosa, de forma que se transfiera el dominio de ella, y lo que ya es de uno no puede adquirirlo segunda vez por ningun otro título, y sin embargo en ódio de los ladrones reconoce que se da al dueño de la cosa robada la accion personal ó condicion furtiva á mas de la accion vindicatoria que

como dueño le compete, y no puede dudarse que en este caso el dueño de la cosa robada no tenia el dominio de ella por derecho especial.

198. Pero aun cuando se le conceda á Gomez lo que pretende, que cuando se transfiera á uno el dominio de una cosa por derecho especial se pueda pedir por accion personal la misma cosa, nada en realidad adelantaria en lo que intenta probar, como voy á manifestar.

199. Por la accion personal en dicho caso, ó pedia que se le transfiriese el dominio que ya habia adquirido por derecho especial, ó la posesion de la misma cosa; si se dice lo primero, se incurre en el absurdo y error legal de que lo que es de uno lo pueda adquirir segunda vez por otro título, como lo sienta Justiniano en el citado párrafo de las Instituciones, y se resuelve en otras leyes; si se dice lo segundo de que lo que se transfiere es la mera posesion, nada consigue Gomez de lo que pretende, pues por la accion personal se ha transferido al dueño el dominio de la cosa que ya tenia por derecho especial, de que se ve que es indispensable convenir y reconocer que cuando en una persona concurren la accion vindicatoria y la personal, esta degenera de su naturaleza, *y se limita á pedir por ella que se le entregue la posesion de la cosa, y no el dominio de ella*, como sucede con las acciones *depositi commodati et conducti*, por las que no pide el dueño que se le transfiera el dominio de lo que es suyo, *sino que se le haga entrega de la cosa*; ¿ni cómo era dable que el depositario, comodatario y conductor pudiesen transferir el dominio que no tenian al que hizo el depósito, el préstamo y arrendamiento de la cosa? Lo mismo se convence aun con la mayor claridad en el que ha robado una cosa, á quien pide con accion personal, sin embargo que nadie duda que por el robo ni adquirió ni le compete el dominio de ella, *con que la accion personal se ha de entender limitada á pedir la entrega de ella*.

200. De lo que dejo espuesto se infiere, que aunque por las leyes citadas por Gomez se conceda la accion personal al que le compete la vindicatoria, en virtud de aquella accion no pide el actor que se le transfiera el dominio que ya tiene, *sino que se le entregue y restituya la cosa misma á la manera que aunque no es válida la estipulacion de una cosa propia, subsiste sin embargo la que se haga con el objeto de que se le restituya y entregue la misma cosa*, segun se dispone en la ley 82, ff, de *verborum obligationibus*, que ordena, que ninguno pueda estipular útilmente que se le dé una cosa propia, *aunque sí podrá pedir que se le restituya*, en cuyo sentido manifiesta Gomez en las leyes que cita, que debe usar el dueño de la accion personal, no para que se le transfiera el dominio que ya tiene de la cosa, *sino para que se le entregue y restituya*, y en el mismo modo se explica Donelo al Comentario á la ley 1, C. *communis de legatis*, que es una de las citadas por Gomez, en donde afirma que por la accion personal de que usa el legatario contra el heredero, no pide que se le transfiera el dominio de la cosa legada que ya tenia, porque entonces dice que se implicaria, *sino que se le restituya ó se le entregue la posesion de ella*.

201. Contraida esta doctrina al caso de la disputa, se pretenderá decir que por el entredicho *adipiscendae* no conseguirá el sucesor en el mayoralazgo la verdadera posesion que ya se le habia transferido por el ministerio de la ley, porque esto seria contradecirse abiertamente, *sino la entrega y ocupacion material de la misma cosa*, sin que esto lo impida el que el entredicho *adipiscendae* sea remedio posesorio, y de consiguiente lo que se

ha de pedir por él es la verdadera posesion, y no la entrega ó material ocupacion de la cosa, que en realidad no es posesion verdadera; pues asi como en los casos de las leyes que se han referido se puede usar y usa el dueño de la accion personal para que se le entregue y restituya la cosa, sin embargo de que la accion personal lleva por su naturaleza el que se le transfiera el dominio de la cosa que se pide por ella, limitándose y restringiéndose su efecto á pedir la restitution y entrega de la misma cosa, del mismo modo parece debe decirse que aunque sea cierto que el entredicho *adipiscendae* sea remedio posesorio, y lleve por su naturaleza el pedir la posesion real y verdadera, en el caso presente se limita su efecto y disposicion á pedir solamente la entrega y natural ocupacion de la cosa que se posee.

202. Aunque á primera vista aparece esta esposicion arreglada y conforme á lo que se ha dicho del efecto de la accion personal, cuando usa de ella el que tiene tambien la vindicatoria, sin embargo debe decirse que la esposada esposicion es enteramente infundada y arbitraria, porque no habiendo ley alguna que conceda al inmediato sucesor en el mayorazgo en quien se ha transferido la posesion civil y natural el entredicho *adipiscendae*, es una manifiesta voluntariedad el pretender atribuirle una accion que no le compete, ni el derecho se la concede.

203. Para mas corroborar Gomez su opinion de que el sucesor del mayorazgo en quien por ministerio de la ley ó por derecho especial se ha transferido la posesion civil y natural de los bienes puede intentar el remedio *adipiscendae*, que supone es el mismo que el *de quorum bonorum* ó el de la ley final, *C. de edicto divi Hadriani tollendo*, á fin de pretender que el juez lo ponga en la posesion verdadera y natural de los bienes vinculados, se vale en primer lugar de la ley 1 *C. de Carboniano edicto*, en la cual únicamente se ordena que en virtud del edicto pretorio se ponga en la posesion de los bienes hereditarios al hijo pupilo que por haber muerto su padre sin testamento le disputan la cualidad de hijo, ó pretenden que no sea legítimo con tal que preste caucion ó seguridad de restituírllos si despues de haber llegado á la pubertad sucumbia en la demanda.

204. Por poco que cualquiera se detenga á reflexionar sobre la disposicion de esta ley, echará de ver que en el caso de que habla no se transfiere en el hijo *ipso jure* ó por derecho especial, la posesion de los bienes hereditarios de su padre, sino que lo que únicamente se le concede en virtud del edicto pretorio es la accion ó derecho para pedir que se le dé una posesion que nunca ha tenido, y si jamás ha estado en la posesion de los bienes que ahora pretende, ¿qué consecuencia ó paridad podrá sacarse de la disposicion de esta ley para el caso de la disputa, en que por la ley de Toro se transfiere la posesion civil y natural de los bienes vinculados en el sucesor del mayorazgo, y despues de estar en esta posesion se pretende que pueda usar del entredicho *adipiscendae* para pedir y adquirir lo mismo que ya tiene? Si el un caso es diametralmente opuesto al otro, ¿cómo se pretende inferir que lo que se dispone en el uno se ha de entender tambien dispuesto en el otro?

205. No es mas feliz en la aplicacion que hace de la ley final, *C. de edicto divi Hadriani tollendo*, en la que se ordena que si alguno instituido por heredero, universal ó parcialmente, presentase el testamento sin ningun vicio visible, y con el correspondiente número de testigos, se le ponga en

posesion de los bienes que fueren del testador al tiempo de su muerte, con tal que no los tenga otro con título legítimo, y si se opusiera alguno se examine el punto de la toma de posesion en el juicio competente; siendo esta y no otra la disposicion de la presente ley, se convence que el heredero pide y le da el juez una posesion que jamas ha tenido, en cuyo caso nada tiene de extraño que use del entredicho *adipiscendae* para conseguir la posesion que no tiene, pero inferir de esto que deba decirse otro tanto en el caso que se disputa es un absurdo intolerable y repugnante á la razon.

206. El mismo Gomez en el número siguiente 119, proponiéndose la duda de si el sucesor en el mayorazgo en quien se ha transferido la posesion civil y natural podrá usar contra un tercero que detiene los bienes del remedio *recuperandae*, resuelve que no, y se funda en que como el sucesor posea, ni se le haya privado por otro de aquella posesion legal, no le puede competir el espresado remedio, en lo que manifiesta la inconsecuencia con que discurre en estas dos resoluciones, porque no es menos repugnante que uno pida se le dé lo que ya tiene, que solicitar recobrar lo que tiene y no ha perdido, pues si en este caso reconoce el Gomez que seria inútil el remedio *recuperandae*, ¿por qué no se ha de decir lo mismo en el otro caso?

207. El señor Molina, que como dejo dicho arriba ha sido de los primeros escritores nacionales que ha examinado la resolucion de la ley 10, afirma en el lib. 3; capítulo 13 de *primogenitis*, número 2 y siguientes hasta el 6, que el verdadero sucesor en el mayorazgo á quien se ha transferido la posesion civil y natural puede intentar y valerse del entredicho *adipiscendae*, á fin de que el verdadero poseedor civil y natural se constituya poseedor actual y real, consiguiendo la actual tenuta ó posesion de los bienes. Para probar su opinion se vale de varios autores estrangeros, muchos de ellos anteriores á la formacion de la ley de Toro, y otros que es de presumir no hayan tenido noticia de ellas.

208. En apoyo de su opinion se vale de la ley 6, ff. de *precario*, en la que pretende se establece, que aquel en quien se ha trasladado la posesion *ex constituto*, aunque dicha posesion sea civil y natural puede usar del entredicho *adipiscendae*, para conseguir la real ó actual tenuta y detentacion, segun Tiraquelo, lo que dice el señor Molina que es cierto, y que comunmente asi se observa, porque casi siempre en el uso de este remedio se suele pedir que el actor se ponga en la actual tenuta y posesion de los bienes del mayorazgo en ejecucion de las leyes de Partida y de Toro.

209. Aunque la ley que cita el señor Molina disponga que *ex constituto* ó *ex precario* se tenga la posesion civil y natural, nada dice en punto á si el mismo puede pedir por el entredicho *adipiscendae* la actual tenuta y detentacion, y el que Tiraquelo autorice esta opinion, y el señor Molina diga que es cierta, interin que no lo pruebe, no debe darse asenso á su asercion por las razones que se han indicado, y por lo que se establece en la ley 1, ff. *uti possidetis* párrafo 4, en donde se sienta el principio de que todo juicio posesorio se dirige á que se nos dé lo que no poseemos, ó á retener lo que ya tenemos, y consiguiente á esto sabiamente afirma Justiniano en el párrafo 4, *Inst. de interdictis*, que la ley y la razon quieren que uno sea el que posea la cosa, y el otro el que la pida; con que se de-

duce por una clara ilacion que es contra la ley y razon pedir lo que ya se tiene.

210. No se limita á esto la opinion del señor Molina, sino que la estiendo á que el sucesor del mayorazgo puede tambien usar del remedio *recuperandae*, y aun se atreve á firmar que puede usar y acumular estos tres entredichos, *adipiscendae*, *recuperandae* y *retinendae*, lo que dice que se ha de entender respecto de las diversas cosas que se comprenden en la herencia ó en el mayorazgo, porque puede suceder que respecto de una cosa sea despojado, respecto de otra turbado, y respecto de otra tercera ni despojado ni turbado; y últimamente supone que respecto de una misma idéntica cosa podrá el sucesor en el mayorazgo usar de todos estos remedios á un tiempo con diversos respectos.

211. Pasa á continuacion á desenvolver esta estraña paradoja, y dice que habiéndose trasladado la posesion civil y natural, en virtud de la ley de Toro podrá el poseedor del mayorazgo intentar el entredicho *adipiscendae* para conseguir la actual tenuta, y respecto de la posesion civil el entredicho *retinendae*, y respecto de la natural que alguno le hubiese usurpado violentamente el de *recuperandae*, por poderse acumular estos tres entredichos con diversos respectos, segun la ley 12, ff. de *adquirenda possessioe*.

212. Se hace cargo de que Tiraquelo y Antonio Gabriel omitieron la acumulacion del entredicho *recuperandae* con los otros dos; pero dice que la causa fue porque por los estatutos de Francia é Italia no se transfiere la posesion natural; y como estos dos remedios denoten repugnancia respecto de la posesion civil, con razon omitieron uno de ellos, y por último concluye que sea cual fuere la causa de no acumularse el entredicho *recuperandae*, no se debe dudar que en la posesion de los bienes de mayorazgo se pueden acumular todos estos remedios, y consiguientemente á esto asegura que vió muchas veces que pedia el actor en el juicio de tenuta que se le confiriese la actual tenuta y posesion de los bienes, conservándolo, defendiéndolo y reintegrándolo en ella en cuanto fuese necesario, cuya acumulacion, vuelve á repetir, que se puede sostener por derecho con diversos respectos muchas veces puede ser útil. Hasta aqui el señor Molina.

213. Veamos ahora los errores que envuelve su doctrina. Supone este autor que el que tiene la posesion civil podrá usar del entredicho *retinendae* para conservarla, y del entredicho *adipiscendae* ó *recuperandae* para adquirir la posesion natural, en lo que manifiesta que son dos las posesiones, una civil y otra natural, lo que es enteramente falso, pues como repetidas veces se ha dicho y queda probado, la posesion es una sola, aunque los modos de tenerla sean diversos.

214. Incurre tambien en el error de suponer que de una misma cosa pueden dos tener á un tiempo la posesion, y en este caso dice que podrá uno usar del entredicho *retinendae* para conservar la posesion civil, y para adquirir ó recuperar la posesion natural valerse del entredicho *adipiscendae* ó *recuperandae*, en cuyo sentido afirma que el sucesor del mayorazgo puede, respecto de una misma cosa, usar de todos estos remedios con diversos fines y respectos; pero esto es enteramente falso, pues como queda probado arriba con decisiones legales y en especial de la ley 3, ff. párrafo 1 de *adquirenda vel amittenda possessioe*, en donde espresamente se dice que es tan difícil y repugnante á la naturaleza que dos tengan la posesion de una cosa *in solidum*, como el que dos cuerpos esten y ocupen un

mismo lugar á un tiempo, por lo que con razon afirma Cujacio en el lib. 9, cap. 33 de las observaciones, que el que posee, bien sea civil ó naturalmente, ó con justicia ó sin ella, ó no posee en realidad, ó posee con exclusion de otro cualquiera.

215. El recurrir á los casos y ejemplo que habia visto el señor Molina en que el actor pedia que se le confiriese la actual tenuta y posesion de los bienes, conservándolo, defendiéndolo y reintegrándolo en ella, es pretender que los ejemplos prevalezcan contra las leyes cuando estas previenen que por ellas, y no por ejemplos, se han de resolver los negocios en justicia. A todo esto se aumenta que la acumulacion de acciones no fue conocida en el derecho civil, segun la ley 6, ff. de *exceptione rei judicatae*, y los espositores y el real no se separan de él en este punto.

216. Los autores que han escrito despues del señor Molina cuasi todos se conforman con su opinion admitiendo la acumulacion de entredichos en el inmediato sucesor, como son Paz en el cap. 24 de tenuta, número 7; el señor Castillo en el libro 3, cap. 24, número 25 y siguientes de sus controversias; el P. Molina en la disputation 637, número 2; Aguila en la parte 5, cap. 5, número 49 y siguientes de las adiciones á Rojas; Villadiego en la Instruccion política, número 136, en donde aunque afirma que al sucesor del mayorazgo le competen los tres entredichos, reconoce que el que le corresponde con mas propiedad, y de que usan los abogados mas prudentes es el de *retinendae*, que es lo que ya habia dicho Gomez en el número 120, párrafo *sed his non obstantibus*.

217. Habiendo hecho ver que en el caso de la ley de Toro no es aplicable el entredicho *adipiscendae* al sucesor en el mayorazgo, ni tampoco el de *recuperandae* por los fundamentos que se han referido del Gomez, corresponde manifestar cuál es el entredicho de que podrá valerse el sucesor en virtud de la ley. Digo, pues, que el entredicho que propiamente le compete y de que debe usar es el de *retinendae*, entendido por el de *uti possidetis*; así lo sienta el Gomez en el número 120, donde espresamente dice que es el remedio que mas propia y jurídicamente compete al sucesor del mayorazgo, y que los abogados mas hábiles se valen de él en el caso de la ley de Toro, y al fin del mismo número espresa la fórmula con que han de concluir su libelo los actores, reducida á que es legitimo y verdadero sucesor en el mayorazgo; que en virtud de la ley se ha trasladado en el mismo una y otra posesion; que injustamente se detienen los bienes vinculados por un tercero, por lo que pide se le declare sucesor y poseedor, y que por lo tanto se condene al demandado que no le moleste, perturbe ni inquiete en su posesion, y de consiguiente que le restituya las cosas que detenta, y que sea condenado á la restitution de frutos ó su valor que hayan producido desde el dia de la retencion, y añade que este es el remedio propio y jurídico que se debe intentar en el caso de la ley, y que así lo hacen los abogados mas instruidos.

218. El señor Covarrubias en el lib. 3 de sus Varias, capítulo 5, número 6, párrafo *Inst.*, afirma que el sucesor del mayorazgo podrá usar del entredicho *retinendae*, y en el caso de que despues de la muerte del poseedor haya otro ocupado ó adquirido la posesion de los bienes podrá valerse del entredicho *recuperandae*.

219. Contra esto podrá decirse que aquel que retiene los bienes del mayorazgo no molesta ni perturba al sucesor en su posesion, y aun caso

que el sucesor sea declarado poseedor, y condenado el detentador de los bienes á que en adelante no moleste ni perturbe al sucesor en su posesion, no conseguiria este la restitution de los bienes, porque este entredicho no es de naturaleza de recuperar, sino de conservar y retener.

220. Pero sin embargo se debe responder que este detentador de los bienes turba, molesta é inquieta al sucesor en el mayorazgo en retenerle los bienes y no restituírselos, porque de este modo no le deja usar de ellos y percibir los frutos de su posesion, como espresamente se resuelve en la ley 3, párrafo 2, ff. *uti possidetis*, en donde afirma el jurisconsulto Ulpiano que el que impide á otro usar de su posesion es visto que se le disputa y perturba, y en el párrafo 4 de la misma ley, en donde con referencia á Pomponio se dice que al que se le prohíbe cultivar una posesion se le impide poseerla: y como esto se verifica en el caso de la disputa, porque el sucesor en el mayorazgo tiene la posesion, y el detentador le impide hacer uso de ella, es claro, segun la ley citada, puede el sucesor en el mayorazgo en concepto de poseedor valerse del entredicho *retinendae* para que el detentador no le impida y estorbe el uso de su posesion, sin que se oponga á esto el que la naturaleza del entredicho *uti possidetis* es de retener y conservar, y no de restituir y recuperar la cosa, porque como la turbacion y molestia que sufre el poseedor consista en el estorbo que le pone el detentador para usar de su posesion, y este estorbo se origine de la detentacion, se sigue por una consecuencia necesaria que en virtud del entredicho *uti possidetis*, se pide que desista de la detentacion, y de consiguiente que restituya efectivamente los bienes al poseedor del mayorazgo.

221. Establecido que el único remedio que tiene el sucesor en el mayorazgo en quien se ha transferido en virtud de la ley de Toro la posesion civil y natural para pedir que el detentador de los bienes no impida y perturbe en la posesion de ellos, es el entredicho *retinendae*, ó *uti possidetis*, resta manifestar ahora el tiempo ó término que se señala por la ley para usar de este remedio, ó introducir el juicio de tenuta, ó mas bien el de posesion.

222. Por la citada ley 2 se dispuso que si desde la muerte del poseedor del mayorazgo alguno que pretendia ser llamado á él tomó la posesion y se mantuvo en ella por medio año, si despues viniere alguno y la pidiere, en virtud de la ley de Toro no se admita su instancia en el Consejo, sino que debe remitírsele á la Audiencia del territorio (1) y aunque por la ley 3 siguiente se derogó la disposicion de la ley 2 en cuanto á que el juicio que se habia de seguir en el Consejo fuera de tenuta, y no de posesion, por lo que hace al término señalado para introducirle, nada se innovó por la ley 3 antes bien se confirmó, debiéndose advertir que si una vez posesionado en los bienes el sucesor en el mayorazgo fuese despojado de la posesion, no podrá usar del entredicho *adipiscendae*, porque este, segun el párrafo 3, *Inst. de interdictis*, y la ley 2, párrafo 3, ff. *de interdictis*, no se concede al que ha tenido la posesion y la ha perdido; pero bien podrá hacer uso en el Consejo del entredicho *recuperandae* dentro de los seis meses inmediatos á la muerte del poseedor, segun el señor Molina

(1) Véase la nota al número 480 y al fin de este Comentario.

en el número 8 del capítulo citado, con tal que el despojo lo haya causado otro que pretenda ser llamado á la sucesion del mismo mayorazgo, porque si pretende que la posesion le compete por otro título no corresponde examinarse en el Consejo este punto, segun el mismo autor.

222. Si esta distincion es fundada, por igual razon parece corresponde decir lo mismo cuando el sucesor ha sido despojado de la sucesion porque en tal caso no pide la posesion como sucesor en el mayorazgo, sino en concepto de despojado, y en juicio de reintegro del despojo no se atiende al título con que poseía, ó causa de posesion, sino únicamente á si ha intervenido ó no despojo.

223. Encarga con razon el señor Molina al número 6 que se tenga siempre muy presente que aunque el remedio de que se usa sea posesorio es de naturaleza y cualidad que lleva siempre inherente y mezclada la propiedad, de tal forma que no podrá obtener en él el actor, si no hace constar que es un verdadero sucesor del mayorazgo, lo que se persuade con las palabras ó disposicion de la misma ley de Toro, que espresamente ordena que se transfiera la posesion civil y natural en aquel que segun la disposicion del mayorazgo debiere suceder en él, dando á entender que se ha de hacer constar esta cualidad.

224. No es nuevo que los entredichos posesorios lleven envuelta en sí la causa de propiedad, como se resuelve en la ley 2, párrafo 2, ff. *interdictis*, y en la 1, C. *quorum bonorum*.

225. De esta doctrina infiere el señor Molina que en este juicio posesorio se han de admitir todas las escepciones concernientes á la propiedad, porque lo que se opone á ella se opone por el mismo hecho á la posesion, lo que se debe entender con tal que incontinentemente se prueben las escepciones; pero si necesitan un exámen detenido y largo, y á continuacion declara que se dice se prueban incontinentemente las escepciones cuando se verifica se prueba dentro del término señalado á la instancia y causa principal.

226. Controvierten los autores si la disposicion de la ley de Toro se estiende al caso de que el sucesor en el mayorazgo sea el primer llamado á la sucesion por el fundador. Antonio Gomez propuso esta duda al número 117 de su Comentario á esta ley, y se declaró por la afirmativa. El señor Molina, que escribió despues, eligió la negativa en el lib. 3, capítulo 13, número 40, en cuya oposicion de opiniones tengo por mas conforme á la mente y espíritu de la ley, sin que repugne á sus palabras y literal contesto, la sentencia de Gomez.

227. Tres son las razones en que este autor funda su opinion; la primera en que la razon y disposicion de la ley se verifica, tanto en el caso del inmediato sucesor como en el mediato ó siguiente que conspira á la mejor conservacion de los bienes del mayorazgo, á que esten mas unidos, y en ningun caso se puedan enagenar por falta de posesion, y donde se halla la misma razon se presume igualmente la disposicion de la ley: la segunda en que cuando se hace verosímil que el legislador hubiera dispuesto lo mismo en el caso omitido que en el espreso, uno y otro se deben suponer comprendidos en la disposicion: la tercera en que en realidad los bienes son de mayorazgo, el cual si era irrevocable por haber intervenido alguna de aquellas causas que traen consigo la irrevocabilidad, no puede dudarse que tanto en vida como despues de la muerte del fundador son

verdaderamente bienes vinculados; y si es revocable y no lo revocó el fundador, se hace irrevocable por su muerte, y de consiguiente en cualquier de estos casos se verifica que los bienes constituyen un verdadero mayorazgo: es así que la ley habla espresamente de los bienes de mayorazgo, con que á ellos se debe estender su disposicion, que es para cuando haya muerto el fundador.

228. Veamos ahora los fundamentos de la opinion del señor Molina, y si desvanecen las razones de Gomez: el primero lo pone en que las palabras de la ley no dicen que pase la posesion del fundador al sucesor, sino de un sucesor á otro. Las palabras son, que muerto el tenedor del mayorazgo se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado, de que infiere que espresando el tenedor del mayorazgo no dijo el fundador, y de consiguiente quiso dar á entender que precedia otro sucesor que era de grado mas próximo que el que le subseguia, pues que de otro modo no hubiera dicho al siguiente en grado, á causa de que el fundador no constituye grado. La prueba mas convincente de la poca solidez de la opinion del señor Molina es la debilidad de las razones con que intenta apoyarla.

229. Tenedor del mayorazgo se dice con toda propiedad del natural y genuino significado de la palabra, no menos el que tiene y posee el mayorazgo que fundó, que el que lo tiene por sucesion después de la muerte del fundador, pues en uno y otro caso se verifica que el poseedor tiene el mayorazgo, que es lo que únicamente se requiere para llenar y cumplir el rigoroso significado de la palabra tenedor.

230. La ley 40 de Toro ofrece un testimonio irrefragable de esta verdad, la que usando de la misma palabra, tenedor de mayorazgo, comprende en su significado, tanto el fundador como á cualquiera de sus sucesores, porque de lo contrario era necesario decir que su disposicion no comprendia el caso de que el hijo mayor del fundador del mayorazgo muriese en vida de su padre dejándole un nieto, para que este escluyese á su tio en la sucesion.

231. Tampoco es cierto que corresponda menos la cualidad de siguiente en grado al que sucede al fundador que á cualquier otro de los ulteriores sucesores, y así el pretender que el fundador no constituya grado es una asercion voluntaria y destituida de fundamento, por no poder dudarse que el inmediato sucesor es el siguiente en grado al fundador en el orden de los llamamientos, lo que se verifica, no solo cuando el fundador es de la línea recta ó efectiva, sino tambien cuando es de la colateral, porque en uno y otro caso es cierto decir que el sucesor es el siguiente en grado en orden á los llamamientos en la sucesion de los mayorazgos que no piden por su naturaleza ir de grado en grado inmediato, como sucede en los saltuarios ó de cualidad; y supuesto que el fundador se verifica con toda propiedad que es el primer poseedor, es consiguiente que el sucesor inmediato sea el segundo poseedor siguiente en grado al fundador.

232. Aunque se convence mas esta verdad con la doctrina del señor Molina, que establece y sienta como un principio inconcuso en materia de mayorazgos que la sucesion en ellos se difiere, no por derecho hereditario, sino de sangre, de que deduce é infiere en el lib. 1, cap. 8, número 2 de su obra, que cualquiera de los sucesores en bienes de mayorazgo no recibe ni se le transfiere la sucesion del inmediato antecesor, sino del fundador, de

que se infiere por una consecuencia necesaria que cada uno de los que suceden en los bienes vinculados ó de mayorazgo es sucesor inmediato del fundador, y de consiguiente, ó en ninguno se ha de transferir la posesion civil y natural, como inmediato sucesor del fundador, ó se ha de reconocer que se transfiera en el primer llamado y sucesor inmediato del mismo fundador.

233. Tambien se infiere que si todo sucesor lo es inmediatamente del fundador, en cualquiera se verificará que es siguiente en grado, lo que no podrá entenderse sino con referencia al fundador, y por lo tanto es forzoso confesar que este constituye grado.

234. Aun cuando las palabras de la ley no fueran aplicables al inmediato sucesor, sino á los ulteriores, no se debería creer que habia razon de diferencia entre el inmediato y los demas, sino que la causa era porque mas frecuentemente se suele disputar la sucesion de los mayorazgos entre los sucesores mediatos que con el primer llamado, y siendo la razon la misma, en uno y otro caso debe regir la misma disposicion, pues segun se espresa en la ley 12, ff. *de legibus*, no pudiendo ser comprendidos específicamente en las leyes todos los casos, cuando en alguno está manifiesta la voluntad del legislador, el juez debe estender la disposicion de la ley á los casos semejantes.

235. El segundo fundamento de su opinion lo saca el señor Molina de las palabras de la ley que dice que pase la posesion civil y natural en el sucesor aunque haya otro tomado la posesion en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto ó el dicho tenedor le haya dado la posesion, de las cuales dice que se seguiría un grande absurdo si se intentasen aplicar al inmediato sucesor, cual seria que la posesion de los bienes del mayorazgo pasase del fundador al primer poseedor, aunque el fundador al tiempo de su muerte no tuviera la posesion, lo que afirma es contra todo derecho y contra lo que han dicho los autores que han escrito sobre los estatutos de Francia é Italia, conviniendo todos en que si el estatuto dispone que del difunto se continúe la posesion en el heredero, se ha de entender cuando poseía este, porque la otra posesion que no tenia no se puede continuar con el heredero.

236. Aun añade que se seguiría otro absurdo mayor, si en el caso que el fundador del mayorazgo hubiese entregado á otro en su vida la posesion de los bienes, se transfiriese aquella posesion por la muerte del fundador en el primer llamado, lo que dice no es verosímil lo quisiese disponer así el legislador, pudiendo el fundador regularmente revocar el mayorazgo.

237. Es bien extraño que el señor Molina pretenda limitar y coartar con los estatutos de Francia é Italia, y la esposicion de sus comentadores, las facultades de nuestros Soberanos para no poder establecer que la posesion de los bienes del mayorazgo pase al sucesor por la muerte del antecesor, aunque en vida de este haya tomado otra posesion.

238. Si espresamente lo ordena así la ley, y reconoce el señor Molina que esta disposicion rige en el caso del inmediato sucesor para con los ulteriores, sin que en esto haya el menor absurdo, ¿qué razon podrá haber para que no se observe lo mismo en el primer llamado, aunque el fundador no haya tenido la posesion al tiempo de su muerte?

239. Aun es mas fútil é infundado el otro absurdo que pretende se seguiría de que pasase la posesion de los bienes en el primer llamado, cuando el fundador en su vida hubiese entregado á otro la posesion de los bienes, fundándose para este en que el fundador puede regularmente revocar

el mayorazgo, porque ó el mayorazgo se habia hecho irrevocable por alguno de los modos que se espresan en la ley 44, ó no; si se dice lo primero, aunque el fundador entregue en su vida á otro la posesion de los bienes, el mayorazgo quedará válido y subsistente, y el fundador sin facultad para revocarlo; si lo segundo, es cierto que no se transferirá en el sucesor la posesion; pero la causa será porque en realidad no habia mayorazgo, y no habiéndolo no se estaba en el caso de la ley, y de consiguiente no debe regir su disposicion.

240. Don Cristóbal de Paz sigue tambien la opinion de Gomez, y amplía sus razones en el cap. 25.

241. Este mismo autor en el cap. 69 de su obra de tenuta suscita la duda de si el que ha obtenido una sentencia favorable en el juicio de tenuta gozará el privilegio de reo en el juicio de propiedad, transfiriendo en su contrario el gravámen y obligacion de probar el dominio y propiedad, que es decir, si al que ha conseguido vencer á su contrario en el juicio de tenuta se le ha de tener y considerar por verdadero poseedor para disfrutar todos los efectos de la posesion hasta que otro haga constar en el juicio de propiedad pertenecerle el dominio de los mismos bienes, en cuya duda es de parecer el espresado autor, que sin embargo de que sea cierto que en los entredichos posesorios ordinarios el que ha sido vencido y propone la demanda de propiedad esté obligado á probar el dominio, en el caso presente debe decirse lo contrario, y se funda para ello en que la sentencia en el juicio de tenuta no tiene tanta presuncion de derecho á su favor que transfiera el gravámen y obligacion de probar en aquel contra quien se ha dado, ó lo que es lo mismo, que prive de la posesion al que ha sucumbido.

242. Esta opinion no la limita el Paz al tiempo y época en que regia la disposicion de la ley 9, sino que la amplía y estiende aun despues de la resolucion de la ley 10, que tan clara y terminantemente ordenó que vistos en el Consejo en vista y revista los pleitos de tenuta, se remitieran á las Audiencias tan solamente en cuanto á la propiedad, por ser la sentencia y determinacion del Consejo en cuanto á la posesion, y pretende el citado autor que rijan esto mismo despues de la ley 6, tit. 24, libro 41 de la Novísima, que le negó la súplica en el juicio de tenuta, y los cincuenta dias que se concedian para la prueba los estendió y amplió al término ordinario de ochenta (1).

243. Las razones en que se funda Paz para sostener tan estraña opinion, aun despues de la resolucion de la ley 10, que tan espresa y terminantemente declara que el juicio que por la ley 9 era de tenuta ha de ser en lo sucesivo posesorio, de forma que ya no se ha de volver á tratar en las Audiencias de la posesion, sino que este juicio en cuanto á la naturaleza del entredicho, á que dice se ha de atender, permanece sumario y momentáneo como era antes, en términos que aunque en el juicio posesorio ordinario se deba proceder plenamente en la causa, y controvertirse todos los actos judiciales que suelen intervenir en él, admitiendo la prueba de tacha de testigos, la impugnacion de instrumentos y restitution de menores, en el juicio posesorio de tenuta siempre se procede sumariamente sin hacer publicacion de probanzas, ni admitir tacha de testigos, ni impugnacion de tes-

timonios, á no ser que sea evidente la falsedad, ni al menor se le concede restitucion contra la prueba, y por esto dice que aunque se alteró la disposicion de la ley 2 en cuanto á la posesion por acortar las dilaciones, este juicio posesorio conserva el nombre, fuerza y efecto de la verdadera tenuta, en la que no se trata del derecho de poseer, sino del hecho de la posesion.

244. De aqui infiere que la sentencia de tenuta no transfiere la obligacion de probar en aquel contra quien se ha dado, como sucede en los demas entredichos posesorios que tratan de la posesion civil, y asi la sentencia pronunciada en favor del poseedor en el juicio de tenuta no produce ninguna presuncion de derecho en su favor para el juicio de propiedad, por lo que concluye que como por la ley 3 el juicio de tenuta solamente se hizo posesorio no debe producir otros efectos, por lo que espresó, que fuera lo que disponia acerca de la posesion, debia permanecer en su fuerza y vigor lo ordenado por la ley 2, en la que se disponia que íntegramente se reservase la causa de propiedad, y si se transfiriera en el vencido en el juicio de tenuta la obligacion de probar en la propiedad, no se conservaria íntegra la causa de esta, porque íntegro dice que se llama aquello que no se disminuye y que nada le falta.

245. Tambien añade que la razon que tuvo la ley 6, tít. 24, lib. 11 de la Novísima, para denegar la súplica en el juicio posesorio, fue el que se consideraba que era muy leve el perjuicio que se le causaba respecto de reservar su derecho para el juicio de propiedad, y no seria leve sino considerable el perjuicio que se le causaria si se le gravase con la obligacion de probar en el juicio de propiedad, por lo que concluye que sostiene con novedad que el vencedor en el juicio de tenuta no transfiere en el vencido la obligacion de probar en el juicio de propiedad, el que dice que se ha de seguir y acabar como si uno y otro litigante fuese actor y reo, sin conceder ninguna prerogativa al poseedor.

246. Es tan estraña esta opinion de Paz, y envuelve tantos errores legales y contradicciones, que solo viéndolo se hace creible pudiese adoptarse por un autor tan instruido en la jurisprudencia y versado en nuestras leyes patrias.

247. Concédasele á Paz que el juicio de tenuta se conserve sumario y momentáneo, como era por la ley 2, aun despues de la resolucion de la 3, y que ni se haga publicacion de probanzas, ni admita prueba de tachas de testigos ni impugnacion de instrumentos, sino en el caso insinuado de notoriedad, ni restitucion contra la prueba, y que la alteracion que sufrió la disposicion de la ley 2, por la de la 3 únicamente fue en cuanto á la posesion á fin de acortar dilaciones, ¿y qué adelanta Paz con esta suposicion y preámbulo? No otra cosa que abismarse en mayores é insuperables dificultades.

248. Si el juicio de tenuta conserva y mantiene despues de la ley 3 la naturaleza de sumario que tenia por la 2, tambien es indispensable que conserve la cualidad de ejecutivo que por la misma ley se le atribuía, ordenando que la sentencia de vista fuese ejecutiva en el juicio de tenuta aunque se suplicase de ella, y que aquel en cuyo favor se diere sea puesto en la tenencia de los bienes del mayorazgo.

249. Supuesto que el juicio de tenuta permanezca ejecutivo despues de la disposicion de la ley 3, y que por esta lo único en que se alteró la disposicion de la ley 2, fue en que la sentencia que antes recaía por esta

sobre la tenencia recayese despues sobre la posesion, como reconoce y confiesa Paz, se sigue por una consecuencia tan clara y evidente como necesaria, que aquel en cuyo favor se diere la sentencia de vista, deberá ser puesto inmediatamente en la posesion de los bienes, como antes se ponía cuando regia la disposicion de la ley 2, en la tenencia de ellos.

230. Ahora bien, si por la sentencia de vista se puso en posesion de los bienes al que obtuvo á su favor la sentencia, en virtud de la disposicion de la ley 3, y por la 6, tít 24, lib. 11 de la Novísima, se le denegó la suplicacion, quedó hecho verdadero y legítimo poseedor de los bienes, y como tal está exento del gravámen de la prueba en el juicio de propiedad, como espresamente se resuelve en la ley 2, y 16, C. de *probationibus*, declarando que al poseedor no le incumbe el gravámen de la prueba; de que se convence hasta la evidencia que el que ha conseguido en el juicio de tenuta una sentencia favorable está exento de probar en el juicio de propiedad, y pasa al actor este gravámen.

231. Pretende Paz, al número 10 y siguiente, que el juicio de tenuta que se hizo posesorio mixto, en virtud de la ley 3, y por la cual se proveyó de remedio á la posesion civil y natural, esto es, no solo á la posesion de hecho, conserva despues de dicha ley 3, asi el nombre como la fuerza y efectos de la verdadera tenuta.

232. Por poco que se reflexione se echará de ver que esta asercion envuelve en sí una manifiesta contradiccion: si el juicio de tenuta que reconoce era antes por la ley 2 un remedio posesorio, mero y puro, se hizo mixto, en virtud de la ley 3, que proveyó de remedio, tanto á la posesion de derecho como de hecho, implican que produjese el mismo efecto, porque en tal caso hubiera sido inútil y ociosa la disposicion de la ley 3, que dejaba las cosas en el mismo ser y estado que antes tenían.

233. Pero como habia de ser el mismo el efecto si la disposicion de la ley 2, que solo se limitaba á la tenuta ó posesion de hecho, la estendió y amplió la 3 á la posesion de derecho, como confiesa el Paz al número 10, y aun añade que de tal modo se hizo posesorio el juicio por la espresada ley, no solo en cuanto al hecho, sino en cuanto al derecho, que quedase terminada y concluida la causa en lo tocante á la posesion, de forma que no se volviese jamás á tratar de ella.

234. Si por el juicio introducido y seguido, segun lo dispuesto por la ley 3, quedaba terminada y concluida la causa de posesion, ó lo que es lo mismo, declarado á quien pertenecia el derecho de poseer, y que ya no se volviese á tratar mas de él, con que es claro que uno de los litigantes habia de ser declarado poseedor verdadero de los bienes, porque de otro modo no podia ser cierto decir que la causa de posesion quedaba terminada y conclusa, y en esta suposicion aquel en cuyo favor se diese la sentencia debia ser puesto en la posesion de los bienes, por ser ejecutiva y no admitir suplicacion, y de consiguiente transferia el gravámen de probar en el juicio de propiedad al que habia sucumbido en el de posesion.

235. En tanto grado es cierto que el juicio de posesion debe preceder al de propiedad, que dice el Emperador Justiniano en el párrafo 4, *inst. de interdictis*, que cuando algunos quieren disputar en juicio la propiedad de alguna cosa se ha de ventilar antes á quién pertenece la posesion para conocer quién debe poner la demanda, porque añade que si antes no consta cuál de los dos tiene la posesion no se puede introducir la demanda de

propiedad, á causa de que asi la razon legal como la natural exige que uno posea y otro pida al poseedor.

256. A lo dicho se aumenta que siendo diversa la accion que se introduce por la ley 3 de la que se ventilaba por la 9, necesariamente debia ser diverso y distinto el efecto de las sentencias dadas respectivamente.

257. Aun se hace mas estraña la opinion de Paz, si se coteja con lo que dejó dicho en el número 3 del cap. 6, en donde despues de suponer en el número 1 y 2 que el juicio de tenuta, si se consideraba en su origen no podia dudarse de que no traia mezclada en si la causa de propiedad, porque en él solo se trataba de la mera cuestion de hecho y no de derecho, á causa de ser el espresado juicio, atendida su naturaleza y la decision de la ley 2, preparatorio tan solamente del de propiedad, y por eso afirma en términos espresos que despues de la decision de la ley 3 tiene por mas cierto que el juicio de tenuta lleva en sí envuelta y mezclada la causa de propiedad. Si segun su confesion el juicio de tenuta que por la ley 2 era de mera posesion de hecho, y preparatorio del de posesion y propiedad, se hizo por la ley 3 de posesion de derecho, llevando en sí envuelta la causa de propiedad, es indispensable reconocer que la sentencia que recae en este juicio es declaratoria de la posesion de derecho, y el que la obtiene á su favor se constituye verdadero y legitimo poseedor de hecho y de derecho, y como á tal le corresponden y goza de los privilegios de poseedor, de los cuales es uno el de transmitir la obligacion de probar en el que pretenda disputarle la propiedad.

258. Otro tanto habia dejado ya dicho este autor en el cap. 5, número 13 y siguientes, en donde confiesa que la tenuta que por la ley 2 se equiparaba al entredicho interin, por la decision de la ley 3, ya no se equipara al entredicho Interin, sino al *uti possidetis*, y tambien infiere que el nombre de tenuta ya se habia hecho impropio, debiéndose llamar juicio de posesion por la nueva naturaleza y alteracion que habia sufrido.

259. Cuando todo lo que queda dicho no fuera de un claro convencimiento para persuadir la ninguna solidez de la opinion de Paz, bastaria para hacer demostrable su falsedad, no solo la peticion que se hace en la demanda del juicio de tenuta, reducida á que respecto de haberse transferido por el ministerio de la ley la posesion civil y natural, se le maade dar la real y actual con rendimiento de frutos desde el dia de la vacante, sino la fórmula con que se concibe la sentencia, declarando habérsele transferido la posesion civil y natural por la muerte del último poseedor, y mandando se le dé con todos los frutos que hayan producido los bienes desde el dia de la vacante, y á consecuencia de ella se le da al que la ha obtenido la ejecutoria ó una certificacion de ella para que en su virtud sea puesto inmediatamente en la posesion real y actual de todos los bienes del mayorazgo, cuya práctica acredita que el juicio ha sido propiamente posesorio, y lo atestigua don Pedro Escolano en su práctica del Consejo real tomo 2, cap. 15 de tenutas.

260. Se ha dicho que por disposicion de la ley 2, tít. 24, lib. 11 de la Novísima, se ha de poner la demanda de tenuta en el Consejo dentro de los seis primeros meses despues de la muerte del último poseedor (1) lo

(1) Véase la nota al núm. 180 y al fin de este Comentario.

que debe entenderse con tal que el tercer opositor que viene poniendo la demanda no sea coadyuvante de alguno de los litigantes, pues en tal caso como este tercer opositor tiene que seguir la causa en el estado que la encuentra, y ningun perjuicio causa á los litigantes, no se debe tener como un nuevo opositor, por lo que afirma el señor Molina en el número 47 de las notas que trae al fin de su obra que debe ser admitido, cuya opinion sigue Paz en el cap. 23, número 1 y siguientes, en lo que no parece hay motivo de dudar atendidas las razones que propone Paz en el lugar citado.

161. Mayor dificultad envuelve el caso de que este tercer opositor ponga su demanda de tenuta despues de los seis meses, pretendiendo escluir el derecho de los colitigantes. El señor Molina en el lugar citado dice que no debe ser admitido, á no ser que haga su oposicion antes de recibirse la causa á prueba, ó al principio de haberse recibido, y da por razon que el término de prueba debe correr por todos, ni se causa ningun daño á los litigantes de admitir oposicion, ni se dilata el pleito, por lo que tiene por justo y equitativo que no se repela su opinion en este caso, lo que dice que se puede probar con muchos derechos y razones. Si son como las que ha referido, hizo bien en no haberlas espresado.

262. Paz en el número 14 del citado capítulo 23 defiende con vigor que el tercer opositor que se presenta fuera del término de la ley escluyendo á los litigantes no debe ser admitido, aunque haga su oposicion antes del término probatorio ó al principio de él, y sin embargo al número 33 reconoce que la opinion del señor Molina debe ser admitida atendida la equidad, y que vió alguna vez seguirla en el Consejo, y á continuacion estiende la misma opinion á todo término probatorio, con tal que no se impida ni se difiera la sentencia definitiva, ni se le conceda ninguna nueva dilacion.

263. Don Pedro Escolano en su Práctica del consejo, tomo II, capítulo 15, hablando del juicio de tenuta, dice que hay muchos ejemplares de que estando principiado el pleito en tiempo y forma, y siguiéndose entre las partes, ha salido al juicio despues del semestre establecido por la ley 2, tít 24, lib 11, poniendo su demanda de tenuta un tercero, ó como coadyuvante del derecho de algunas de ellas ó como escluyente de todas, en cuyo caso, ya sea por hallarse al parecer omitido en la citada ley, pues segun se colige, solo se escluye en ella de este juicio al que despues de los seis meses le instaure y empieza de nuevo, ya sea por la grande equidad del Consejo, ó ya por los fundamentos que su sabiduria tiene presentes, la práctica que en esto regularmente observa es admitir la nueva demanda ó terceria mandando dar traslado á los demas interesados en la tenuta, sin perjuicio del estado del pleito, ó acordando que se tenga presente al tiempo de la vista, y especialmente cuando aparece por los instrumentos un derecho claro en el tercero y superior á los demas.

264. Segun esta práctica parece que el tercer opositor que viene á la causa, bien sea escluyente ó coadyuvante, es admitido sin perjuicio de su estado, no solo al principio del término probatorio ó durante él, sino aun despues, en lo que se ve amplían y estienden las dos opiniones de los citados autores, y á mas se advierte que si al tercer opositor que viene con derecho esclusivo de los litigantes se le admite sin perjuicio del estado de la

causa, se le puede probar el derecho en que funda su demanda, mayormente si la causa estaba ya concluida para definitiva.

265. Entre los ejemplos que propone Escolano de habers e observado la práctica que deja sentada, refiere un pleito que se principió en el año de 1646 entre las partes que espresa, y dice que habiendo salido un tercer opositor á la causa, no solamente despues del semestre sino tambien despues de la sentencia de vista, y de haberse visto en la instancia de súplica, y remitido en discordia sobre la sentencia de revista, y sin embargo del artículo que se formó sobre repulsa de esta demanda y de no contestar, mandó el Consejo que se adicionase el memorial con los instrumentos producidos para los efectos que hubiese lugar.

266. Sea lo que fuere de la certeza de este caso, lo cierto es que choca directamente, no solo con la decision de la ley 2, que fija el tiempo en que se debe poner la demanda de tenuta, sino mas particularmente con la ley 6, tit. 24, libro 4 de la Novísima, que espresamente derogó la súplica de los juicios de tenuta, y siendo dicha ley del año 1595 se ve que fue anterior al año de 1646, en que se incoó el pleito de que habla Escolano, y de consiguiente no correspondia haber admitido súplica de la sentencia de vista en virtud de la espresada ley, que se observa religiosamente hasta el presente. Lo mismo se repitió en la ley 62, cap. 22, tit. 4, libro 2 de la Recopilacion; que es de 1608.

267. Como quiera que sea, si las prácticas han de prevalecer contra las leyes era escusado ocupar el tiempo en hacerlas.

268. Esta práctica, caso de ser cierta, mas se debe reputar por un abuso de la autoridad que por una justa y equitativa interpretacion de la ley.

269. Como pendiente el juicio de tenuta comunmente suele introducirse por alguno de los litigantes el artículo de la administracion de los bienes, será bien referir el modo y forma con que debe circunstanciarse dicho artículo, segun lo dispuesto por el señor don Fernando VI en su real orden de 1750, que por primera vez se ha insertado en la ley 8, tit. 24, libro 11 de la Novísima Recopilacion.

270. En ella se ordena que el citado artículo se ha de substanciar en el término perentorio de cuarenta dias, que han de correr desde el que se reproduzca en la escribanía de cámara del Consejo la provision de emplazamiento con las notificaciones hechas á los interesados, sin que en ningun caso se suspenda y prorogue, y que en el mismo auto en que se resuelva el artículo se ha de recibir el pleito á prueba sobre lo principal por los ochenta dias de la ley, sin que se pueda suspender ni prorogar con ningun pretexto ni motivo; que del referido auto de prueba de administracion ó secuestro no se ha de admitir súplica ni otro recurso en ninguna de sus partes; que en sala de mil y quinientas se han de substanciar todos los pleitos de tenuta hasta ponerse en estado de sentencia definitiva, y que en ella sola se han de ver y determinar todos los artículos que durante el juicio se introdujeren, á escepcion del que se formase sobre no ser caso de tenuta, ó no haber lugar á este juicio, porque semejante artículo se ha de ver y determinar por las tres salas, segun y como se ve determinada la tenuta en lo principal. Esto es cuanto comprende dicha real disposicion.

271. Resta solo advertir para complemento de esta materia que los juicios de tenuta se han de ver en definitiva, y los artículos que tengan fuerza de ella por los trece señores ministros que componen las tres salas

de Consejo de mil y quinientas, justicia y provincia, ó por lo menos por nueve de ellos, segun la ley 21, tit. 7, lib. 4 de la Novísima y la nota 3 (1).

(1) Segun hemos advertido ya en la nota al núm. 180, los juicios de tenuta han desaparecido desde que se restableció la ley de 11 de abril de 1820, por el real decreto de 30 de agosto de 1836, como habian cesado las antiguas disposiciones sobre el procedimiento que se seguia en tales juicios ante el Consejo, número de magistrados, etc., desde la publicacion del reglamento provisional de 1835, para la administracion de justicia, en cuyo artículo 36 se dispuso que los jueces de partido fueran los únicos que conocieran en primera instancia de todos los pleitos y causas que ocurriesen en su distrito, con solas las escepciones que en el mismo artículo se señalaban.

No obstante, el art. 8 de la ley de 11 de abril de 1820, ha dado ocasion á varias cuestiones de suma importancia sobre el ejercicio de las acciones para reclamar la posesion ó propiedad de los mayorazgos, de que creemos deber hacernos cargo en este lugar. En dicho artículo se determinó: 1.º que lo dispuesto en los artículos 4.º al 5.º sobre que los poseedores á la sazón de los bienes vinculados pudieran disponer libremente de la mitad de ellos) no se entendiese con respecto á los bienes hasta entonces vinculados, sobre los cuales pendieran en la época en que se dió la ley, juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualesquiera otro que pudiese en duda el derecho de dichos poseedores, pues estos en tales casos, ni los que les sucedieran no pudiesen disponer de los bienes hasta que en última instancia se determináran á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales debian arreglarse á las leyes dadas hasta entonces ó que se dieran en adelante: 2.º que para evitar dilaciones maliciosas, si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad, dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tuviese despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiere declarado la sentencia ó posesion, fuese considerado como poseedor en propiedad, pudiendo usar de las facultades concedidas en el art. 2.

Hé aquí las cuestiones á que ha dado lugar la disposicion de este artículo: ¿Podrán privar al poseedor de bienes vinculados al tiempo de darse la ley, del derecho de disponer de sus bienes, solamente los que ya entonces estuvieran disputando su derecho á dichos bienes, ó se estenderá esta facultad á los que no habian hecho aun uso de su derecho en el tiempo mencionado? ¿Si al tiempo de darse la ley sobre desvinculacion, se encontrara concluso el pleito que se entabló sobre posesion de bienes vinculados, habrá tambien el término de cuatro meses ú otro cualquiera, para entablar el de propiedad? En una palabra, despues de publicada dicha ley, ¿pudieron permanecer las antiguas acciones vinculares, tales como existian en nuestro derecho para ejercitarlas en los términos y dentro de los plazos que les señalaban las antiguas leyes, ó se concluyeron y extinguieron desde aquel punto, quedando solo las que se hallaban instauradas, segun el artículo espuesto? Si se extinguieron, ¿pueden substituirse con otras comunes para obtener el mismo resultado? Si es posible la promocion de nuevos pleitos, ¿qué se hará en el caso de que los poseedores al darse la ley hubiesen llevado á ejecucion su derecho de dividir y enagenar y se hallasen vendidas con arreglo al artículo 2, algunas de las fincas sobre que habia versado el litigio? ¿Correrán los cuatro meses enunciados respecto de los que habiendo reclamado la posesion perdieron el pleito de tenuta, y no comenzaron el de propiedad dentro de los cuatro meses desde la notificacion de la sentencia?

El señor D. J. Francisco Pacheco, en su comentario á la ley mencionada sobre desvinculacion de mayorazgos, es de opinion, respecto á la subsistencia ó estincion de las antiguas acciones vinculares: 1.º que publicada la ley de 11 de octubre, no han podido ni pueden promoverse por el plazo indefinido que antes les estaba abierto, nuevas demandas sobre la posesion ni sobre la propiedad de las que fueron vinculaciones; que lo mas podria caber duda sobre si por una interpretacion estensiva, se podrán promover en el preciso plazo de cuatro meses, pero que pasado este término, están finalizadas y abolidas todas las antiguas acciones sobre mayorazgos, y que los poseedores de los bienes que los constituyeron no podrán ser demandados en su razon por personas, que atendida la legislacion antigua, se creyeran con derecho mas preferente. Este distinguido escritor se funda principalmente para apoyar su opinion, primero en que el objeto general de la ley fue abolir las vinculaciones, y no paulatinamente ni á largos

plazos, sino todas de una vez en el momento en que fuera dictada y promulgada, por lo que, si bien la facultad de disponer de los bienes se reservó por partes para no herir lo que se llamaron justas expectativas, la entidad de la vinculacion, ese ser legal que habian creado los siglos anteriores, ese lazo que unia á los bienes entre sí, que los relacionaba con líneas y con personas, que habia creado acciones especiales, jurisprudencia especial, tanta multitud de lazos y de derechos como se comprendian en la palabra *mayorazgos*, todo eso concluyó y se desvaneció desde aquel punto, para no quedar sino las relaciones de la ley comun entre los bienes que habian sido vinculados, y la persona, que siendo en aquel instante su poseedor material, su poseedor en el sentido comun, se encontró completamente su dueño. Acerca de la cuestion sobre si el término de cuatro meses, concedido por la ley á los vencidos en el pleito de posesion ó tenuta que tenian interpuesto al tiempo de darse la ley, deberá ser extensivo, bien á los que ya hubiesen terminado su debate á la fecha de la ley, bien á los que no hubiesen promovido pleito alguno, pero se creyesen con mejor derecho que los poseedores ó tenedores actuales, opina el señor Pacheco que los autores de la ley no concedian el término sino á favor de los que estaban actualmente litigando, puesto que consideraban al poseedor de hecho como justo y legitimo poseedor con tal que no hubiere litigio contra él al tiempo de darse la ley, y de lo contrario, asi como señalaron un término para que los que tenian pleito propusiesen la accion correspondiente para que se decidiera quién fuese el poseedor legitimo, lo habrian señalado tambien respecto á aquellos poseedores actuales, cuyo derecho no se habia empezado á disputar todavía, mas cuando no estuviera siguiéndose el debate, aquella regla no debia tener escepciones, puesto que de haberlas, se hubieran señalado: que los cuatro meses no fueron pues en el ánimo de las Cortes una regularizacion general de las acciones vinculadas, sino la fijacion de un término para llevar adelante los pleitos que pendian en su tránsito de una á otra naturaleza: que las personas que habiendo principiado el pleito de posesion antes de darse la ley, lo tuvieran acabado, publicada esta, pueden comenzar el de propiedad dentro de los cuatro meses, contados desde esta publicacion, porque la serie de pleitos que habian de seguir el vínculo y su legitima posesion estaba principiada, y si concluso el pleito posesorio, no se habian apresurado los litigantes á promover el de propiedad no era culpa suya, sino de la antigua ley, que no les habia señalado plazo alguno para el ejercicio de tal derecho. Respecto de si podrá promoverse el litigio despues de la promulgacion de la ley, aun siendo en un dia ó una hora, se inclina á la no ampliacion, si se atiende al espíritu y sistema de la ley.

A las razones que se han espuesto sobre la subsistencia ó insubsistencia de las acciones vinculadas, se ha contestado sólidamente haciendo observar, que aunque hayan cesado las acciones vinculadas, tales como se conocian en la antigua legislacion, esto es, para la reclamacion de los bienes vinculados, con el carácter de tales, puesto que ha caducado el derecho de vinculacion, no por eso debe entenderse que han cesado las acciones correspondientes para reclamar los derechos que todavía dejó subsistentes y los que creó la ley, á saber, el de poseer en absoluta propiedad la mitad de los bienes vinculados, y la otra mitad mas adelante: que por *poseedores*, hablando de mayorazgos deben entenderse solamente los que poseen por título legitimo, puesto que en los bienes vinculados, no habiendo verdadera posesion, sus tenedores legitimos no son conocidos con otro nombre que con el de poseedores, y por que no fué ni pudo ser el objeto de la ley, legitimar todas las detentaciones que se estuvieran verificando en los bienes vinculados con tal que no se hubiese dado lugar hasta entonces á ninguna reclamacion judicial, sino respetar hasta cierto punto, al desvincular los bienes de mayorazgo, los derechos adquiridos ó las llamadas expectativas de los inmediatos sucesores. Acerca del término para ejercitar estas acciones, se ha defendido, que si bien las acciones que se creen subsistentes para reclamar el derecho que puede tener un tercero por causa de sucesion á los bienes vinculados, no pueden considerarse imprescriptibles como las antiguas acciones vinculadas, puesto que la ley tuvo por objeto dejar en libertad á los poseedores de bienes vinculados, de disponer libremente de sus bienes, tampoco puede señalárseles el plazo de cuatro meses, puesto que la ley solo concede este término para entablar el pleito de propiedad, cuando está pendiente el de posesion, con el objeto de evitar las dilaciones que á la desamortizacion de muchos bienes vinculados podrian ofrecer los litigios pendientes sobre ellos; pero no habiendo litigio, puede el poseedor promover la division de bienes y el que tuviere derecho preferente á ellos ejercitarlo para impedir su enagenacion, puesto que pudiendo entregarse á la circulacion los bienes sobre que no hay litigio, no tiene objeto el plazo de la ley ni es aplicable á ellos. Que esta accion, cuyo objeto es que se declare que el mayoraz-

go pertenece al demandante, no significando en el día, como antes de la estincion de los mayorazgos, un derecho preferente á la posesion del mismo vínculo con las limitaciones propias de aquella institucion, sino la propiedad absoluta del litigante á quien favorece sobre todos los bienes del mayorazgo disputado, la demanda para obtenerla es una simple accion real reivindicatoria con la duracion de todas las de su clase, esto es, de 30 años, accion que podrá entablarse contra cualquiera, en cuyo poder se hallen los bienes vinculados ó una parte de ellos, y entablada produce el efecto de impedir la enagenacion de la cosa litigiosa; de suerte que si un detentador de bienes de mayorazgo, vendiese la mitad de los bienes, dejando la otra mitad á su sucesor, podrá el sucesor legitimo ejercitar su derecho en vida del detentador y antes que prescriba su accion, demandando por la via ordinaria á los poseedores de los bienes malamente enagenados, los que deberán serle devueltos; que esta accion de los que al publicarse la ley de 1820, debian estar en posesion de sus mayorazgos, prescribirá como todas las acciones reales, debiendo principiarse á contarse el tiempo de prescripcion, desde el día en que pudo ejercitarse, esto es, desde el 11 de octubre de 1820 en que se promulgó la ley ó desde el en que se restableció en 1836; que la accion de los mismos, que ya tenian pleito pendiente para entablar el pleito de propiedad, solo dura el tiempo de cuatro meses; que respecto de los que fueron vencidos en el pleito de posesion mas de cuatro meses antes de darse la ley, pueden entablar tambien la demanda de propiedad; pues seria injusto considerar como ejecutoria la sentencia de tenuta, negando la de propiedad, y mucho mas concediéndose esta á los que habian sido condenados en posesion menos de cuatro meses antes de la promulgacion de la ley: pero que si bien debe concederse dicha accion á los que fueron vencidos en la posesion mas de cuatro meses antes de darse la ley, no debe concedérseles el mismo plazo de 30 años de las acciones reales, porque entonces no se atreverian los poseedores de mayorazgos á poner en circulacion estos bienes ni hallarian tampoco á quienes enagenarlos, y no se obtendria el objeto de la ley que es la pronta desamortizacion de los mismos; por lo que deberá solamente concedérseles el término de cuatro meses contados, no desde la notificacion de la sentencia, sino desde la promulgacion de la ley, que quitó á la accion de propiedad el carácter de imprescriptible, pues solo desde este tiempo debe entenderse notificada la sentencia de tenuta en cuanto al efecto del plazo. Véase el tomo 6, página 449 y siguientes de el Derecho Moderno revista de legislacion y jurisprudencia, por D. Francisco de Cárdenas.»

A pesar de la fuerza de las reflexiones que se acaban de esponder, el señor Pacheco ha insistido en la segunda edicion de sus Comentarios, hecha en 1845, en las mismas opiniones espuestas en la primera de 1842; y aun en su cuarta edicion, dada á luz en 1850, vuelve á ratificarse en las mismas, expresando su sentimiento de no haber logrado ver creada y ordenada una jurisprudencia sobre este punto.

Sin embargo, existe una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, dada en 44 de diciembre de 1848, que resuelve las cuestiones enunciadas en el sentido que se ha manifestado.

Dicha sentencia dice así:

«En el pleito seguido por Doña María de las Mercedes Rojas, condesa de Villariego, y por su fallecimiento, por D. Mariano Salcedo y Cortazar, como marido de Doña María de la Asuncion Belvis, condesa del mismo título, y últimamente como curador de D. Manuel de Jesus y de D. Fernando Ramirez de Haro, hijos legitimos de esta, con D. Antonio Jivaller, conde de Illas, como marido de Doña María de la Soledad Centurion, marquesa de Paredes, y en el día como padre y administrador legitimo de su hija Doña María Bernardina Jivaller, marquesa de dicho título, sobre que se declarase, segun el escrito de demanda, que pertenecia á la condesa de Villariego el mayorazgo de Coscojales, incompatible con el de Recalde y Castejon, y segun el de réplica, que existia incompatibilidad entre dichos tres mayorazgos para retenerlos, y en consecuencia se condenase al tenedor de ellos á que eligiese uno, dimitiendo los otros dos para que la demandante eligiese el que le conviniese, cuyo pleito pende ante nos por recurso de nulidad interpuesto por dicho conde de Illas, marqués viudo de Paredes, de la sentencia de revista pronunciada por la audiencia de Cáceres en 3 de junio de 1846, por la cual supliendo y enmendando la de vista declaró que entre dichos tres mayorazgos existe incompatibilidad, segun sus fundaciones, para ser retenidos por una sola persona: y en su consecuencia condenó al marqués de Paredes, en representacion de su esposa, á que en el término de 50 días eligiese uno de ellos, pu-

diendo dentro de igual término elegir otro de los dos restantes el conde de Villariezo, tambien en representacion de su esposa, á quien se pudiese en posesion del que eligiese con otros pronunciamientos:

Considerando, que aunque se determinó por el art. 2 de la ley de 11 de octubre de 1820, que los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior pudiesen desde luego disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistiesen, *no se privó por eso de su derecho á los terceros que lo tuvieran preferente al de los poseedores actuales*:

Considerando, que la ejecutoria espedita por el Supremo Tribunal de justicia en 20 de setiembre de 1821 en el pleito de tenuta de las mayorazgos de Coscojales y Castejon, mandó que en cuanto á la propiedad usasen las partes de su derecho donde correspondiese, con arreglo á la Constitucion y á las leyes.

Considerando, que el pleito de propiedad se entabló, tomada esta palabra en su verdadera y genuina acepcion, dentro del término de los cuatro meses prescrito en el artículo 8 de la citada ley de 11 de octubre de 1820.

Considerando, que aun en la hipótesis de que no hubiese sido entablado en dicho término, pudo serlo despues, porque el mencionado art. 8 no declaró que trascurridos los cuatro meses quedase estinguida la accion real ó reivindicatoria correspondiente á un tercero, por el derecho de sucesion, respecto á los bienes que formaban los vínculos:

Considerando, que la solicitud del escrito de réplica, hecho por la condesa de Villariezo, no afectó la esencia de la demanda por ser en ambas uno mismo el fundamento en que apoyaba su derecho, cual era la incompatibilidad de los mayorazgos, lo cual virtualmente reconoció la marquesa de Paredes, puesto que no reclamó ni sostuvo por las vias ó medios legales la pretendida nulidad radical por la modificación de la demanda:

Considerando, que de las cláusulas de las fundaciones de los mayorazgos, á cuya pauta debía atemperarse la audiencia al pronunciar su fallo, no embargante la ley de desvinculacion, resulta la incompatibilidad de retenerlos una misma persona:

Considerando, finalmente, que no ha salido al pleito hijo alguno de la marquesa de Paredes á quien pudo hacer tránsito alguno de los vínculos enunciados:

Visto. Fallamos no haber lugar al espresado recurso de nulidad: en su consecuencia condenamos al referido marqués, viudo de Paredes, en las costas y en la pérdida de los diez mil reales, los que se distribuyan en la forma ordinaria.»

Esta sentencia resolvió pues por la cláusula del primer considerando, *«no se privó por eso de su derecho á los terceros que lo tuviesen preferente al de los poseedores actuales,»* que la abolicion de los mayorazgos, no estinguió las acciones vinculares en cuanto tenian por objeto hacer que vinieran á poder de los que tenian mejor derecho las vinculaciones que estaban detentadas, y por consiguiente subsisten las acciones para reclamar por derecho de sucesion los bienes que formaban los mayorazgos.

Asimismo, por el tercero y siguientes considerandos, y especialmente por el cuarto, se declaró que las antiguas acciones vinculares ó mejor, las que han substituido á las que en la antigua legislacion se conocian con este nombre, esto es, las acciones para reclamar por derecho de sucesion adquirido ya en aquel tiempo los bienes que formaban los mayorazgos, tienen el carácter de reivindicatorias y duran el tiempo de 30 años que es el de las acciones de esta especie, y que el plazo de cuatro meses de que habla la ley, se refirió solo á la demanda de propiedad subsiguiente á los juicios de tenuta pendientes al tiempo de su promulgacion y no al derecho que puede tener un tercero por causa de la sucesion á los bienes que fueron vinculados.

El sucesor en bienes de mayorazgo no sea obligado á pagar cosa alguna por las mejoras hechas en ellos.

Todas las fortalezas que de aqui adelante se ficieren en las ciudades é villas é lugares é heredamientos de mayorazgo, é todas las cercas de las dichas ciudades é villas é lugares de mayorazgo, assi las que de aqui adelante se ficieren de nuevo como lo que se reparare, ó mejorare en ellas, é assi mismo los edificios que de aqui adelante se ficieren en las casas de mayorazgo labrando ó reparando ó rehedificando en ellas, sean assi de mayorazgo como lo son, ó fueren las ciudades, é villas, é lugares, é heredamientos é casas donde se labraren: é mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos é condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimación, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los fizo ni á sus hijos, ni á sus herederos ni subcesores. Pero por esto no es nuestra intención 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 é fortalezas mas que sobre esta se guarden las leyes de nuestros reinos, como en ellas se contiene.

COMENTARIO A LA LEY 46 DE TORO

SUMARIO.

Párrafo 4. Resumen de la ley.—2. Esta ley se compone de las tres partes que se expresan.—3 al 7. En la primera parte dispone que el llamado al mayorazgo suceda en los edificios hechos de nuevo ó antiguos reparados sin obligación de satisfacer parte alguna de su valor á la mujer é hijos ó herederos del que los hizo.—8. Los edificios nuevos hechos en suelo ajeno, sabiéndolo é que lo es, se hacen del dueño del suelo por derecho civil y de Partidas.—9. Lo mismo debe decirse de los edificios hechos

por uno en suelo que por su muerte ha de pasar á ser de otro, como sucede en el mayorazgo.—10. Conformidad de esta disposicion con las del derecho civil y de Partidas citadas.—11 al 20. El valor de las obras hechas en suelo ageno para reparar las antiguas, que se llaman necesarias, no puede demandarse por el poseedor del mayorazgo de los bienes vinculados, por estar prohibida su enagenacion aun para resarcir las expensas, segun se convence con la paridad del fundo dotal segun se espone.—21. Tampoco debe satisfacerlas el sucesor, ni de sus bienes propios, ni de los productos del mayorazgo, pues á este sucesor se las deberia satisfacer el siguiente, y así *in infinitum*, y por las demas razones que se espone.—22 y 23. Palacios Ruvios y Jovellanos calificaron de injusta esta ley, profetizando el primero, y Castillo que no duraria mucho tiempo.—24 al 29. Fundamentos de Palacios Ruvios sacados de las leyes 3 y 9, tít. 4, lib. 3 del Fuero Real: se rebaten dichas razones.—30 y 31. Fundamentos del mismo, tomados de la ley final, título de los gananciales, lib. 5 del Ordenamiento Real, á que se contesta mas adelante.—32. Diego del Castillo califica tambien de injusta esta ley.—33 y 34. Se pasa á probar la justicia de esta ley examinando quien debe satisfacer las mejoras hechas en bienes vinculados.—35 y 36. No puede pagarlas el mayorazgo por las razones é inconvenientes que se espone.—37. Tampoco puede satisfacerlas el sucesor en el mayorazgo, por las razones que se alegan.—38. El mayorazgo y el sucesor son poseedores temporales de por vida sin facultad de disponer libremente de los bienes vinculados, por lo que es mas justo que pierda las mejoras el mismo que las hizo.—39 al 42. La razon de que el sucesor disfrutó las rentas del mayorazgo, se destruye diciendo que tambien las disfrutó el que hizo las mejoras, y la razon de que pagándolas el sucesor se precaven los perjuicios que habian de experimentar la muger é hijos del que hizo las mejoras en su parte de gananciales y legítimas, si no se les abonaba el importe de ellas se destruye observando, que igual perjuicio se causa á la muger é hijos del poseedor.—43. Aunque el sucesor hubiera disfrutado por tiempo suficiente el mayorazgo para percibir con los frutos de las mejoras su primitivo valor, no estaba obligado á satisfacer parte alguna á la muger é hijos del antecesor, porque las mejoras no son bienes del sucesor sino del mayorazgo.—44. El objeto de la ley fue impedir que con el fin de reintegrarse del valor de las mejoras, se distrajesen y enagenasen los bienes vinculados, y es mas justo que sufran el daño la muger é hijos del que hizo las mejoras y voluntariamente se espuso á padecerlo, que no los del que ninguna parte tuvo en él.—45 al 48. El fundador de un mayorazgo puede poner una condicion que comprenda la disposicion de esta ley, luego tambien la puede imponer el legislador.—49. Asi como se ha podido establecer la ley que priva al poseedor de mala fé de las mejoras útiles ó de lujo hechas en fundo ageno, así se ha podido establecer esta ley.—50. La paridad de estos dos casos no estriba en que los dos poseedores sean de mala fé, sino en que así como el primero es poseedor de mala fé, el segundo es obrador de mala fé.—51. La ley que priva al poseedor de mala fé de las mejoras hechas en fundo ageno, se funda en el conocimiento que tiene de que es ageno para no edificar en él.—52. Asi como el poseedor de un mayorazgo que sin justa causa ni real permiso enagena los bienes vinculados, obra de mala fé, así tambien el que edifica sabiendo que la ley le prohibe repetir las mejoras.—53 al 56. En cuanto á los perjuicios que se dice experimentan la muger é hijos del que hizo las mejoras, no se puede aplicar la ley 5, tít. 4, lib. 40 de la Novísima, que concede á la muger la facultad de revocar la enagenacion de los bienes gananciales que hace el marido, si se probó que se hizo por perjudicarla, siempre que el marido ejecute en los bienes vinculados mejoras de mayor valor y utilidad que lo que ha gastado en ellas.—57. El que la muger no perciba en realidad tanto del producto de las mejoras como importó la mitad del capital que se invirtió en ellas, no arguye en el marido ánimo de perjudicarla.—58. Para contravenir á la disposicion de la ley 5 debe ejecutar el marido la enagenacion con el fin de defraudar á la muger.—59 al 61. Si el marido invierte los bienes gananciales en mejoras de bienes vinculados, si las hace con ánimo de defraudar á la muger y tiene bienes, no se sigue perjuicio á la muger de que la ley exima al sucesor del mayorazgo de su pago, porque debe reintegrarse la muger de los bienes de su marido; si no tiene bienes, no puede reclamar la muger contra el sucesor como no puede reclamar en el caso que el marido mejorase en otro fundo no vinculado, y el dueño de él fuese tan pobre que no pudiera pagar el valor de las mejoras aunque quisiera vender todo lo que tenia, en cuyo caso no está obligado á satisfacerlas.—62. Si el marido no hizo las mejoras con ánimo de defraudar á la muger no puede esta repetir contra él ni contra el sucesor para reclamar su importe

según la ley 5 citada, por las razones que se exponen.—63. Las mejoras útiles que haga el marido en los bienes vinculados no puede decirse que equivalen á una enagenación hecha por título lucrativo.—64. No concediendo la ley en las mejoras de lujo hechas en bienes vinculados acción á la mujer para conseguir la parte de ganancias que se invirtió en ellas cuando el marido no tenía bienes con que satisfacerlas, ni si eran de calidad que no se podían separar de donde se habían unido, no debe tenerse por injusta la disposición de la presente ley de Toro.—65. Ya sean las mejoras útiles ó de lujo falta quien pueda satisfacer su valor en los bienes vinculados.—66. Fundándose la deducción de las mejoras en el principio que no permite que uno se lucre con daño de otro, es justa la disposición de la presente ley, pues el poseedor de los bienes vinculados en realidad no adquiere las mejoras con facultad de poder disponer libremente de ellas.—67. Se rebate la opinión de algunos que pretenden que el derecho romano concedió la deducción de las mejoras hechas en bienes vinculados ó de fideicomiso fundados en la ley que se espone.—68 y 69. Comentario de Cujacio sobre dicha ley.—70. Argumento en apoyo de la presente ley de Toro, sacado de la doctrina anterior de Cujacio.—71. Duda de los autores sobre si la presente ley debe estenderse á las demás clases de mejoras que no consistan en edificios.—72. Opinión de Molina por la afirmativa.—73. Idem en el mismo sentido de Castillo y Palacios Ruvios.—74. Idem por la negativa de Gomez y Mieres, que rebate el Sr. Llamas.—75. Inutilidad de la cuestión de Mieres sobre si deberá estenderse á las casas de mayorazgo, aunque no principales.—76. Indecisión de Burgos de Paz sobre esta cuestión.—77 y 78. Se resuelve por la afirmativa.—79. Opinión de Gutierrez en el mismo sentido.—80. Opinión de Avendaño por la interpretación extensiva.—81 al 83. Este autor restringe dicha interpretación en el caso de que las mejoras ó aumentos son de tal consideración que producen cuantiosos réditos para los sucesores, pues entonces debe abonar dicho sucesor á la mujer ó hijos del antecesor la mitad de dichas mejoras, fundándose en que siempre que el abono de las expensas pueda hacerse sin disminución de los bienes del mayorazgo y sin perjuicio de los sucesores, debe satisfacerse, y en que la decisión de la ley habla de edificios infructíferos, por lo que solo se ha de estender á casos semejantes.—84 al 89. Se rebate la limitación de Avendaño y la doctrina en que se apoya, como contraria á los principios espuestos, pues la ley no se fundó en la poca utilidad de las mejoras, sino en que se hacían en bienes de mayorazgo, y por las demás razones que se exponen.—90. Se rebate la impugnación á la disposición de esta ley que hace el señor Jovellanos por creerla: 1.º perjudicial al cultivo, pues no pudiendo sacar el valor de la mejora los mayorazgos, no cuidan de mejorarlos, y 2.º porque los poseedores á trueque de engrandecer su nombre condenan su posteridad al desamparo y á la miseria.—92. Opinión del mismo sobre que debía derogarse por haberse hecho precipitadamente, fundado en un pasaje de Palacios Ruvios: se esplica este pasaje para probar que no se hizo dicha ley precipitadamente.—93. Se rebate la primer razón ó fundamento de Jovellanos, pues las mejoras mas dispendiosas, como son las siembras y plantaciones de árboles, reintegran de los gastos al poseedor á poco tiempo.—94. Se rebate el segundo fundamento de Jovellanos, pues si se refiere á los que se olvidan del cultivo de sus posesiones, no proviene el mal de la disposición de la ley sino de la vinculación de los bienes, y si se refiere á los que invierten gran parte de sus rentas en hacer suntuosos edificios, no siendo estas mejoras ni útiles ni necesarias, no deberían sacar su importe los que las ejecutaron, aunque no existiese esta ley, por prohibírselo el derecho.—95 y 96. En caso de abonarse estas mejoras á los hijos ó herederos del que las hizo, no deben satisfacerlas los bienes del mayorazgo ni el sucesor del mismo, por las razones que se exponen.—97. Calificación de Jovellanos de ser esta ley injusta especialmente por la extensión que la dan los autores.—98 y 99. Se defiende la extensión que se da á dicha ley.—100. Doctrina de Molina, Sesé y Puffendorf, sobre que siempre que milita la misma razón de la ley en el caso omitido que en el espreso la extensión que se hace al primero debe considerarse mas bien como comprensivo.—101. Se prueba que la misma razón que milita respecto de los edificios urbanos, existe respecto de las demás especies de mejoramientos.—102 y 103. Jovellanos no debió criticar esta ley no atinando, como confiesa, con la razón que la motivó.—104. Prohibiéndose en la ley sacar las mejoras de los edificios mas costosos y menos útiles, debé deducirse igual prohibición respecto de los mas útiles.—105. Suposición de Jovellanos para persuadir la contradicción que se encontraba entre la resolución de esta ley y las máximas políticas que entonces tenía adoptadas el gobierno, pues no era lícito á los particulares construir castillos y casas

fuertes.—106 al 111. La prohibicion espuesta se limitaba á los particulares que construian castillos y casas fuertes sin licencia del soberano, segun las leyes que se esponeen, por lo que no existe la contradiccion que supone Jovellanos.—112. De la prohibicion de fundar mayorazgos sin licencia real tampoco puede inferirse que se ha derogado la ley que sujeta al vínculo las mejoras hechas en bienes de mayorazgo.—113. Aunque la ley de Toro no hiciera mencion de las leyes que prohibian la construccion de casas fuertes sin licencia real, debia entenderse su resolucioen del caso en que las casas fuertes de que habla, se edificasen con licencia del rey antes que establecer la contradiccion mencionada.—114. No es creible que de una ley que hace mencion de las anteriores, que tratan del asunto y que especialmente declara que no se hallan derogadas, se intente persuadir que está en contradiccion con ellas.—115 al 119. La ley de Toro al establecer que las fortalezas, cercos y edificios que se hiciesen en lugares y casas de mayorazgo, sean igualmente de mayorazgo, como lo son los lugares y casas donde se labraren, no estableció nada de nuevo, sino que aplicó la doctrina comunmente establecida, de que el edificio cede y se reviste de la naturaleza del suelo en que se fabrica, á los que se edificaban en bienes de mayorazgo: disposiciones del derecho romano y de las Partidas sobre este particular.—120 al 122. Disposiciones del derecho feudal que comprueban lo que acaba de sentarse.—123. Aunque el sucesor disfrutase el mayorazgo tiempo suficiente para percibir con los frutos de las mejoras su primitivo valor, no debe satisfacer nada á la muger é hijos del antecesor porque las mejoras no son bienes del sucesor sino del mayorazgo.—124. La razon de la ley fue impedir que con motivo de reintegrarse del valor de las mejoras se distragesen los bienes vinculados.—125 al 128. Impugnacion de Barbosa á la ley, diciendo que el poseedor del mayorazgo haciendo mejoramientos en utilidad perpétua del mayorazgo obliga al mismo mayorazgo, como si en nombre de la dignidad de este se hubiese hecho el mejoramiento, y asi el sucesor en él queda obligado á satisfacer á su antecesor el valor de lo espendido, porque dicha obligacion es inherente al mayorazgo, alegando en comprobacion de lo espuesto, un capítulo de las Decretales en que se resuelve que asi como el hijo está obligado á satisfacer las deudas de su padre, asi el prelado las de su predecesor contraidas por la necesidad de la iglesia, y diciendo que no obsta que el sucesor en el mayorazgo lo sea por tan poco tiempo que no perciba frutos suficientes para satisfacer las mejoras, pues este es un caso estraordinario que no debe tenerse en cuenta.—129 al 133. Se contesta á esta impugnacion, que los mayorazgos voluntarios aunque útiles hechos en bienes de mayorazgos, no se presumen hechos en nombre de la dignidad del mayorazgo, sino por la voluntad del poseedor que los ejecuta, que esta ley de Toro no habla de las deudas ú obligaciones que contraiga el poseedor del mayorazgo, por los mejoramientos ejecutados en el mismo, sino que se dirige solo á que el poseedor del mayorazgo, su muger é hijos y herederos no cobren lo que invirtió en las mejoras sin decir si han de ser útiles ó voluntarias; que la muger no es acreedor del marido ni aun en su parte de gananciales, ni los hijos ni herederos del poseedor, por lo que el capítulo de las Decretales citado no es exacto para persuadir la injusticia de la ley de Toro, y aunque cuando su decision recayere sobre un caso semejante al de dicha ley, puede dejar de seguirse por no pertenecer al dogma ni á la moral, y en fin, que no es exacto que acontezca raras veces que el sucesor no posea el mayorazgo el tiempo suficiente para indemnizarse del valor de las mejoras.—139. Doctrina de Barbosa sobre que la obligacion de pagar los mejoramientos á quien los hizo, solo se estiende á su sucesor inmediato, pues estinguida la deuda no puede renacer en los sucesores.—140 y 141. Se combate esta doctrina diciendo que aunque por la satisfaccion del sucesor quede estinguida la obligacion respecto del antecesor, no se infiere de aquí que el sucesor que pagó las mejoras no tenga igual repeticion contra su sucesor.—142. Las mismas razones que militan para que el sucesor del mejorante abone las mejoras, hay en los sucesores del que pagó las mejoras.—143 al 146. No hay razon para que la muger é hijos del mejorante se liberten del perjuicio de la disminucion de los gananciales y legítimas, y recaiga este en la muger é hijos del inmediato sucesor, y si la hubiera existiria lo mismo en el inmediato sucesor de este, y asi sucesivamente.—147 al 149. Si el haber costeado las mejoras es la causa porque se deben abonar á la muger é hijos del mejorante por su sucesor inmediato, tambien deben abonarse á éste, pues al pagarlas las costeó, y no voluntariamente como el primero sino obligado.—150 y 151. Se comprueba mas lo espuesto con la doctrina en que conviene Barbosa sobre que las mejoras las hace el poseedor con ánimo de donarlas y no repartirlas por lo que no puede arrancárlas y llevárselas.—152. Se pasa á tratar si un tercer poseedor de buena

fé de bienes vinculados que los mejoró, podrá repetir su valor del sucesor en el mayorazgo.—153 al 156. Opinión de Juan Gutierrez, Mieres y Burgos de Paz por la afirmativa, fundados en que la ley solo habla del poseedor del mayorazgo, y por derecho comun puede aquel repetir: opinion de Avendaño y Castillo por la negativa.—157. Fundamento de Avendaño porque en virtud de la ley transfiriéndose inmediatamente la posesion de los bienes vinculados en el sucesor, no puede el tercer poseedor sacar el importe de las mejoras, denegándosele la retencion de los bienes del mayorazgo.—158 y 159. Fundamento de Castillo en que la ley habla generalmente del que hiciese mejoras en bienes de mayorazgo, y que tanto mira á la persona del mejorante, cuanto al sucesor y conservacion de los bienes vinculados, y porque el tercer poseedor de bienes vinculados que los mejora despues de la ley de Toro, debe imputarse á sí el no haber hecho las diligencias suficientes para asegurarse de que los bienes no eran vinculados, á no ser que las mejoras fuesen tan necesarias que sin ellas los bienes vinculados se hubiesen arruinado, pues entonces deben abonársele al comprador ó poseedor de buena fé, primero, por el vendedor ó sus herederos, y en su defecto, por el sucesor en el mayorazgo.—160 al 162. Se adhiere el señor Llamas á la opinion afirmativa, porque la disposicion del derecho comun de que el poseedor de buena fé repita el valor de las espensas útiles y necesarias hechas en el fundo ageno de su verdadero dueño, no puede entenderse derogada por la ley de Toro, que solo habla del poseedor del mayorazgo que con conocimiento de que los bienes son vinculados hace en ellos mejoras útiles ó necesarias, y no es aplicable á un tercer poseedor que creyendo que los bienes son de su libre disposicion los mejora.—163 y 164. Esta misma buena fé basta en el poseedor de bienes vinculados para que pueda repetir las mejoras: se rebate el último fundamento de Castillo.—165. El poseedor de buena fé puede repetir, segun los autores citados las mejoras necesarias, luego tambien las útiles.—166. y 167. Se contesta al argumento de que el poseedor de buena fé no repite las espensas necesarias por razon de la buena fé, sino porque el dueño las habia de haber hecho.—168. Debe pues convenirse en que la falta de noticia en el poseedor de buena fé de que los bienes son de mayorazgo, es la que lo habilita para repetir el valor de las espensas necesarias, y por la misma razon podrá repetir el de las espensas útiles.—169. Se rebate el fundamento de Avendaño espuesto en el núm. 157.—170 y 171. Doctrina de Molina sobre que el poseedor del mayorazgo ni su heredero están obligados á pagar el importe de la reparacion de desmejoras de bienes vinculados ocurridos por caso fortuito ó sin culpa lata ó leve del poseedor, si no que deben costearse de los bienes del mismo mayorazgo, para lo que era necesaria real licencia.—172. La deuda contraida por el poseedor de bienes vinculados para su utilidad no debe pagarse de estos.—173 al 175. Si se contrajo por utilidad del mayorazgo y hay hipotecados bienes de éste, con real facultad, debe satisfacerse: opinion y distinciones de Molina sobre lo que deberá hacerse cuando no medió real facultad, segun que la deuda se contrajo para construccion de edificios de perpétua utilidad para el mayorazgo ó para reparaciones de mas corta consideracion.—176 y 177. Opinión de Juan Garcia sobre que cuando no ha intervenido real permiso para hipotecar los bienes del mayorazgo al dinero ó caudal que se ha tomado para hacer los reparos necesarios, no están obligados los bienes ni es responsable el sucesor, aun cuando el acreedor diese el caudal con la condicion de que quedasen hipotecados para su pago.—178. Opinión de Avendaño sobre que deben satisfacerse los reparos cuando sin ellos se hubiesen estinguido los bienes.—179. Idem de Molina de que en tal caso se han de satisfacer de los bienes del mayorazgo.—180. Conciliacion de estas diversas opiniones por Acevedo.—181. Opinión de Castillo sobre que ha lugar á la repeticion en el caso de los reparos necesarios.—182. Sienta el señor Llamas su opinion sobre que en el caso espuesto, no se contrae hipoteca tácita ni espresa cuando no ha precedido y subseguido real licencia, ni está obligado el sucesor del mayorazgo á pagar la menor cantidad en defecto de la insolvencia de los herederos del poseedor, por las razones que espone.—183. Duda sobre si protestando el poseedor del mayorazgo al tiempo de hacer las mejoras que su ánimo es cobrar y repetir su importe, cesará la disposicion de la ley de Toro.—184 y 185. Opinión de Barbosa por la afirmativa: equivocacion del mismo al sentar ser esta la opinion de Menchaca y Molina, y la contraria la de Acevedo.—186. Opinión de Castillo por la negativa, á la que se adhiere el señor Llamas porque la protesta contra ley establecida en beneficio de tercero no puede perjudicarle á este, sin su consentimiento.—187. Duda sobre si la muger, hijos ó herederos del poseedor podrán deducir ó arrancar las mejoras que puedan separarse

sin detrimento de la cosa en que se hicieron: opinion de García, Molina, Gutierrez, Acevedo y Gomez por la afirmativa.—188. Opinion por la negativa del P. Molina, Matienzo, Mieres y Castillo.—189. Se concilian estas dos opiniones, diciendo, que no se podrán extraer las mejoras que por ser análogas á la cosa á que se aumentan, se unen con ella por reputarse de la misma naturaleza y condicion que los bienes á que están unidos, pero sí las demas, como los cañones y pertrechos de guerra que se introducen en un castillo, el menage de cocina, etc.—190. Duda sobre si la presente ley debe estenderse al caso en que el marido, constante matrimonio, haga mejoras en los bienes vinculados de la muger.—191. Opinion de Burgos de Paz, por la negativa.—192. Idem de Avendaño por la afirmativa.—193. Idem de Gutierrez en este sentido por las razones que se esponen, á que se adhiere el señor Llamas por los fundamentos que se alegan.—194. Duda sobre si la ley de Toro tiene lugar en las casas que de nuevo se hagan en bienes de mayorazgo.—195 y 196. Opinion de Burgos de Paz, Gutierrez, Castillo y Soto-mayor, y otros autores por la negativa, fundados en que la cláusula de la ley «y lo mismo se entienda (que cedan al mayorazgo) en los edificios que en adelante se hiciesen en casas de mayorazgo, labrando y reparando ó reedificando en ellas,» solo habla de los edificios que se aumentaren en las casas de mayorazgo, bien reparándolas ó reedificándolas, mas no de las casas que de nuevo se fabricaren.—197 y 198. Se rebate esta opinion, porque las palabras citadas deben estenderse á las casas y edificios que de nuevo se hacen, pues al hablar la ley de las fortalezas y cercas de las ciudades, villas y lugares de mayorazgo, comprende, tanto las que se hacen de nuevo, como las que se mejoran ó reparan, por lo que parece debe entenderse lo mismo en las casas que de nuevo se edificquen en los heredamientos de mayorazgo, y porque se ha dicho que no obstante que la ley solo habla de los edificios que se fabrican en bienes de mayorazgo, se estiende á los demas mejoramientos que se hacen en los mismos bienes.—199. Contradiccion de Castillo al resolver esta cuestion.—200. Fundamento de Castillo y Gutierrez al llevar la opinion negativa, sobre que aunque las casas que de nuevo se fabricasen en bienes de mayorazgo, se revistan de la naturaleza de estos, de aqui no ha de deducirse que la muger del poseedor no debe sacar la parte que le corresponde ó sus gananciales, y los hijos del mismo sus legítimas.—201 y 202. Se rebate este fundamento observando que dichos gananciales ó legítimas han de sacarse de los bienes del mayorazgo ó de los frutos de este que perciba el sucesor del que mejoró; no puede ser lo primero por estar prohibida la enagenacion de bienes de mayorazgo; no pueden pagarse de los frutos del mayorazgo ni de los bienes del sucesor, porque aquellos se hacen del poseedor por razon del dominio que le compete, y no pueden sacarse de los bienes del sucesor, porque igual perjuicio que se intentaba evitar en la muger ó hijos del antecesor, se causaria á la muger ó hijos del sucesor.—203. Argumento de Castillo sobre que adquiriendo el que reedifica de nuevo con licencia del obispo una iglesia, segun las Decretales, el derecho de patronato porque se considera que la hizo de nuevo, se sigue que no es lo mismo reparar un edificio ó reedificarlo, que fabricarlo de nuevo, por lo que la ley de Toro, aunque hable de las reparaciones de casas de mayorazgo, no se debe estender á las que se hagan de planta.—206. Se rebate este argumento diciendo que el derecho de patronato no se adquiere por el sitio ó suelo en que se edifica la iglesia, sino por la construccion de la misma, por lo que siempre que se arruina se estingue el derecho de patronato, y lo adquiere el que edifica de nuevo, mas en el mayorazgo, ya se repare el edificio ó se construya de nuevo, siempre se verifica que se construye en bienes vinculados, y adquiere la naturaleza de ellos.—207. Argumento sobre que si no hay inconveniente en que el poseedor de buena fé repita el valor de las mejoras del legítimo sucesor del mayorazgo ó de los frutos de este, no debe haberlo en conceder igual repeticion contra el sucesor del mayorazgo á la muger ó hijos del que ha edificado una casa de nuevo, pues en ambos casos se grava al sucesor del mayorazgo con el pago del valor de las mejoras.—208 al 211. Se contesta á este argumento marcando la diferencia que hay entre gravar al sucesor del mayorazgo en el caso del poseedor, con el resarcimiento del valor de las mejoras que en el caso de la muger ó hijos.—212. Existiendo pues la razon de decidir de la ley de Toro tanto en las casas que se hacen de nuevo como en las que se reparan, su decision debe aplicarse á unas y otras.—213. Equivocacion de Castillo al afirmar que Molina no es contrario á su opinion.—214. Estrañeza de que un autor de tanta lectura y práctica como Castillo, defiende la opinion espuesta, eligiendo un extremo tan poco conforme con el espíritu y razon de la ley, y cayen lo en la inconsecuencia de estender esta á los mejoramientos que

no consisten en edificios, de que no habla, y restringiéndola á solo los edificios, de que hace mencion espresa.—215. Se omite entrar en otra cuestion que promueve Gutierrez sobre si ha de restringirse la ley á las casas que se reputan por principales y en que ha de habitar el poseedor del mayorazgo con su familia, por haberse dicho arriba lo suficiente.—216. La disposicion de la ley debe tener lugar en los vínculos de tercio y quinto fundados sin real permiso, segun opina Gutierrez.

1. Dispone la presente ley que todas las fortalezas que en adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares de mayorazgo, y todas las cercas de dichas ciudades, villas y lugares que se hicieren ó repararen en ellas, y asimismo los edificios que se hicieren en las casas de mayorazgo labrando ó reedificando en ellas, sea y se reputen por de mayorazgo, como lo son las ciudades, villas, lugares y casas donde se edificaren, y se manda que en los espresados edificios suceda el llamado al mayorazgo, sin que tenga obligacion de satisfacer parte alguna de la estimacion ó valor de tales edificios á la muger é hijos del que los hizo, ni á sus herederos y sucesores, sin que por esto se entienda dada facultad para que sin licencia real se puedan reparar las enunciadas cercas y fortalezas, sobre lo cual deberán observarse las leyes del reino.

2. Tres son las partes de que se compone esta ley; en la primera se refieren las cosas sobre que ha de caer su disposicion; en la segunda se pone la resolucion, y en la tercera se propone cierta limitacion ó declaracion, de las que hablaré con separacion por el órden con que en la misma se refieren.

3. He dicho que la ley trata en la primera parte de las cosas sobre que ha de recaer su decision, y son las fortalezas que se hicieren en los lugares que espresa, y todas las cercas que se fabricaren ó repararen en los mismos, y los edificios que se construyeren en casas de mayorazgo, ó se repararen.

4. Las varias obras de que aqui se hace mencion se reducen á dos clases, á saber, á edificar de nuevo ó reparar lo antiguo, pues el aumentar las hechas en realidad no es otra cosa que edificar de nuevo.

5. Supuesta esta diferencia de obras ó mejoramientos hechos en bienes de mayorazgo se sigue tratar de la resolucion de la ley y de la aplicacion á los casos espresados.

6. Dispone que en todos los casos referidos el llamado al mayorazgo suceda en todos estos edificios, sin obligacion de satisfacer parte alguna de su valor á la muger é hijos ó herederos del que los hizo.

7. Dos son las clases ó especies á que se reducen estos edificios, á saber, nuevos y renovados.

8. Por lo que hace á los edificios que se construyen de nuevo en suelo ageno con conocimiento del que lo es, ceden y se hacen del dueño del suelo, no solo por derecho civil, como espresamente se dispone en el párrafo 30, *institutumum, de adquirendo rerum dominio*, y otras varias leyes concordantes con esta, sino tambien por el derecho real en la ley 42, tit. 28, Partida 3, cuyas palabras son las siguientes, «cual ome quier que labrase edificio ó sembrase en heredad agena habiendo mala fé, é sabiendo que no habia derecho de lo facer, si despues de eso fuese vencido en juicio del verdadero señor de la heredad, pierde todo cuanto y labró ó sembró, é debe ser de aquel en cuyo suelo ó heredad lo fizo, é no puede ni debe cobrar las despensas, que y oviese fechas en razon de aquello que labró de nuevo.»

9. Aunque el tenedor de un mayorazgo no se pueda llamar en rigor poseedor de mala fé porque lícitamente posee, pero en realidad es poseedor de mala fé, en cuanto la noticia y conocimiento que tiene de que la cosa es suya solo temporalmente, con que si el que edifica en suelo ageno con conocimiento de que es de otro, pierde el edificio y se hace del dueño, con igual razon debe decirse lo mismo del que con conocimiento edifica en un suelo que por su muerte ha de pasar á ser de otro independiente de su voluntad.

10. Siendo, pues, el poseedor de un mayorazgo poseedor de mala fé en el sentido espuesto, nada tiene de irregular la disposicion de la presente ley en la parte que priva á la muger y herederos del que hizo los edificios de su valor ó estimacion, antes bien se conforma con lo dispuesto en esta parte por derecho civil y real de las Partidas.

11. Veamos ahora lo que dispone el mismo derecho civil y real de las Partidas cuando la obra que se hace en suelo ageno es para reparar y conservar la antigua.

12. Estas impensas las llaman las leyes y autores necesarias, á diferencia de las otras de que hemos hablado arriba, que se dicen útiles.

13. De estas impensas habla la ley 79, ff. *de verborum significatione*, y dice, *impensae necessariae sunt quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*; y lo mismo dispone la ley 44, ff. *de impensis in res dot. factis*, y en la 4 y 4 *codem*. De estas habla tambien la ley 44, tít. 28, Partida 3.

14. Supóngase por ahora que el poseedor del mayorazgo haya de reintegrarse y cobrar las impensas necesarias que hizo en los bienes vinculados, y examinemos de quién ha de pedir y solicitar este reintegro.

15. Parece que precisamente ha de ser ó de los bienes ó fincas del mayorazgo ó del sucesor en el mismo, ó de los réditos ó productos que como tal poseedor percibe.

16. No puede hacerse este reintegro de los bienes vinculados ó de mayorazgo por estar prohibida su enagenacion espresamente por el fundador en utilidad y conservacion de su familia.

17. Que esta prohibicion haga los bien es inagenables aun para resarcir las expensas, se convence con la paridad del fundo total.

18. Tratando el jurisconsulto Ulpiano en la ley 5, ff. *de impensis in res dot. factis*, de esplicar cómo debia entenderse lo que disponen varias leyes, de que las impensas necesarias disminuyen la dote, dice: *sic erit accipiendum (ut et Papinianus ait) non ut ipsae res corporaliter diminuantur, ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus; et enim absurdum est diminutionem corporis fieri propter pecuniam, caeterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus; manebit, igitur, maritus in rerum detentione donec ei satisfaciet, non ipso jure corporum sed dotis fit diminutio*.

19. Si la prohibicion de enagenar el fundo dotal hace que las impensas necesarias invertidas en su reparacion no las pueda cobrar el marido con disminucion ni del fundo dotal ni de parte alguna suya, con igual y mayor razon deberemos decir otro tanto de las impensas necesarias hechas en bienes vinculados.

20. Digo que con mayor razon si se considera que la prohibicion de enagenar el fundo dotal solo es en favor directamente de la muger, de quien es el fundo dotal despues de disuelto el matrimonio con libre disposicion, y

la prohibicion de enagenar bienes vinculados se dirige inmediatamente á beneficio y conservacion de una familia, sin que á ninguno de los poseedores le sea permitido disponer libremente de ellos.

21. Si se elige el otro extremo de que las satisfaga el sucesor, bien sea de sus bienes propios ó de los productos del mayorazgo, deberá decirse que á este sucesor se las debería satisfacer el que le suceda, y así *in infinitum*, como sábiamente lo observa el Señor Molina de *primogenitis*, lib. 4, capítulo 26, número 18, y el Señor Castillo, lib. 3, cap. 63, número 83, donde cita otros varios autores de esta opinion, y aun cuando contra toda razon se quisiere decir que este gravamen de satisfacer las impensas no habia de pasar del sucesor inmediato al que las hizo, se incurriria en el mismo absurdo que se intentaba evitar, y era que la muger del poseedor del mayorazgo y sus hijos sufrieran perjuicio en su parte de gananciales y en sus legítimas por las impensas hechas en los bienes vinculados, porque en el caso de haberlas de satisfacer el sucesor, la muger é hijos de este percibirian esta menos parte en sus gananciales y legítimas.

22. El señor Palacios Ruvios, como uno de los ministros que asistieron á la formacion de las leyes de Toro, nos dice que cuando se trató de establecer esta, clamó contra ella considerándola inicua y contraria á derecho y razon; pero sus clamores reconoce que no fueron tan grandes que impidieran la publicacion de la ley, pues aunque por haber padecido un grande dolor de ojos el dia que se habia de hacer la publicacion de las leyes, y consultarse con el Rey Don Fernando, no pudo asistir para hacer oposicion á esta perniciosa ley, segun la llama, se lisongea atendida la injusticia de ella que no duraria mucho. La misma profecía hizo de palabra algun tiempo despues al Doctor Don Diego de Castillo estando en Berlanga, y aun le preguntó delante de muchos nobles de qué dictámen era acerca de la justicia de dicha ley, y le respondió que habiéndose publicado de orden del Rey tenia á su favor la presuncion de justa, segun lo afirma el mismo Castillo en el Comentario á la citada ley.

23. Si por el éxito de su profecía hemos de inferir la justicia de la razon en que la fundaba, seguramente que no deberemos hacer el mejor concepto de ella, pues van á cumplirse tres siglos de una constante y exacta observancia de la ley, aunque de tiempo en tiempo no haya faltado algun escritor que ha seguido la opinion del Señor Palacios Ruvios, y ahora recientemente el Señor Don Gaspar de Jovellanos, en el informe que ha estendido de la sociedad económica de Madrid al Consejo sobre la ley agraria, declama altamente contra la justicia de esta ley, motejándola de bárbara en la opinion de algunos juriconsultos, y tambien en la suya en cuanto á la estension que le han dado los espositores.

24. Hagámonos cargo de las razones y fundamentos en que el Señor Palacios Ruvios apoya su opinion.

25. En el párrafo 62, número 14 y siguientes de la rúbrica de *donatione inter virum et uxorem* cita la ley 9, tít. 4, lib. 3 del Fuero Real, en que se dispone que si constante matrimonio el marido ó la muger edifican casa en suelo de alguno de ellos, el dueño del terreno ó sus herederos dé la mitad de la estimacion del edificio al otro, ó á sus herederos, quedándose el señor de la raiz con lo que en ella se construyó.

26. De esta ley infiere que las mejoras hechas en bienes de mayorazgo y en cosas sujetas á la restitucion se han de dividir entre los consortes con

arreglo á esta ley, y repite los clamores que hizo al tiempo de la formacion de la de Toro, el poco fruto que produjeron, y la esperanza que tenia en su corta duracion.

27. En el número 4 del Comentario á la ley de Toro cita en confirmacion de su opinion la 3 del tít. 4, lib. 3 del Fuero Real, en la que se dispone que cuando el marido ó la muger plantaren viña en tierra de alguno de ellos, y muriese uno de los dos, el dueño de la tierra tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y parta el vino con los hijos del muerto ó con sus herederos, y lo mismo se observe en otras labores que se hicieren en solar de uno de ellos.

28. Aunque el sentido de esta ley está bastante confuso y obscuro, como lo manifiestan los autores en las varias esposiciones que la dan, sin embargo, aunque por ella se conceda que el que hizo las mejoras en la tierra del otro debe sacar su parte, tratándose en dicha ley de las mejoras ejecutadas en tierra de libre disposicion, no puede ni debe inferirse de ella que en las tierras vinculadas deba observarse la misma resolucion, ó que se tenga por injusta la ley que disponga lo contrario.

29. En el mismo lugar vuelve á citar el señor Palacios Ruvios la ley 9 del mismo título y libro del Fuero Real, que citó antes en el párrafo 62 de la rúbrica de *donatione inter virum et uxorem*, á cuya ley se debe aplicar la misma satisfaccion que á la tercera que queda referida.

30. Ultimamente cita la ley final tít. de los gananciales, lib. 5 del Ordenamiento Real, la que se halla trasladada á la Novísima en la 5, título 4, lib. 10, en la que se ordena pueda el marido enagenar los bienes adquiridos durante el matrimonio, con tal que no lo haga en fraude de la muger, de que infiere que si el marido consumiera todos los bienes adquiridos en edificios y en casas de mayorazgo se manifestaria claramente que lo hacia en fraude de su muger.

31. A este inconveniente se responderá despues cuando tratemos de los remedios de que puede valerse la muger contra el abuso que haga el marido de la facultad que le da la ley de Toro.

32. Don Diego del Castillo en su Comentario á esta ley refiere que estando en la villa de Berlanga trató con el Señor Palacios Ruvios acerca de las leyes de Toro, y le manifestó hablando de la presente que cuando asistió á las Córtes en donde se formaron estas leyes siempre fue de dictámen contrario á la resolucion de la ley 46 por los fundamentos que espuso en el capítulo *per vestras*, y tambien le aseguró que sobre aquella repeticion habia hecho algunas adiciones, y que esperaba que no pasaria mucho tiempo sin que esta ley se derogase por injusta; y preguntado por el mismo Señor Palacios qué juicio formaba de dicha ley, respondió en presenciam de muchos nobles que entonces estaban congregados bajo la presidencia del mismo Señor, que habiéndose formado y promulgado esta ley de orden del príncipe se debia presumir justa, y no se habia de tratar ni inquirir la razon que tuvo para su formacion, fundándose en la ley *non omnium*, y la siguiente *D. de legibus*.

33. Antes de proponer y satisfacer á las varias razones que alegan diferentes autores para persuadir la injusticia de la ley de Toro, procuraré establecer con sólidos fundamentos no solo su equidad y justicia, sino que era indispensable su formacion para que sirviera de regla en los mejoramientos que se hiciesen en bienes de mayorazgo de cualquiera especie que fueran.

34. Supuesto que pretenden los que tienen por injusta la disposicion de esta ley que las mejoras hechas en bienes vinculados no las debe perder el que las hizo, se les podrá preguntar quién es el que las debe satisfacer, y es preciso que respondan que debe pagarlas el mayorazgo ó el sucesor en el mismo.

35. Si dicen lo primero, se les debe volver á preguntar si cuando dicen que las mejoras las ha de satisfacer el mayorazgo, entienden que deben pagarse del capital y fincas del mayorazgo, ó de sus rentas y frutos: si eligen el primer miembro de la distincion, contravienen manifestamente á las disposiciones del derecho comun y real, que ordenan que las mejoras hechas con buena fé en fundo ageno se deben sacar, no del cuerpo de él, sino de los productos, como se ha manifestado arriba hablando de las mejoras hechas en el fundo dotal, y en la ley 41, tít. 28, Partida 3, conformándose con las disposiciones del derecho comun en cuanto á que el que edifica con materia propia en suelo ageno con buena fé no puede usar de la accion vindicatoria para recobrar la materia con que hizo el edificio, solo le permite que antes de entregar la heredad cobre del dueño de ella el valor de las mejoras, lo que equivale á que haya prenda de la heredad para cobrarse de su producto, si no le satisface el valor de las mejoras por otro medio, sin que para ello le competa al poseedor accion alguna para apropiarse alguna parte de la heredad, por pequeña que sea, pues sino puede usar de la accion vindicatoria para recobrar la materia del edificio interin que este subsista, con mayor razon se le negará el que use de la accion vindicatoria contra parte alguna de la heredad, que nunca ha sido de su dominio.

36. Tambien se incurriria en el inconveniente de quebrantar y contravenir á la espresada voluntad del fundador, que prohibió clara y específicamente la enagenacion del todo ó parte de los bienes vinculados.

37. Si se abraza el segundo estremo de que el valor de las mejoras se satisfaga del producto de los bienes vinculados, es lo mismo que decir que lo pague el sucesor en el mayorazgo, pues perteneciendo á este los frutos desde el instante de la muerte de su antecesor, todos los frutos que desde entonces producen los bienes vinculados se hacen propios del sucesor, de cuyo estremo perteneciente al segundo miembro de la primera distincion paso á tratar ahora.

38. Tanto el poseedor del mayorazgo que hizo las mejoras, como el sucesor en el mismo, son unos poseedores temporales de por vida, sin facultad de disponer libremente de los bienes vinculados, en cuya suposicion digo que en el conflicto de haber de perder las mejoras el que las hizo, ó de satisfacerlas el sucesor, es mas conforme á razon y justicia que las pierda el mismo que voluntariamente las ejecutó, que no el sucesor que se las encontró hechas, sin haber influido directa ni indirectamente en su construccion.

39. Por mas que he reflexionado en este punto solo encuentro dos razones por las que se pueda pretender que el sucesor en el mayorazgo satisfaga las mejoras que hizo su antecesor; pero á la verdad son tan débiles, que me causa admiracion haya quien pueda fundar en ellas esta estraña opinion.

40. Estas razones ó fundamentos se reducen á que el sucesor en el mayorazgo disfruta las rentas de él, y á precaver los perjuicios que habian de

esperimentar la muger é hijos del que hizo las mejoras en su parte de gananciales y en sus legítimas, si no se les abonaba el importe de ellas.

41. En cuanto al primer fundamento digo que si el sucesor en el mayorazgo percibe las rentas de él, su antecesor tambien las percibió, y acaso por mas tiempo que el sucesor, y habiendo los dos disfrutado de las rentas del mayorazgo no hallo razon por qué se haya de gravar al sucesor con la satisfaccion del valor de las mejoras, en que ningun influjo tuvo para reintegrar de él al que voluntariamente las practicó.

42. Por lo que hace al segundo fundamento no puede ocurrir á nadie la menor duda de que los mismos perjuicios que se intentan resarcir á la muger é hijos del que ejecutó las mejoras se causa á la muger é hijos del sucesor, y en este caso pregunto: si la ley es injusta porque causa estos perjuicios á la muger é hijos de quien practicó las mejoras, ¿por qué no ha de ser tambien injusta la opinion que carga iguales perjuicios á la muger é hijos del sucesor? Con la diferencia que el que ejecutó las mejoras se espuso voluntariamente á causarlos á su muger é hijos, y su sucesor en nada contribuyó para esponer á su muger é hijos á tener que sufrir la menor disminucion en sus gananciales y legítimas.

43. Aun quando el sucesor hubiera disfrutado por tiempo suficiente el mayorazgo para percibir con los frutos de las mejoras su primitivo valor, no estaba obligado á satisfacer cosa alguna á la muger é hijos del antecesor, porque como se ha dicho repetidas veces, las mejoras no son en realidad bienes del sucesor, sino del mayorazgo, y de consiguiente no está obligado á pagar de sus propios bienes, cuales son las rentas del mayorazgo todo el tiempo que lo posee, el valor ó importe de las mejoras, que no son bienes suyos de libre disposicion, sino del mayorazgo, en virtud de la agregacion que hace la ley.

44. Es ocioso detenernos á impugnar la razon de decir que segun Aven-
daño y otros autores suponen tuvo la ley, pues en realidad no fue otra que el pedir que con motivo de reintegrarse del valor de las mejoras se distrajesen y enagenasen los bienes vinculados, en cuya suposicion era preciso, ó que perdiese su importe el que hizo las mejoras, ó el sucesor en el mayorazgo, y en este conflicto no pudo ser mas acertada y justa la resolucion de la ley en gravar al que las hizo, y no á su sucesor. porque todos los inconvenientes y perjuicios que esperimenten la muger é hijos del poseedor se verificarian en la muger é hijos del sucesor, y mas justo es que sufran el daño la muger y herederos del que voluntariamente se espuso á padecerlo, que no la muger y herederos del que ninguna parte tuvo en él.

45. Demostrada la equidad y justicia de la resolucion de la presente ley, paso á confirmarla con otras razones no menos eficaces.

46. Si el fundador de un mayorazgo prescindiendo de la disposicion de la ley de Toro, ó antes de su establecimiento ordenara espresamente que las mejoras que se hicieran en los bienes que vinculaba no las pudiera sacar el autor de ellas, ni sus hijos y muger, ¿podria pretenderse que esta cláusula era injusta é inicua, y que no debía tener ejecucion? Bien sabido es que no puede nadie ignorar que al testador en los bienes de libre disposicion le es permitido poner cualquiera condicion, con tal que no sea torpe ó contra las buenas costumbres.

47. Pues si al fundador de un mayorazgo le es lícito establecer dicha

condicion, ¿por qué se ha de dudar que el Príncipe pueda ordenar lo mismo en virtud de una ley?

48. No pretendo manifestar con esto que cualquiera condicion puesta por un fundador sea conveniente y lícito establecerla por ley general; pero en el caso de la presente disputa, tan justa es la disposicion general de la ley como la del fundador particular, pues ni en una ni en otra se precisa al poseedor á mejorar los bienes vinculados, antes bien se le advierte que si voluntariamente lo ejecuta no debe esperar resarcimiento.

49. Que las leyes preventivas no traigan consigo la menor nota de injusticia lo persuade la ley que priva al poseedor de mala fé de las mejoras útiles ó de lujo hechas en fundo ageno, cuya ley, establecida por el derecho civil, se halla aprobada y confirmada por nuestro derecho real de las Partidas en la ley 42, tit. 28, Partida 3, y seguida inconcusamente por los tribunales; pues ahora bien, si esta ley ha podido establecer lícitamente y sin la menor nota de injusticia que las mejoras hechas en fundo ageno con conocimiento de que lo es, las pierda el que las hizo, ¿por qué nuestra ley se ha de reputar por injusta, porque ordena que las mejoras hechas en bienes vinculados con conocimiento de que lo estan las pierda el que las ejecutó? Si la mala fé ó el conocimiento de que el fundo es ageno se tiene por justa causa en el primer caso para privar de las mejoras al que las hizo, ¿por qué no se ha de tener tambien en el segundo caso por justa la mala fé ó el conocimiento de que hace las mejoras en bienes vinculados, que le está prohibido por la ley sacarlas, para privarlo de ellas?

50. Si se pretende responder á esta paridad, que en el primer caso el que edifica, por ejemplo, en suelo ageno con conocimiento de que lo es se constituye poseedor de mala fé, pero en el segundo al que posee el mayorazgo no puede atribuírsele este vicio ó cualidad, digo que la paridad no estriba ó consiste en que los dos sean poseedores de mala fé, sino en que asi como el primero es poseedor de mala fé, el segundo es obrador de mala fé, y asi como el primero se constituye en mala fé por el conocimiento de que el fundo en que edifica es ageno, del mismo modo se debe constituir en mala fé el que edifica en bienes de mayorazgo con conocimiento de que lo son, y de que no puede disponer de ellos á su libertad.

51. La ley que priva al poseedor de mala fé de las mejoras hechas en fundo ageno no se funda en que sea poseedor del fundo, sino en el conocimiento que tiene de que es ageno para no edificar en él, y asi si uno que estuviera en posesion del fundo hiciese en él mejoras sabiendo que era ageno las perderia igualmente, aunque en realidad no tuviera la posesion de él, porque presume la ley que el que obra con este conocimiento quiere ceder al dueño del fundo las mejoras que en él hizo, ¿pues por qué no se ha de presumir la misma cesion en el caso de nuestra ley en el que obra con conocimiento de su disposicion y de que los bienes son vinculados?

52. El poseedor de un mayorazgo que sin justa causa ni real permiso enagena los bienes vinculados, ¿podrá dudarse que obra de mala fé, y de consiguiente que es vendedor doloso, aunque sea verdadero y legítimo poseedor de los bienes? ¿pues por qué se ha de poner en duda que el poseedor de un mayorazgo que edifica en su suelo con conocimiento de que

la ley le prohíbe el repetir las mejoras, es obrador de mala fe y debe perder el valor de ellas?

53. Demostrada ya la justicia de esta ley, no solo para su establecimiento, sino tambien para su debida observancia despues de establecida, pasará á hacerme cargo de los perjuicios que suponen, los que claman contra ella, se siguen de la misma á la muger é hijos del que hizo las mejoras en sus bienes gananciales y en sus legítimas.

54. Es constante que por la ley real 3, tit. 4. lib. 40 de la Novísima se le concede al marido la libre disposicion de los bienes ganados ó multiplicados durante el matrimonio, sin necesidad de licencia ú otorgamiento de su muger, y que solo podrá esta revocar y anular la enagenacion de dichos bienes si hiciere constar que se habia ejecutado por defraudarla ó damnificarla; con que siempre que el marido enagene ó invierta los gananciales en algunos fines que no induzcan y traigan consigo la sospecha de que aquellos gastos los ejecuta con el fin siniestro de perjudicar á su muger, no deberá reputarse por fraudulenta la enagenacion.

55. Sentada esta doctrina parece fuera de toda duda que siempre que el marido ejecute en los bienes vinculados unas mejoras de aquellas, por ejemplo, que son de mayor valor y utilidad que lo que se ha gastado en ellas, como si edificára meson, venta, molino harinero ó de aceite, no puede presumirse intervino dolo, ni ánimo de defraudar á su muger, y de consiguiente no tendrá esta accion para reclamar la enagenacion y repetir perjuicios contra su marido, aun en virtud de la ley que se acaba de citar, porque el producto de las mejoras cede en beneficio del matrimonio, y el marido ha obrado como un solícito, diligente é industrioso padre de familia.

56. Si aun prescindiendo de lo dispuesto en la ley de Toro, y estándose únicamente á lo que ordena la ley 5, citada, no tiene facultad la muger para reclamar las enagenaciones que haga el marido de los bienes gananciales, á no ser que se descubra un ánimo directo de defraudarla en el valor de ellos, ¿ cómo podrá pretenderse que por el mero hecho de hacer mejoras el marido en los bienes vinculados nace contra él la presuncion de querer perjudicar á su muger?

57. El que esta no perciba en realidad tanto del producto de las mejoras, como importó la mitad del capital que se invirtió en ellas no arguye en el marido ánimo de perjudicarla, á la manera que si hubiese puesto los bienes gananciales al fondo perdido, y á pocos años ó meses hubie-
ra faltado la persona en cuya cabeza los puso, no se imputaria á do-
lo del marido esta casualidad.

58. En suma, atendido el sentido literal y espreso de dicha ley 5, no basta para contravenir á su disposicion el que la muger reciba perjuicio de la enagenacion de los bienes gananciales, sino á mas se requiere que el marido la ejecute con el fin y ánimo de defraudarla.

59. Pasemos á contraernos mas directamente al caso de que el marido invierta los bienes gananciales en mejoras de bienes vinculados: estas mejoras ó las hace con ánimo de defraudar á su muger ó no: si se dice lo primero, se ha de volver á distinguir si el marido tiene bienes con que reintegrar á su muger del perjuicio que le intenta causar, ó carece de ellos: en el primer caso ningun perjuicio se le sigue á la muger de que la ley exima al sucesor del mayorazgo de satisfacer á la muger de su an-

tecesor el valor de las mejoras ejecutadas en los bienes vinculados, porque en este caso deberá reintegrarse la muger de los bienes de su marido.

60. En el segundo caso de carecer de bienes no puede pretender la muger que se le conceda una accion mas eficaz para recuperar su parte de gananciales, que las que le competiria si el marido hubiera hecho las mejoras en cualquiera otro fundo que no fuera vinculado, y el dueño de él tan pobre, que no pudiese pagar el valor de las mejoras, aunque quisiese vender todo lo que tenia, en cuyo caso no está obligado á satisfacerlas, como espresamente lo ordena la ley 38, ff. *de rei vind.*, y la 25 *de ping. act.*, cuya disposicion la confirma y aprueba la ley 41, tít. 28, Partida 3, por estas palabras: mas si por aventura el señor de la heredad que la venciere en juicio fuese tan pobre, que no pudiese pagar al otro las despensas que í obiese fecho nuevamente, maguer quisiese vender todo cuanto habia, decimos que estonce no seria tenuto de las pagar.

61. Se ha dicho que no puede la muger pretender mas en un caso que en otro porque siendo los bienes de mayorazgo inagenables por disposicion del fundador, equivale esta prohibicion de enagenar al caso de la pobreza del dueño del fundo para satisfacer el valor de las mejoras, pues lo mismo es no poder enagenar una cosa para satisfacer un crédito, que no tener bienes para pagarlo.

62. Si las mejoras no las ha hecho el marido con ánimo de defraudar á su muger, en ninguna manera puede esta repetir contra él, y mucho menos contra el mayorazgo para conseguir su importe, segun la citada ley 5, tít. 4, lib. 10 de la Novísima, en la que espresamente se ordena que el marido pueda disponer libremente de los bienes gananciales, con tal que la enagenacion que haga de ellos no sea con ánimo de defraudar á su muger; y aunque opinan con variedad los autores acerca de la facultad de enagenar que le concede la ley, diciendo unos que esta se estiende hasta poder enagenar por título lucrativo ó de donacion, como espresamente lo sostienen entre otros Antonio Gomez en la ley 51 de Toro, números 73 y 74, y Acevedo en la ley 5, tít. 9, lib. 5 de la Recopilacion, números 8 y 9, y otros por el contrario defienden que la enagenacion que se le permite al marido es por título oneroso, y nunca por medio de donacion, como lo intenta persuadir Tello Fernandez en la ley 19 de Toro, número 3 y siguientes, y tambien Ayora *de partitionibus* en la parte 2., cuestion 41, número 56 y siguientes, pues aunque al principio se inclina por la opinion de Gomez, manifestando que no tiene razon Tello para impugnar su doctrina, luego viene á confesar que si por la donacion que ha hecho el marido de los bienes gananciales resulta que no le queda en su patrimonio con que resarcir á la muger de la parte de gananciales que la enagenó, podrá esta repetir contra el donatario, aunque el marido haya hecho la donacion con buena fé y sin ánimo de defraudar á su muger.

63. Aun quando en esta diversidad de dictámenes nos apartemos de la opinion de Antonio Gomez, que en mi concepto es la mas conforme al sentido literal de la ley, nunca podrá decirse que las mejoras útiles que haga el marido en los bienes vinculados equivalen á una enagenacion hecha por título lucrativo, porque de las mejoras útiles siempre resulta alguna utilidad y provecho al poseedor del fundo mejorado, y siéndolo el mismo mejorante y su muger, de necesidad han de participar del beneficio de las mejoras, lo que no sucede en el caso de la donacion.

64. Si las mejoras que hiciera el marido en los bienes vinculados fueran de lujo ó de recreacion, seguramente no podría la muger conseguir la parte de gananciales que se invirtió en ellas, cuando el marido no tuviera bienes con que satisfacerlas, y si eran de tal calidad que no se pudieran separar de donde se habían unido, no cabe la menor duda que tanto por derecho real, como civil y comun, no le competia accion ni escepcion alguna con que podría reintegrarse de su valor, sin embargo de que sufría este perjuicio la muger en sus bienes gananciales, pues si en este caso puede la ley, sin nota de injusticia, privar á la muger de la repetición de sus gananciales, ¿por qué se ha de tener por injusta la ley de Toro que establece igual privación contra la muger en cualquier caso que el marido haga mejoras en los bienes vinculados, bien sean necesarias, ó de lujo ó adorno?

65. Si se dice que la diferencia de esto consiste en que de las mejoras de lujo ninguna utilidad resulta al dueño del fundo, pero sí de las útiles y necesarias, y por lo tanto no es de extrañar que se abonen estas al que las hizo, y no las primeras, se satisface diciendo que tanto en un caso como en otro falta quien pueda satisfacer el valor de las mejoras hechas en los bienes vinculados, porque el sucesor en el mayorazgo no tiene esta obligación por las razones que se han espuesto arriba, y de los mismos bienes vinculados tampoco es permitida su deducción, por hallarse prohibido por el fundador el que puedan enagenar los bienes vinculados.

66. La deducción de las mejoras se funda en el principio natural, que no permite que uno se lucre y haga grangería con pérdida de otros, según la ley 207, ff. *de regulis juris*, y como el poseedor de los bienes vinculados en realidad no adquiere las mejoras con una facultad de poder disponer libremente de ellas, de aquí es que la ley de Toro, acomodando este principio del derecho comun y natural á la condicion y naturaleza de los bienes vinculados, que sucesivamente pasan de unos en otros sin facultad, ni de enagenarlos, ni de invertir el orden de la sucesion establecido por el fundador, dispuso que las mejoras que se hiciesen en estos bienes no se dedujesen por el que las hizo, cuya disposicion no fue contraria á lo dispuesto por el derecho comun que ordenaba la deducción de las mejoras, suponiendo que se hacían del dueño del fundo, sino nueva y *preter jus* para un caso en que no había dispuesto nada el derecho comun, por no conocerse aun entonces los mayorazgos, y así todos los argumentos que se forman contra esta ley sacados del derecho comun claudican en su principio.

67. Fundados algunos en la ley 58, ff. *de legatis 1*, que dispone que las cosas hereditarias que se hallen gravadas con fideicomiso despues de la muerte del heredero, si se queman, y este las reedifica á su costa, debe percibir del fideicomiso los gastos ó mejoras de la reedificacion, pretendiendo que el derecho romano concedió la deducción de mejoras hechas en los bienes vinculados ó de fideicomiso; pero se engañan porque en esta ley no se trata de un fideicomiso perpétuo, como el de los mayorazgos, sino de primer grado, por el cual adquiere los bienes el fideicomisario con libre facultad de disponer de ellos, y de consiguiente hace suyas las mejoras, y por lo tanto debe resarcir su importe para no lucrarse con perjuicio ageno.

68. Comentando esta ley Cujacio dice que el concederle al heredero el sacar el importe de la construccion de las casas es porque se quemaron sin culpa del heredero, y en este caso cumpla con haberlas dejado en el estado á que las había reducido el incendio; pero si pendiente la condicion

del fideicomiso ó legado hubiera hecho el heredero algunas mejoras necesarias en las casas para su conservacion, no podria sacar el importe de ellas, ni pedírselo al legatario ó fideicomisario, y se funda en que el heredero, supuesto que entre tanto que se verifica la condicion del legado ó fideicomiso goza y se utiliza del producto de las casas, debe sufrir sus cargas para entregarlas en el mismo estado que las recibió.

69. Por fundamento de esta doctrina cita la ley 61, *eod. tit.*, que dice asi: *sumptus autem in reficienda domo necessarios á legatario factos petenti ei legatum, cujus postea conditio extitit, non esse reputandos existimavi.* Dice Cujacio que esta ley y la 58 son tomadas de un mismo libro, y que en la primera se habla de las mejoras de la reedificacion, las que debe satisfacer el legatario, y en la segunda de las de reparacion necesaria, las que no debe cobrar el heredero, estableciendo Papiniano esta diferencia entre dichas mejoras, y para mayor claridad de la ley 61 varia su letra Cujacio, y dice, que en lugar de estas palabras: *suptum autem in reficienda domo necessarios á legatario factos*, se han de sustituir estas, *ab herede in reficienda domo legata necessario factos*.

70. De esta doctrina de Cujacio, fundada en las dos citadas leyes de Papiniano, se forma un argumento no poco eficaz en apoyo de la disposicion de la ley de Toro: no menos utiliza los frutos ó productos de los edificios vinculados el poseedor de ellos durante su vida, que el heredero los frutos de las casas legadas interin no se verifica la condicion del legado: es asi que por esta razon opina Cujacio, fundado en el parecer de Papiniano, que el heredero no debe repetir del legatario el importe de las mejoras necesarias ó de reparacion hechas en las casas ó edificios legados, con que por igual razon no debe repetir el poseedor del mayorazgo de su sucesor las mejoras necesarias que hubiese ejecutado en los edificios vinculados.

71. Como la presente ley únicamente habla de los castillos, muros y casas de mayorazgo, dudan los autores si su disposicion deberá estenderse á las demas clases de mejoras que no consistan en edificios, como por ejemplo, si en los bienes vinculados se plantasen muchos árboles que aumentasen considerablemente su producto, ó se hiciesen de regadio, siendo antes de secano.

72. El señor Molina en el lugar citado, número 46, afirma que esta ley no se debe limitar á los casos de que habla, porque su disposicion obra en todos los demas en que milita la misma razon, y de aqui infiere que los casos de que en ellas se hace espresa mencion no se han puesto para restringirla ni limitarla, sino por ser los que con mas frecuencia ocurren en la práctica, y asegura que segun esta opinion se han decidido las causas en los tribunales superiores, como le habian informado, y añade que seria un grande absurdo que la ley privara de repetir la estimacion de las mejoras que se hacen en reparar las casas, castillos y muros, cuyas mejoras por lo comun son necesarias, y que la misma ley concediera la repeticion de las que se hacen en edificios voluntarios, y acaso supérfluos.

73. De la misma opinion es el señor Castillo en el citado lib. 3, cap. 63, número 88, donde cita á otros varios autores que siguen la misma opinion, siendo uno de ellos el mismo Palacios Ruvios, que con tanto empeño procuró impedir la formacion de esta ley.

74. Gutierrez en el libro 2 de sus cuestiones prácticas, cuestion 82, número 3, quiere que la disposicion de esta ley precisamente se limite á los

casos de que habla, conformándose en esto con Mieres en la parte 4.^a, cuestion 10, número 18 y siguientes, y con otros varios que omito referir é impugnar en particular, porque habiendo demostrado ya arriba que el valor ó estimacion de las mejoras hechas en casas de mayorazgos, fortalezas ó muros no las debe satisfacer, ni el mayorazgo, ni el sucesor del poseedor que hizo las mejoras, porque se verificarian en la muger é hijos del sucesor los mismos inconvenientes que se intentan evitar á la muger é hijos del mejorante, y obrando igual razon en todas las demas mejoras que se hacen en los bienes de mayorazgo, aunque no sean en edificios, es claro y fuera de toda duda que tambien deben estar privados la muger é hijos del que las hizo de sacar el valor ó estimacion de ellas.

75. De lo dicho se infiere cuán voluntaria é impertinente y ociosa es la cuestion que suscita Mires en la parte 4.^a, cuestion 33, número 13, de si por hablar la ley de las mejoras que se hacen en casas de mayorazgos podrá tener lugar su disposicion en las demas casas que son de mayorazgo, pero no estan en la clase de principales para la habitacion del poseedor y su familia.

76. Burgos de Paz el jóven refiere que abogados famosos sostuvieron en pró y en contra esta opinion, y él mismo dice que no se atreve á resolverla, lo que presta un claro convencimiento de los desbarros en que incurre el entendimiento humano cuando se separa de los principios sobre que ha de fundar sus discursos llevado del deseo de sutilizar y singularizarse.

77. Si la ley espresamente habla de casas de mayorazgos, y gozan de esta cualidad tanto las menos principales como las principales, ¿por dónde se ha de inferir que quiso hacer diferencia entre ellas?

78. Si no hay razon alguna para que el sucesor satisfaga las mejoras hechas por su antecesor en bienes vinculados, ¿por qué causa ó motivo habia de abonar las que se hacen en las casas menos principales estando exento de satisfacer las que se causan en las casas principales?

79. Gutierrez en la cuestion 83 del libro citado, despues de referir la opinion de Mieres y la irresolucion de Burgos de Paz, se determina en el número 2 á resolver esta dudosa y dificil cuestion, y por fortuna elige la opinion que iguala las casas menos principales con las que sirven de habitacion á la familia del poseedor.

80. Velazquez de Avendaño en la glosa 6 á esta ley, despues de referir las opiniones de varios autores acerca de la inteligencia de la ley, reconoce por justa su resolucion, y dice que debe tener lugar aun cuando el poseedor del mayorazgo gaste ó consuma grandes cantidades en edificar, y que debe observarse su resolucion en el caso de que el edificio se haga de nuevo, y en el de que las casas que se construyan ó reparen no sean las principales, sino otras inferiores con el fin de alquilarlas. Que lo mismo debe decirse en los huertos que se construyan contiguos á las casas de mayorazgo, y finalmente en otro cualquier aumento que se haga por industria en bienes vinculados.

81. Despues de haber hecho una esplicacion tan específica propia y arreglada á la decision de la ley, propone la limitacion de que lo dicho no se ha de entender cuando las mejoras ó aumentos hechos en los bienes de mayorazgos son de tal condicion que produzcan cuantiosos réditos para los sucesores, como por ejemplo, si en suelo de mayorazgo edificó casas para alquilar, ó plantó viñas y olivares, ó edificó algun molino, porque

en dichos casos como el sucesor percibe tan cuantiosas utilidades es justo que satisfaga á la muger é hijos del antecesor la mitad del valor de dichas mejoras, porque en realidad no se puede decir que las paga de su caudal, ni el mayorazgo se disminuye ni estingue con semejante abono ó resarcimiento, porque este se hace de los réditos de los edificios ó mejoras, y de lo contrario se seguiria que el sucesor se enriquecia con perjuicio y daño de la muger é hijos del antecesor.

82. Apoya esta doctrina en la razon de decir de la ley que le dan casi todos los comentadores, segun dice, la cual suponen es porque de satisfacer la mitad de las espensas, á poco tiempo se consumirian los bienes vinculados, y los sucesores en los mayorazgos quedarian gravados en satisfacer las grandes espensas de sus antecesores, de que infieren que siempre que el abono de las espensas pueda verificarse sin disminucion de los bienes del mayorazgo y sin perjuicio de los sucesores hay obligacion á satisfacerlo, y como en el caso presente los edificios son fructiferos debe hacerse el resarcimiento de sus frutos, en lo que ningun perjuicio resulta á los bienes del mayorazgo ni á su sucesor.

83. Tambien funda esta esposicion en que la decision de la ley habla de unos edificios infructiferos, como son los castillos, cercas y casas principales de mayorazgos, y de consiguiente la estension que se haga de ella ha de ser á casos semejantes, y entonces no es de estrañar que los sucesores que nada perciben no esten obligados á satisfacer el valor de los edificios á la muger y herederos del antecesor.

84. La escepcion ó limitacion que pone Avendaño á la decision de la ley, y la doctrina en que la apoya, es opuesta y contraria á los principios que antes habia establecido, y destituida de todo apoyo legal.

85. Sin embargo de que la ley habla eepresamente de reparacion de fortalezas y casas de mayorazgo, estiende Avendaño su resolucioñ á las casas que se fabriquen de nuevo, y á los huertos contiguos á ellas, ¿pues por qué no ha de estender su resolucioñ á todos los edificios y demas mejoras que se hagan en bienes de mayorazgo, sean de mucha ó poca utilidad?

86. No es la poca utilidad ó producto de las mejoras lo que dió motivo á la resolucioñ de la ley, sino el hacerse en bienes de mayorazgo, que solo temporalmente son del dominio del que los posee sin facultad de disponer libremente de ellos.

87. Tampoco es cierto que en el caso que propone Avendaño no sentiria perjuicio el sucesor en el mayorazgo de satisfacer á la muger y herederos del antecesor el valor de las mejoras, porque lo haria con los frutos que producian los mismos, porque es constante que cuanto hubiera de satisfacer tendrian de menos su muger y herederos.

88. Se dice contra esto que el sucesor no lograria este aumento de frutos y utilidades sin las mejoras de su antecesor, y por lo tanto no parece justo que se lucre de ellos con perjuicio de la muger y herederos del que las hizo, á que se debe responder en primer lugar que el antecesor sabia ó debia saber la disposicioñ de la ley, y de consiguiente voluntariamente se sujetó á ella haciendo las mejoras. En segundo lugar, ó el poseedor que hizo las mejoras disfrutó las utilidades de ellas, ó no; si se dice lo primero no se verifica que haya recibido menoscabo en sus bienes con lo que invirtió en ellas, pues se reintegró con sus productos, y si por que el sucesor los percibe se estima justo que se satisfaga el importe de las mejoras, por

igual razon si el que las hizo se reintegró de su valor con el producto de ellas no debe pretender que el sucesor del mayorazgo abone á su muger y herederos la estimacion de ellas, porque de este modo tan lejos estaba de empobrecerse el que las hizo que antes bien se verificaba aumentar su patrimonio en el valor de las mejoras si se las satisfaciese el sucesor.

89. Si no disfrutó de las utilidades de las mejoras debe imputarlo á su mala suerte, y no pretender del sucesor su reintegro, pues tampoco tiene seguridad el sucesor de disfrutar por mas largo tiempo las utilidades de las mejoras.

90. Recientemente ha impugnado la disposicion de esta ley, aunque de paso, el señor don Gaspar de Jovellanos en el informe de la sociedad económica de la corte al real y supremo Consejo de Castilla en el espediente de la ley Agraria, estendido por dicho señor, al folio 76, número 221, en donde dice asi: «Por último, señor, parece indispensable derogar la ley de Toro que prohíbe á los hijos y herederos del sucesor del mayorazgo la deducion de las mejoras hechas en él.

91. «Esta ley, formada precipitadamente y sin el debido consejo, como testifica el señor Palacios Ruvios, y mas funesta por la estension que le dió la ignorancia de los letrados, que por su disposicion, no debe existir en un tiempo en que V. A. trata tan de propósito de purgar los vicios de nuestra legislacion.» Y á continuacion le atribuye el ser perjudicial al cultivo, porque distrae de sus mejoras el cuidado de muchos buenos y diligentes padres de familias, ó la reputa por inhumana ó funesta respecto de aquellos que á la sombra de la autoridad sacrifican á un vano orgullo los sentimientos de la naturaleza, y á trueque de engrandecerse un hombre condena á su posteridad al desamparo y á la miseria.

92. Este sábio ministro tiene por indispensable la derogacion de esta ley por las razones que deja insinuadas, suponiendo que se formó precipitadamente, y sin el debido consejo, como lo testifica el señor Palacios Ruvios, quien en su Comentario á dicha ley no pone la menor espresion alusiva á la precipitacion que supone, y mucho menos á la falta de consejo, á no ser que se quiera llamar con este nombre la opinion contraria á la suya, pues únicamente dice que clamó contra la formacion de esta ley cuanto pudo, pero no fue oido, porque uno de sus compañeros casi contra todos los demas sostuvo y defendió esta ley sin manifestar la razon que le movia á ello, aunque en público no pudo satisfacer á los inconvenientes que de ella se seguian, ni responder á las objeciones que se le propusieron; lo que ciertamente no se hace creible, porque en un cuerpo colegial como lo fue el congreso de los letrados que se tuvo para la formacion de las leyes de Toro, y en cualquiera otro siempre prevalece el dictámen de la mayor parte.

93. Supone el señor Jovellanos que la disposicion de esta ley impide y estorba que los poseedores de bienes vinculados ejerzan su cuidado é industria en mejorarlos por no poder sacar el valor de las mejoras que hagan, sin reparar que las mejoras que provienen de las plantaciones de árboles, ó de dar riego á los tierras de secano, que son las mas dispendiosas, á pocos años reintegran al poseedor de los gastos y caudales invertidos en ellas.

94. En cuanto al otro extremo en que dice incurren los poseedores de bienes vinculados de sacrificar á un vano orgullo los sentimientos de la

naturaleza, y á trueque de engrandecer su nombre, condenan su posteridad al desamparo y á la miseria, confieso francamente que el énfasis de esta cláusula se dirige contra aquellos que viven en un total olvido y descuido del cultivo de sus posesiones, entregados al ocio, lujo y vanidad, ó habla de los que por engrandecer su casa invierten todas sus rentas, ó la mayor parte de ellas, en hacer suntuosos edificios y casas en los bienes vinculados; si conspira á lo primero, el mal no proviene de la disposición de la ley, que prohíbe sacar el valor de las mejoras hechas en bienes vinculados, sino de la vinculación de los mismos, que no faltaria aunque se derogase la presente ley: si lo segundo las mejoras de suntuosos edificios, con que se fomenta el orgullo y la vanidad, no son ni necesarias ni útiles, y de consiguiente aun cuando no existiese la presente ley, no deberían sacar su importe los que voluntariamente las ejecutaron, como así se halla dispuesto tanto por derecho comun como por el real de las Partidas, por ser estas espensas en cierto modo mas bien para placer y recreo que para utilidad; y si estando ciertos los que hacen estos gastos excesivos y ruinosos que han de perder el valor de ellos no se contienen en ejecutarlos, ¿era de esperar se abstuviesen de hacerlo sabiendo que se les habian de abonar á sus herederos? Y en este caso suponiendo que el poseedor de los bienes vinculados disipe sus rentas en construir magníficos edificios, ¿no dicta la razon y la justicia que este perjuicio recaiga y lo sufra mas bien la herencia del que los hizo que no el sucesor en el mayorazgo, que ninguna parte tuvo en ellos?

95. Pero supóngase que debiera abonarse el valor de estas mejoras á los hijos ó herederos del que las hizo; ¿quién debería satisfacerlas, los bienes del mayorazgo, ó el sucesor del mismo? Si se dice lo primero, se contraviene espresa y terminantemente á la voluntad del fundador, que quiso que sus bienes fueran inagenables, y que no salieran de los llamamientos que dejó dispuestos y ordenados, siendo cosa bien estraña y agena de razon que para evitar que la vanidad, el capricho y falta de juicio de un poseedor cause perjuicio á sus hijos ó herederos se haya de destruir y echar por tierra una cosa tan sagrada y respetable como las últimas voluntades de los testadores.

96. Si lo segundo se incurre en el inconveniente, tantas veces ya notado arriba, de perjudicar á los hijos ó herederos del moderado sucesor por atender á los del imprudente antecesor.

97. Con mas vehemencia y energía declama aun el señor Jovellanos contra la ley de Toro en la nota que pone al fin de la llana, en la que dice así: «Esta ley, que los jurisconsultos llaman á boca llena injusta y bárbara, lo es mucho mas por la estension que los pragmáticos le dieron en sus Comentarios. Bien entendida se reduce á las reparaciones hechas en edificios urbanos, y ellos la estendieron á toda especie de mejoramientos. Cuanto mas se lee menos se puede atinar con las razones que pudieron dictar semejante ley. ¿Será creible que cuando ya no era lícito á los particulares construir castillos y casas fuertes, cuando se prohibía espresamente reparar los que caminaban á su ruina; cuando se mandaban arruinar los que poseían los señores, cuando en fin el gobierno luchaba por arrancar á la nobleza estos baluartes del despotismo feudal donde se abrigan la insubordinacion y el menosprecio de la justicia y de las leyes, será creible que entonces se mayorazgasen las ampliaciones y mejoras hechas

por los particulares en sus castillos y fortalezas? Infíerase de aquí cuán lejos estaban por aquel tiempo los buenos principios políticos de las cabezas jurisperitas.» Hasta aquí la nota.

98. Supone este erudito y elocuente escritor que los jurisconsultos llaman á boca llena bárbara á la ley de Toro, cuyo dictado no parece se lo niega él mismo cuando afirma que lo es mucho mas por la estension que los pragmáticos le dieron en sus Comentarios.

99. Confieso francamente que en los varios autores que he reconocido para escribir en esta materia no he hallado uno que atribuya tan honroso epíteto á la ley de Toro, la que dice que bien entendida se reduce á las reparaciones hechas en edificios urbanos, y que es absurdo haberla entendido á toda especie de mejoramientos; pero si la misma razon que obra en los edificios urbanos milita en los demas mejoramientos, ¿por qué la estension de la ley á ellos se ha de tener por absurda y bárbara, y no por legal y arreglada á derecho?

100. El señor Molina en el lib. 3 de *primogenitis*, capít. 5, número 7, afirma que siempre que milita la misma razon de la ley en el caso omitido, que en el espreso, la estension que se hace al primero, no tanto se debe llamar estension como comprension, y lo mismo dice el señor Sesé en la decision 254, número 31, pero si se desprecia la autoridad de estos sábios jurisconsultos por ser del número de los pragmáticos, no creo se desprecie la del Baron de Puffendorf, el que en el lib. 5, cap. 12 de su célebre obra del Derecho natural, en el párrafo 18 espresamente resuelve que siempre que haya seguridad de que la razon que conviene al caso de que se disputa sea la misma que movió al legislador á establecer la ley, corresponde estender su decision del caso espreso al omitido, y en comprobacion pone por ejemplo una ley del exodo, que se halla en el capítulo 21, versículo 23, en la que se ordena que si alguno deja sin tapar una cisterna que haya abierto, y algun búfalo ó burro cae y se desgracia en ella, debe pagar al dueño de la bestia la estimacion de ella, de cuya ley infiere que lo mismo que de la cisterna y del búfalo y del asno, se debe decir de cualquier oya ó animal que caiga en ella, porque la razones la misma.

101. Que la misma idéntica razon que tuvo la ley para fijar su resolucion en los edificios urbanos milita en las demas especies de mejoramientos se hace demostrable, si se reflexiona á lo que dejamos espuesto arriba de que la razon que tuvo la ley para su decision fue el precaver la enagenacion de los bienes vinculados, y el que el sucesor en ellos no quedase obligado á satisfacer la estimacion de unas mejoras que se habian hecho sin su aprobacion, y de las que no podia disponer libremente en favor de sus herederos.

102. Supuesto que para juzgar de si la estension que se hace de una ley al caso no espreso en ella nace del conocimiento de la razon que tuvo el legislador para establecerla, mal podria el señor Jovellanos asegurar que la estension que los pragmáticos le dieron en sus Comentarios fue injusta y bárbara, porque él mismo confiesa paladinamente que cuanto mas se lee menos se puede atinar con las razones que pudieron dictar semejante ley.

103. Deberá, pues, el señor Jovellanos señalar y determinar la razon que movió al legislador para la formacion de esta ley, ó abstenerse de motejar de injusta y bárbara la estension que la han dado los pragmáticos en sus Comentarios.

404. Supuesta la razon que repetidas veces he insinuado que tuvo el legislador para la formacion de esta ley, es fácil de inferir y comprender cuál fue la causa de hacerse en ella mencion de los edificios urbanos mas costosos, y menos útiles que las otras especies de mejoramientos, y privando la ley al poseedor de repetir la estimacion de unas mejoras que valian mas, y le habian producido menos, con mayor razon debia privarle tambien de sacar el valor de las mejoras que valian menos y le habian producido mas en el tiempo que disfrutó los bienes vinculados.

405. Presigue el señor Jovellanos haciendo enérgicas y elocuentes interrogaciones para persuadir la inconexion, ó por mejor decir la contradiccion y oposicion que se encontraba entre la resolucion de esta ley y las máximas políticas que en aquellos tiempos tenia adoptadas el gobierno, y para esto supone que entonces no era lícito á los particulares construir castillos y casas fuertes: que se prohibia espresamente reparar los que caminaban á su ruina: que se mandaban arruinar los que poseian los señores: que el gobierno luchaba por arrancar á la nobleza estos baluartes del despotismo feudal, donde se abrigan la insubordinacion y el menosprecio de la justicia y de las leyes, y que en tales circunstancias era una contradiccion manifiesta el establecer que se mayorazgasen las ampliaciones y mejoras hechas por los particulares en sus castillos y fortalezas; y concluye infiriendo de esto, cuán lejos estaban por aquel tiempo los buenos principios políticos de las cabezas jurisperitas.

406. Si los antecedentes de que saca é infiere el señor Jovellanos la oposicion de la ley á los principios políticos del gobierno fueran como nos los propone, apenas podria encontrarse una contradiccion mas vergonzosa y agena aun de hombres dotados del mas limitado entendimiento.

407. No es cierto que fuese absoluta la prohibicion á los particulares de construir castillos y casas fuertes, porque esta prohibicion se limitaba á los que los construian sin licencia del Soberano, como se dispone en la ley 32, título 18, Partida 3, por estas palabras: «que no quisiesen otro castillo que aquellos que los Reyes les diesen ó ganasen ó ficiesen de nuevo so su placer ó con su mandado;» y Gregorio Lopez, glosando estas palabras, dice que en España no se pueden hacer castillos de nuevo sin licencia del Rey.

408. Las leyes 7 y 8, tit. 7, lib. 4 del Ordenamiento Real, que es la 1.^a de don Alonso XI y don Enrique II, y la 2 de don Enrique IV, solo dispone aquella que los castillos que se hubieren construido sin licencia real, ó se construyesen en adelante sin la misma licencia, sean inmediatamente destruidos, y que cuando alguno pidiere licencia para edificar alguna casa fuerte, no se le conceda sin acuerdo del Consejo, del Rey y de las ciudades y villas de la comarca; y esta ordena y manda derrocar todas las fortalezas que se hubiesen hecho con licencia del Rey ó sin ella desde el año de 1464 hasta el de 74, fecha de la orden, cuyas tres Reales resoluciones se hallan insertas en la ley 4, tit. 1, lib. 7 de la Novísima.

409. La ley 10, tit. 16, lib. 8 del Ordenamiento Real, que es de los señores Reyes católicos del año 1476, prohíbe ó por mejor decir renueva la prohibicion de que se hagan casas fuertes sin especial licencia del Rey, y con acuerdo de los de su Consejo, y si se hiciese lo contrario que sean luego derribadas.

410. Los mismos señores Reyes católicos en la pragmática que hicieron en Sevilla por los años 1500, en el cap. 22 que se halla en la ley 6, tit. 4,

lib. 7 de la Novísima, encargan á los corregidores que no consientan que se hagan sin licencia real torres ni casas fuertes en la ciudad ó villa ó tierra que fuere á su cargo en sus términos y jurisdiccion.

411. Si todas las leyes que prohiben que se construyan castillos y casas fuertes limitan su prohibicion al caso que se hagan sin licencia real, es claro que mediando dicha licencia se podian construir por los particulares casas fuertes ó castillos en el suelo de su señorío, pues siendo esto así, ¿cómo se pretende persuadir que la ley de Toro disponiendo que las mejoras hechas en los castillos ó casas fuertes pertenecientes á mayorazgo queden igualmente mayorazgadas, está en oposicion con las anteriores, y es destructiva de las maximas políticas del gobierno que se observaba al tiempo de su formacion?

412. De que ahora esté prohibido fundar mayorazgos sin licencia real, ¿podrá inferirse que se ha derogado la ley que sujeta al vínculo las mejoras hechas en bienes de mayorazgo? pues ¿por qué se ha de pretender que de prohibirse construir castillos sin licencia del Rey, los que se construyen con ella en bienes vinculados no han de quedar sujetos al vínculo?

413. Aun quando la ley de Toro no hiciera mencion de las leyes que prohibian la construccion de casas fuertes sin licencia real, debia entenderse su resolucion segun las reglas que se observan en la interpretacion de las leyes, del caso en que las casas fuertes de que habla se edificasen ó reparasen con licencia del Rey, antes que establecer una contradiccion que ni espresa ni implicitamente se infiere de sus palabras; pero declarándose en términos espresos en la ley de Toro que no era la intencion del Rey dar licencia y facultad para que en virtud de su disposicion y sin licencia real se puedan hacer ó reparar las dichas cercas y fortalezas; mas que sobre esto se guarden las leyes de nuestro reinos, como en ellas se contiene, es cerrar los ojos á la luz y obstinarse en hallar una contradiccion que solo puede existir en una imaginacion acalorada.

414. ¿Sería creible que una prohibicion condicional que envuelve en sí la permission en el caso opuesto se supusiera absoluta? ¿Sería creible que de una ley que hace mencion de las anteriores que tratan del asunto, y que espresamente declara que por ella no quedan derogadas, se intente persuadir que está en contradiccion con ellas? Y esto por un ministro togado no menos conocido por su singular talento é instruccion que por el cúmulo de apreciables prendas que adornan su persona, y en la ocasion, no de una conversacion en que tuviera mas parte el acaso que el designio, y con personas que atendieran mas al modo que á la substancia de las cosas, sino quando se pone de intento á descubrir abusos y hacerlos presentes para su remedio al Consejo de Castilla, fuente y origen del derecho español, y fiel depositario de las leyes de la monarquía. Infíerase, pues, de lo que dejo espuesto cuánto mejor las cabezas jurisperitas de aquel tiempo guardaban mas conformidad con los buenos principios políticos en la formacion de las leyes, que la que ahora observan los que hacen empeño de impugnarlas.

415. Estraña mucho el señor Jovellanos que por la ley de Toro se mayorazgasen las mejoras hechas en edificios urbanos de bienes vinculados, y en esta parte la ley nada establece de nuevo, pues en realidad no hace otra cosa que repetir una máxima constante en la jurisprudencia romana, y adoptada inconcusamente en la nuestra.

416. Es bien sabido que siempre que una cosa se junta ó une á una nuestra de tal modo que no pueda existir sin ella, como sugeto recipiente

de la misma, se hace del dueño de la primera, á la manera que sucede en la semilla que se siembra en campo ageno, en el árbol que se planta, y en las letras que se escriben en tabla ó papel ageno, y lo mismo sucede en el edificio que se fabrica con buena ó mala fé en suelo de otro, como espresamente se dispone en el párrafo 29 y 30 de las instituciones del emperador Justiniano en el título *de rerum divisione*, fundándose este derecho en que asi como naturalmente se tiene por mas escelente aquella cosa que puede existir por sí, y por menos escelente la que no puede existir sin el apoyo de otra, asi por esta razon se ha dispuesto que la principal atraiga á la otra, y el dueño de aquella lo sea de las dos.

417. Nuestro derecho real de las Partidas ha seguido la misma regla en todos los casos que dejo especificados, como se puede ver en la ley 38 y siguientes del tit. 28, Partida 3, pues si cuando se edifica en suelo ageno participa de tal modo el edificio de la naturaleza del suelo sobre que estriba, que se hace del mismo dueño, ¿por qué razon el edificio que se construye en suelo vinculado no habia de pertenecer al vínculo á que está afecto el suelo?

418. El edificio que se hace en terreno de la Iglesia nadie duda que contrae la naturaleza de eclesiástico, y que queda sujeto á las mismas condiciones que lo estaba el suelo, y por valerme de un ejemplo peculiar del pais en que escribo, las mejoras de edificios urbanos hechas en bienes amortizados, contraen y participan la naturaleza de tales, pues ¿por qué razon las mejoras hechas en bienes vinculados no habian de quedar sujetas al vínculo?

419. Es, pues, claro que la ley de Toro disponiendo que las fortalezas, cercas de ciudades, villas y lugares de mayorazgo, y los edificios que en adelante se hicieren en casa de mayorazgo sean igualmente de mayorazgo, como lo son, ó fueren las ciudades, villas ó lugares ó casas donde se labraren, no estableció ninguna cosa de nuevo, sino que contrajo y aplicó la doctrina comunmente establecida de que el edificio cede y se reviste de la naturaleza del suelo en que se fabrica á los que se edificaban en bienes de mayorazgo, siendo muy comun asi en nuestras leyes como en las romanas que en algunas se repita lo que ya está establecido en otras, por lo que se debe decir que la ley de Toro solo innovó en la parte en que eximió al sucesor en el mayorazgo á dar parte alguna de la estimacion de los edificios fabricados en bienes de mayorazgo á la muger del que lo hizo, ni á sus hijos ni á sus herederos.

420. Por derecho feudal se halla establecido en el lib. 2, tit 8 de los feudos, párrafo 1 *de contrario*, que si el aumento que recibe el fendo es de tal condicion que no puede existir sin él, como por ejemplo, una servidumbre, cede al feudo, y se puede disponer de ella como parte del mismo, y da la razon porque el vasallo puede hacer mejor la condicion del feudo, pero no peor.

421. En el tit. 28 del mismo lib. 2, párrafo *si vasallus*, se ordena que si hiciese algun edificio ó lo mejorase con su dinero, y muriese sin hijo varon, el señor del feudo debe permitir ó que se arranque el edificio ó pagar el valor de él, y lo mismo sucederá si comprase alguna servidumbre, pero concluye con estas notables palabras: *quidam alii dicunt omnino ad dominum pertinere*: de las cuales infiere García en el cap. 40 de *meliorationibus*, numero 83, que los aumentos ó mejoras que hace el vasallo en el suelo feudal pertenecen al señor de él, sin que se le deba abonar cosa alguna al que las hizo para quitar por este medio la ocasion de defraudar

al señor, impidiéndole que vuelva á recobrar el feudo, multiplicando los gastos hasta en una cantidad tan grande que el señor no la pueda satisfacer, por cuya razon afirma se estableció lo mismo en la ley 46 de Toro, derivando su disposicion de lo ordenado en los feudos.

422. En el libro 1, título 4 de los feudos, párrafo 5 *si quis de manso*, se trata de la reserva que hace el vasallo al tiempo de tomar la investidura de adquirir para sí los aumentos, por cuya condicion se manifiesta que siempre que se omite pertenece el aumento al señor del feudo.

423. Aun cuando el sucesor hubiera disfrutado por tiempo suficiente el mayorazgo para percibir con los frutos de las mejoras su primitivo valor, no estaba obligado á satisfacer cosa alguna á la muger é hijos del antecesor, porque como se ha dicho repetidas veces, las mejoras no son en realidad bienes del sucesor, sino del mayorazgo, y de consiguiente no está obligado á pagar de sus propios bienes, cuales son las rentas del mayorazgo todo el tiempo que lo posee, el valor é importe de las mejoras, que no son bienes suyos de libre disposicion, sino del mayorazgo, en virtud de la agregacion que hace la ley.

424. Es ocioso detenernos á impugnar la razon de decir, que segun Avendaño y otros autores suponen tuvo la ley, pues en realidad no fue otra que el impedir que con motivo de reintegrarse del valor de las mejoras se distragesen y enagenasen los bienes vinculados, en cuya suposicion era preciso ó que perdiese su importe el que hizo las mejoras, ó el sucesor en el mayorazgo, y en este conflicto no pudo ser mas acertada y justa la resolucion de la ley en gravar al que las hizo, y no á su sucesor, porque todos los inconvenientes y perjuicios que experimentan la muger é hijos del poseedor se verificarian en la muger é hijos del sucesor, y mas justo es que sufran el daño la muger y herederos del que voluntariamente se espuso á padecerlo, que no la muger y herederos del que ninguna parte tuvo en él.

425. De todos los autores que han impugnado la ley de Toro ninguno lo ha ejecutado con mas moderacion que Pedro Barbosa en su Comentario á la ley 8 de *solutio matrimonii*, párrafo final, número 143, donde haciéndose cargo de las razones que pudieron tener los legisladores para la formacion de dicha ley, y las que indican los autores, procura satisfacer á ellas con fundamentos legales sin usar de las inectivas de que se valen los escritores á falta de razones.

426. Para satisfacer la razon que se alega en favor de la decision de la ley, de que no seria justo obligar al sucesor del mayorazgo á satisfacer las mejoras que hubiera hecho en el mismo su antecesor, porque podria suceder fácilmente que dichas mejoras escedieran el valor de los frutos que percibiera el sucesor, dice y espone que el poseedor del mayorazgo, haciendo mejoramientos en utilidad constante y perpétua del mayorazgo, obliga al mismo mayorazgo, como si en nombre de la dignidad del mayorazgo se hubiera hecho el mejoramiento, y de consiguiente el sucesor en él queda obligado á satisfacer á su antecesor el valor de lo expendido, porque como dicha obligacion sea real é inherente al mismo mayorazgo, el que sucede en él queda obligado á satisfacerla.

427. En comprobacion de esta doctrina alega el cap. 4 del *tít de solutionibus* de las Decretales de Gregorio IX, en cuyo capítulo resuelve Alejandro III que asi como el hijo está obligado á satisfacer las deudas del padre, del mismo modo el prelado las de su predecesor contraídas por la ne-

cesidad de la Iglesia, de cuya decision infiere que asi como aunque el sucesor en dignidad ó beneficio eclesiástico tenga que dejarle á otro despues de su muerte, no se escusa de la satisfaccion ó pago de la deuda aneja al mismo beneficio ó dignidad, por igual razon debe decirse otro tanto en el sucesor del mayorazgo respecto de la deuda de su antecesor.

128. Tampoco, dice, merece ser atendido el inconveniente de que el sucesor en el mayorazgo lo sea por tan poco tiempo que no perciba frutos suficientes para satisfacer las mejoras que hizo su antecesor, porque como frecuentemente sucede lo contrario, no debe tenerse consideracion á los casos extraordinarios, segun la ley *Num*, ff. *legibus*, mayormente siendo los mayorazgos de tal naturaleza que despues de la muerte del poseedor pasan á sus hijos, y no hay diferencia en que el poseedor ó su hijo perciba las utilidades del mayorazgo.

129. Para responder con la precision y claridad que corresponde á este razonamiento debe decirse que los mejoramientos voluntarios, aunque útiles, que se hacen en bienes de mayorazgo no se presumen hechos en nombre de la dignidad del mayorazgo, sino por la voluntad del poseedor que los ejecuta, y de consiguiente no debe reputarse por real la obligacion de satisfacerlos.

130. El capítulo que se alega de las Decretales nada menos prueba que el intento á que se trae. En él trata Alejandro III de las deudas que contrae el poseedor del beneficio en socorrer las necesidades de la Iglesia, cuyas deudas quiere que las pague el sucesor como invertidas en utilidad de la misma.

131. La presente ley de Toro no habla ni hace la menor mencion de las deudas ú obligaciones que contraiga el poseedor del mayorazgo por los mejoramientos ejecutados en el mismo, sino que únicamente resuelve que la muger ó hijos del poseedor del mayorazgo no deben repetir del sucesor el valor de dichos mejoramientos, que es decir que la disposicion de la ley únicamente se dirige á que el poseedor del mayorazgo, su muger, hijos y herederos no cobren lo que invirtió en los mejoramientos, de los que tambien habla generalmente sin especificar si han de ser útiles, ó tambien necesarios, sin hacer la menor mencion de las deudas contraidas por el poseedor en razon de los espresados mejoramientos, como se manifiesta de la enumeracion que hace la misma ley de las personas á quien niega la repeticion, á saber, la muger, hijos y herederos del poseedor.

132. Que la muger no sea acreedor del marido, ni aun en su parte de gananciales, lo manifiesta la ley citada arriba del Ordenamiento Real, que tambien se halla recopilada, por la cual se concede al marido la libre disposicion de los bienes gananciales, prohibiéndole la enagenacion de ellos que se haga con fin directo de perjudicar á su muger; con que siempre que falte esta cualidad la muger no se puede contar en el número de los acreedores del marido.

133. Tampoco participan de esta cualidad los hijos ó herederos del poseedor, porque en vida del padre no tienen derecho alguno á sus legítimas en los bienes de su padre, como todos saben.

134. Mucho menos pueden considerarse como acreedores del poseedor del mayorazgo sus herederos, porque estos en razon de tales son sucesores de los derechos del testador, transmitiéndose en ellos todas las acciones y obligaciones que en aquel residian: y como el poseedor no era deudor de

nadie en las cantidades que invirtió en los mejoramientos , tampoco lo podian ser sus herederos que lo representan.

135. Es, pues , claro que el capítulo de las Decretales no es á propósito para persuadir la injusticia ó irregularidad de la disposicion de la ley de Toro , que habla del resarcimiento al autor de las mejoras , y el capítulo canónico trata de la satisfaccion que se ha de dar á los acreedores del que invirtió en caso de necesidad alguna suma en beneficio de la Iglesia.

136. Omito el detenerme á manifestar la poca exactitud con que procedió Alejandro III en comparar al sucesor en el beneficio con el hijo respecto de su padre , porque qualquiera sabe que el hijo en cualidad de heredero , no solo está obligado á satisfacer las deudas necesarias de su padre , sino hasta las voluntarias.

137. Pero aun quando la disposicion canónica recayera sobre un caso semejante al de la ley de Toro no podia disputarse á sus autores la facultad de separarse de su decision en una materia que ni pertenece al dogma ni á la moral.

138. En cuanto á la reflexion que hace Barbosa de que con mas frecuencia acontece que el sucesor en el mayorazgo perciba muchos mas frutos de él , que el importe de las mejoras que satisfaria á su antecesor , digo que esta reflexion , como fundada en una suposicion voluntaria , basta negarla para satisfacerla , pues no hay la menor causa fisica que asegure ni haga probable en el sucesor mayor período de vida que en su antecesor.

139. Continúa el mismo Barbosa en el número 115 procurando desvanecer el inconveniente que se seguiria de que el sucesor del mayorazgo pagase las mejoras de su antecesor , porque igualmente deberia cobrarlas de su antecesor el que las habia satisfecho á su antecesor , y asi sucesivamente iria renaciendo siempre en los sucesores la obligacion de satisfacerlas á su antecesor , cuyo inconveniente debe de todos modos evitarse , y dice que esta razon no es concluyente , porque la obligacion de satisfacer los mejoramientos á quien los hizo solo se estiende á su sucesor inmediato , el cual cumpliendo con aquello que estaba obligado , ninguna repeticion le quedaba contra su sucesor , porque no habiendo hecho él los mejoramientos , sino pagado la deuda contraida en virtud de ellos , se estingue la obligacion , la cual no puede renacer en los sucesores que en adelante haya , estinguida que sea una vez , de que concluye que la ley de Toro no se justifica por las dos razones que deja espuestas.

140. Para reconocer la superficialidad y falta de fundamento legal en que apoya Pedro Barbosa su raciocinio basta manifestar que supone en el sucesor la obligacion de satisfacer al antecesor las mejoras que hubiese hecho , cuya suposicion tan lejos está de ser cierta , que antes bien está demostrada su falsedad en varias partes de este escrito , y en lo que acabamos de decir contra el primer argumento de Barbosa.

141. Concédasele en buen hora que por la satisfaccion del sucesor quede estinguida la obligacion que tenia respecto del antecesor ; pero de esto no se infiere que el sucesor que pagó las mejoras no tenga igual repeticion contra su sucesor , como la que contra él tuvo su antecesor que hizo las mejoras ; y asi , siempre que no se dé una razon directa y concluyente que convenza que la obligacion del sucesor de pagar las mejoras al que las hizo no trasciende á todos los demas sucesores , nada adelanta Barbosa con de-

cir que por la satisfaccion del sucesor se estinguió la obligacion que tenia respecto al antecesor.

142. Es tan difícil de persuadir que haya una particular razon para que el sucesor del mejorante abone las mejoras sin tener accion para recobrarlas de sus respectivos sucesores, que antes bien cuantas razones alegan los autores de esta opinion, y cuantas puedan escogitarse, militan igualmente en los sucesores del que pagó las mejoras que en el sucesor del mejorante.

143. Ya hemos visto arriba que la razon principal en que fundan la injusticia de la ley de Toro es la de que por la denegacion de poder repetir el valor de las mejoras el que las hizo se perjudica á sus hijos y muger por la disminucion que han de sufrir aquellos en sus legítimas, y esta en su mitad de gananciales, cuyo perjuicio es preciso que recaiga en la muger é hijos del inmediato sucesor, obligándole á este á satisfacer el valor de las mejoras, porque seguramente la muger é hijos de este experimentarán otra tanta disminucion en sus gananciales y legítimas que la que se pretende evitar en la muger é hijos del mejorante, como ya antes queda manifestado.

144. Siendo, pues, esto cierto como no se puede negar, ¿qué razon hay para que la muger é hijos del mejorante se liberten del perjuicio de la disminucion de gananciales y legítimas, y recaiga este en la muger é hijos del inmediato sucesor?

145. Tan lejos está de poder hallarse razon alguna que apoye la preferencia de la muger é hijos del mejorante respecto de los de su sucesor inmediato, que antes bien la voluntad del acto con que el mejorante hizo las mejoras no debe inducir la mas mínima obligacion en su sucesor que no derive causa de él en la sucesion al mayorazgo.

146. Pero demos caso que hubiese alguna razon para esta preferencia en la muger é hijos del mejorante respecto de su inmediato sucesor, nunca podia esta impedir que la repeticion que lograba la muger é hijos del mejorante contra su inmediato sucesor no obrase con igual ó mayor razon contra el inmediato sucesor de este, y asi sucesivamente.

147. Si el haber costado las mejoras es la causa porque se deben abonar á la muger é hijos del mejorante por su sucesor inmediato, es claro y fuera de toda duda que despues que este satisfizo su importe se verifica real y verdaderamente que tambien las ha costado; ¿pues por qué se le ha de denegar al segundo que ha abonado las mejoras la repeticion que se ha concedido al primero?

148. Esta repeticion es tanto mas fundada en el sucesor que en el mejorante cuanto este hizo las mejoras voluntaria y espontáneamente, y aquel las satisfizo obligado.

149. Si la razon de satisfacer las mejoras el sucesor inmediato del que las hizo es porque entra en el goce y disfrute de los bienes mejorados, igualmente entra en el mismo goce despues de sus dias su inmediato sucesor, con que debe entenderse con él la misma obligacion mediando la identidad de causa que la produce.

150. En prueba de la variedad y poca exactitud con que discurre Pedro Barbosa acerca de la impugnacion de esta ley, en lo que se asemeja á los demas autores que se han propuesto el mismo objeto, es que tratando de si el mejorante podria arrancar y llevarse las mejoras que hubiera hecho en los tres casos de que habla la ley, impugna la opinion de los que le con-

ceden esta facultad, y dice en el número 48 que la mente de la ley de Toro fue conceder á los poseedores de los mayorazgos facultad de aumentarlos y mejorarlos en dichos tres casos, y así cuando el poseedor hace las mejoras se entiende que las ejecuta con ánimo de donarlas, y no de repetirlas, cuyo ánimo se presume mas fácilmente, porque por lo regular los mayorazgos recaen en los descendientes del poseedor.

451. Si las mejoras afirma Barbosa que las hace el poseedor con ánimo de donarlas, y no repetirlas, ¿cómo pretende impugnar la decision de la ley de Toro, porque dispone que el poseedor del mayorazgo, su muger é hijos no puedan repetir del sucesor el valor de las mejoras?

452. Establecido, pues, que la muger é hijos del poseedor del mayorazgo que hizo en él mejoramientos no tienen repeticion contra el sucesor para cobrar su importe, síguese tratar ahora si un tercero poseedor de bienes vinculados, que con buena fé los adquirió, y en ellos hizo algunos mejoramientos, estará escluido en virtud de la ley de Toro de repetir su valor del sucesor en el mayorazgo.

453. Se dividen nuestros autores, como regularmente acontece, opinando unos que el poseedor de buena fé de bienes vinculados no está comprendido en la decision de la ley de Toro; y otros por el contrario afirman que se halla comprendido en ella, por lo que se hace preciso esponer los fundamentos de una y otra opinion.

454. Juan Gutierrez en el libro 5 de sus prácticas cuestiones, en la 29 se declara por la sentencia que afirma que el poseedor de buena fé tiene derecho para repetir del sucesor del mayorazgo el importe de las mejoras hechas en bienes vinculados.

455. El primer fundamento de que se vale en apoyo de esta opinion le saca de la misma ley, que solo habla del poseedor de mayorazgo, privando á su muger, hijos y herederos de la repeticion, de donde infiere debe decirse lo contrario cuando un tercero con buena fé ejecutó las mejoras, como sucede en el caso propuesto; y no hablando la ley de dicho caso permanece sujeto á la disposicion del derecho comun, que permite al poseedor de buena fé sacar el valor de las mejoras útiles ó necesarias en fundo ageno.

456. El segundo y tercer fundamento de que se vale coinciden en el mismo principio de que el poseedor de buena fé repite el valor de las mejoras hechas en la cosa agena de su verdadero dueño, y á lo mismo conspira el cuarto fundamento, en el que refiriéndose á la ley 41, tit. 28, Partida 3, pretende que al poseedor de buena fé le compete el derecho de retener la cosa hasta estar satisfecho de lo que ha gastado en ella. Del mismo dictámen que Gutierrez son Mieres de *majoratibus* en la parte 4.^a, cuestion 32, y Burgos de Paz, el jóven, en la cuestion 7, número 32 y siguientes, á quienes cita dicho Gutierrez; por el contrario Luis Velazquez de Avendaño en la glosa 7, á la ley de Toro, número 41 y 42, pretende que la disposicion de dicha ley se debe estender á cualquier tercero que posea con buena fé el mayorazgo, cuya opinion sigue el señor Castillo en el libro 3, capítulo 26, en donde propone un caso de esta especie que en su tiempo se ventiló en la audiencia de Sevilla, y afirma recayó la decision del tribunal contra el tercer poseedor; pero donde mas claramente manifiesta su dictámen es en los números 95 y 97 de dicho capítulo.

457. El fundamento que alega por su opinion Avendaño es de que en

virtud de la ley 45 de Toro se transfiriere inmediatamente la posesion de los bienes vinculados en el sucesor, y de consiguiente se infiere que el tercer poseedor no puede sacar el importe de las mejoras, denegándosele la retencion de los bienes del mayorazgo, cuya retencion le es permitida por derecho en los otros bienes que no tienen el gravámen de restitution, y de que puede sacar el valor de las mejoras, limitando su opinion Avendaño á las mejoras útiles, pero no á las necesarias, las que defiende podrá repetir y cobrar del sucesor.

458. El señor Castillo en el número 91 funda su opinion en que la ley de Toro habla generalmente del que hiciere mejoras en bienes de mayorazgo, y de consiguiente debe estenderse á todos su decision, bien sea al poseedor sucesor en el mayorazgo, ó á un tercero que lo tenga con buena fé.

459. Tambien alega que la ley no mira principalmente á la persona del mejorante, bien sea poseedor del mayorazgo ú otro cualquier tercero, tenga ó no buena fé, sino al sucesor y á la conservacion y aumento de los bienes vinculados, y finalmente dice al número 92 que despues de la publicacion de la ley de Toro no deben quejarse de ella, sino de sí mismos los terceros poseedores de bienes vinculados que hacen mejoras de ellos, creyéndolos propios, porque deberian al tiempo de la compra haberse asegurado por medio de fiadores é hipotecas en caso de eviccion, no solo del valor de la cosa comprada, sino de sus accesiones y mejoramientos, sin pasar á comprarla sin que precediese una diligente inquisicion que les hiciese conocer que era libre, y no sujeta á vínculo perpétuo de restitution, pues de lo contrario deberán imputarse á sí mismos el perjuicio que se les origine, y usar de su derecho, tanto por el interés de la cosa como por el valor de las mejoras hechas en ella contra los herederos del vendedor, y no contra el sucesor del mayorazgo, que tiene á su favor la disposicion de la ley de Toro, á no ser en el caso en que el gasto hecho en las mejoras fuera tan necesario para la conservacion de la cosa vinculada que sin él se hubiera arruinado, porque entonces debe abonársele al comprador ó poseedor de buena fé, primero por el vendedor ó sus herederos, y en defecto de bienes de estos por el sucesor en el mayorazgo, como así lo afirma al número 101, ampliando la opinion de Avendaño en esta parte.

460. En esta variedad de opiniones me parece mas fundada la que concede al tercer poseedor de buena fé la facultad de repetir el valor de los mejoramientos del vendedor de los bienes vinculados, y en su defecto del producto de los mismos bienes.

461. Es máxima constante, tanto por derecho civil como por el real, que el poseedor de buena fé saca y repite el valor de las expensas útiles y necesarias hechas en fundo ageno de su verdadero dueño, como se convence del párrafo 30, tít. 1 del lib. 2 de las Instituciones de Justiniano, y de la ley 41, tít. 28, Partida 3.

462. Esta legal disposicion no puede entenderse corregida por la ley de Toro, que únicamente habla del poseedor del mayorazgo que con conocimiento de que los bienes se hallan vinculados hace en ellos mejoras útiles ó necesarias, en cuyo caso niega la repeticion de ellas á su muger, hijos ó herederos. La decision de esta ley se justifica principalmente con que la privacion de sacar el valor de las mejoras solo se impone al que voluntariamente y con conocimiento de que las ha de perder, pasa á ejecutarlas, con que mal podrá estenderse á un tercer poseedor, que persuadido de que los bienes

son de su libre disposicion hace en ellos los mejoramientos que estima convenientes para aumentar su patrimonio.

463. El decir, como pretende el señor Castillo, que el poseedor de buena fé debe sufrir el perdimiento de las mejoras, imputándose á sí mismo el no haber hecho las diligencias suficientes para asegurarse de que los bienes no eran vinculados, es no hacerse cargo de lo que entendemos por poseedor de buena fé, que en realidad es aquel que sin motivo ó causa para dudar de que el que le trasfiere los bienes es su verdadero dueño, entra á poseerlos en concepto de tal.

464. Si la buena fé del poseedor de bienes libres es suficiente para que se persuada que son suyos, ¿por qué esta misma fé en el poseedor de bienes vinculados no ha de ser bastante para que se persuada que son suyos igualmente? Si la buena fé del poseedor hace que se persuada que los bienes no son ajenos, ¿cómo esta misma fé no ha de ser bastante para persuadirse que no son vinculados?

465. Los mismos autores de la opinion que impugno convienen y reconocen que el poseedor de buena fé puede repetir el valor de las mejoras necesarias, como se manifiesta de los lugares que dejo citados, luego lo mismo deben decir de las útiles.

466. Si acaso se pretende responder que el poseedor de buena fé no repite las espensas necesarias por razon de la buena fé, sino porque el dueño las habia de haber hecho, y por esta razon se concede al poseedor de mala fé igual repeticion de las mismas mejoras, digo que el señor Castillo en el número 101 establece que aunque el poseedor del mayorazgo no está obligado á costear las espensas necesarias de alguna consideracion (en lo que conviene tambien el señor Molina), sin embargo afirma que si el dicho poseedor hace las espensas mejoras no podrá repetirlas, porque se entiende que las hace con ánimo de donarlas, y de no repetirlas, y de consiguiente la decision de la ley de Toro tendrá lugar en estas espensas necesarias como en las útiles, porque no distingue, mayormente despues que se publicó y le consta de la resolucion de la ley de Toro. Hasta aqui el señor Castillo, de cuya doctrina se convence que si el poseedor del mayorazgo pierde las espensas necesarias, porque se presume que las hace con ánimo de no repetirlas despues de la publicacion de la ley de Toro, lo que es conforme al párrafo 30, tít. 1, lib. 2 *institutionum*, y la 42, título 28, Partida 3, por faltar este ánimo y conocimiento en el poseedor de buena fé en las espensas útiles, debe igualmente repetirlas.

467. Si porque la ley de Toro no distingue entre espensas útiles y necesarias, de todas se niega la repeticion al poseedor del mayorazgo, ¿por qué estendiéndose dicha ley al poseedor de buena fé se le ha de conceder á este la repeticion de las espensas necesarias, y no de las útiles?

468. Es, pues, necesario convenir que la falta de noticia en el poseedor de buena fé de que los bienes son de mayorazgo es la que lo habilita para repetir el valor de las espensas necesarias, con que encontrándose en él igual falta de noticia en cuanto á las espensas útiles, se le debe conceder igual repeticion, y si no maniéstese con limpieza y claridad qué otra diferencia media entre el poseedor sucesor de mayorazgo y entre el tercer poseedor de buena fé para que el primero no pueda repetir el valor de las espensas necesarias, sin embargo de que no está obligado á hacerlas, y si el segundo sino el conocimiento que tiene el primero de que los bienes eran vinculados

y de la ley que disponia acerca de ellos, y la falta de esta noticia de que carecia el segundo.

169. Pretende Avendaño en el número 12 de la glosa 7 fundar la denegacion de repetir las mejoras útiles al poseedor de buena fé, en que por la ley 43 de Toro, en el punto que muere el legítimo poseedor del mayorazgo, se transfiere la posesion civil y natural al verdadero sucesor, lo que impide que el poseedor de buena fé pueda retener los bienes vinculados hasta compensarse de las mejoras útiles; pero no reflexiona que si esta razon es eficaz para persuadir lo que intenta, deberá igualmente impedir la retencion de los bienes vinculados para que se compense el poseedor de buena fé de las mejoras necesarias, y si estas las puede repetir sin necesidad de retener los bienes, no hay motivo alguno que haga necesaria la retencion para la repeticion de las útiles.

170. Sin embargo de ser el señor Molina un acérrimo defensor de los mayorazgos, que procura rebatir cuanto cree contrario á su permanencia y y conservacion, se ve en la precision de reconocer en el libro 4, cap. 27, número 6, que los desmejoras de los bienes vinculados ocurridos por caso fortuito ó sin culpa lata ó leve del poseedor, si son considerables no está obligado este ni su heredero á satisfacer el importe de su reparacion, ni tampoco el sucesor, sino que deberán costearse de los bienes del mismo mayorazgo, lo que afirma es una cosa muy cierta é indudable. Con el dictámen de este autor se conforma el señor Castillo en el libro 5 de sus controversias cotidianas, cap. 65, número 98.

171. Con arreglo á esta doctrina es constante la práctica recibida de que para el reparo de los desmejoras de que vamos hablando se solicita real licencia, y regularmente se concede para imponer censos sobre los bienes vinculados ó para enagenar una parte de ellos á fin de poder reparar otros, aunque en uno y otro caso se les impone á los poseedores la obligacion de ir depositando anualmente cierta y determinada cantidad para el total reintegro del capital del censo ó del valor de los bienes enagenados.

172. Síguese tratar del acreedor de poseedor de bienes vinculados. Para proceder con la claridad que corresponde se ha de suponer que el crédito puede ser contra el poseedor del mayorazgo, por la deuda que contrajo por su personal utilidad ó por la del mayorazgo; en el primer caso no se ofrece la menor duda de que ni estan obligados los bienes del mayorazgo, ni tampoco lo está el sucesor en los mismos no siendo su heredero, y así toda la dificultad se versa en el segundo caso de que la deuda se haya contraído en utilidad y beneficio de los bienes vinculados.

173. Cuando la deuda contraída en beneficio de los bienes del mayorazgo tiene hipotecados á su favor dichos bienes mediante real facultad tampoco hay la menor duda de que el sucesor en el mayorazgo está obligado á satisfacerla, como lo dice el señor Molina en el lib. 4, cap. 10, número 15 de *primogenitis*. Toda la dificultad, pues, consiste en si no habiendo precedido facultad real para hipotecar los bienes en pago de la deuda contraída para la necesaria reparacion de los bienes vinculados, estará obligado el sucesor á satisfacerla. El señor Molina en el número 17 del lugar citado distingue dos casos; uno cuando la deuda se contrajo para hacer edificios que habian de ser de perpétua utilidad al mayorazgo, y el otro cuando era para una reparacion de poca consideracion ó para la mas cómoda percepcion de los frutos: en el primero resuelve que el sucesor en

el mayorazgo no está obligado á satisfacer las deudas contraidas por su antecesor para hacer dichos edificios, y así presupone que la deuda solo puede estar en si esta deuda podrá ó deberá satisfacerse de los bienes vinculados, y para resolverla la subdivide en otros dos casos de que los edificios no sean necesarios aunque puedan ser útiles, y entonces resuelve que los bienes del mayorazgo no pueden hipotecarse ni venderse para el pago de la espresada deuda, porque seria la cosa mas inicua afirmar que los bienes del mayorazgo se pudiesen hipotecar ó enagenar por semejante causa contra la espresa prohibicion del fundador.

174. El otro caso es cuando la deuda se contrajo para construccion de edificios necesarios, sin los cuales no se podia conservar el mayorazgo, y resuelve al número 18 y siguiente es que en tal caso pueden hipotecarse y venderse los bienes del mayorazgo, sin embargo que esté prohibida su enagenacion por el fundador, porque no se hace creible que el fundador del mayorazgo que prohibió la enagenacion de sus bienes con el fin de que se conservaran perpetuamente en su familia, quisiese hacer una disposicion, en virtud de la cual se acaben y destruyan; y así debe presumirse que permitió que en este caso se pudieran hipotecar sus bienes, aunque no lo espresó, con tal que (dice el mismo autor) el dinero se haya prestado espresamente para la reparacion de los bienes del mayorazgo, consumido en ellos, se conserve el edificio, y fuese tan necesario el reparo, que de otro modo se hubiera arruinado la cosa reparada, y que no se haya gastado en ella mas que lo que era precisamente necesario: todas estas circunstancias quiere el señor Molina al número 23 que concurran á un tiempo, para que por el dinero prestado para el reparo de algun edificio del mayorazgo competa la accion hipotecaria con prelacion, y aun quiere y aconseja que cuando ocurra este caso se piense y examine con cuidado su resolucion, tanto por la decision de la ley 46 de Toro como por las cláusulas de los mayorazgos, en que comunmente se suelen escluir y vedar enagenaciones.

175. La misma opinion sigue el señor Molina al número 24 en el caso de que la deuda se haya contraido, no para construccion de edificios necesarios, sino para reparo igualmente necesario para la conservacion de los bienes vinculados, que de otro modo no pudieron conservarse, como seria, por ejemplo, si estando situados á la orilla de un rio amenazase su ruina necesaria si no se hiciera en la orilla algun refuerzo ó fortificacion para impedir el que se los llevase.

176. Juan García en su tratado *de spensis*, cap. 46, número 10, sostiene que cuando no ha intervenido real permiso para hipotecar los bienes del mayorazgo al dinero ó caudal que se ha tomado para hacer los reparos necesarios, de cualquier clase que sean, no quedan obligados los bienes, ni responsable el sucesor.

177. Aunque el acreedor hubiera dado el caudal para los reparos con la precisa condicion de que quedasen hipotecados para su pago, seria lo mismo, y así ni le competirá hipoteca tácita ni espresa, y solo podrá usar de la accion personal contra el poseedor que recibió el dinero ó contra sus herederos, y se funda para esto en la decision de la ley 46, la cual habiendo escludido á la muger é hijos del poseedor de repetir el valor de los reparos ó mejoramientos hechos en edificios de mayorazgo, debe entenderse escludyó tambien á los otros acreedores, y da la razon, porque á no en-

tenderse así dicha ley se haría ilusoria su disposición, concertándose entre sí los acreedores, hijos, muger y poseedor del mayorazgo, porque tomando este algún empréstito para reparos de los bienes vinculados, se los entregase después á su muger é hijos, y por este medio se conseguía por un camino lo que se había prohibido por otro, y los mayorazgos perecerían y llegarían á extinguirse gravados con deudas.

178. Luis de Avendaño en la glosa 9, número 16 de dicha ley, después de haber referido en los números antecedentes la doctrina de García y otros autores, se inclina á que en el caso que los reparos en fincas de mayorazgo hayan sido tan necesarios, que sin ellos se hubieran extinguido los bienes en que se ejecutaron, se debe satisfacer al acreedor la cantidad que prestó para invertirse en ellos, aunque no espresa de dónde se han de satisfacer, si de los bienes vinculados, ó por el poseedor del mayorazgo, por su heredero, ó por el sucesor en defecto de este.

179. El P. Molina en la disputacion 641, número 4, espresamente afirma que en el caso que la deuda la contrajese el poseedor del mayorazgo para reparos tan necesarios, que sin ellos perecería la finca, deben satisfacerse de los bienes del mayorazgo, y estar obligados á su pago los sucesores en el mismo, ó bien enagenando parte de los bienes ó satisfaciendo de sus frutos.

180. Acevedo en el consejo 38, número 14, conciliando las diversas opiniones de los autores en este punto, dice que cuando el poseedor del mayorazgo espresamente obligó los bienes del mayorazgo por el dinero que recibió para repararlos, ó por los reparos que hizo el mismo acreedor, en el caso de que hubieran de perecer los bienes si no los hubiera reparado el acreedor ó prestado su dinero para hacerlo, entonces quiere que prevalezca la opinion del señor Molina en el cap. 6, número 28, y la de aquellos autores que resuelven á favor del acreedor, y aun en este caso quiere que se siga el consejo que da Alvarado y Peralta, de que el poseedor se presente ante el juez del lugar y le pida licencia para tomar dinero prestado y obligar los bienes del mayorazgo, ofreciendo dar informacion de que el reparo, no solo es útil, sino tan necesario, que si no se hiciera y se tomara el dinero para ello perecería la cosa, y tan urgente que no daba lugar á pedir y conseguir antes el real permiso ó licencia, y que la opinion contraria al señor Molina se ha de entender cuando falta ó no hay está necesidad urgente del reparo, que no permite esperar la real licencia, y concluye aconsejando que en el caso de haber de tomar el poseedor dinero prestado para hacer reparos en bienes vinculados preceda ó subsiga la real licencia, ó por lo menos observen la cautela que queda referida.

181. El señor Castillo en el libro 3, cap. 63, número 101, después de haber referido las opiniones de algunos autores, dice al fin del dicho número que es de parecer que aunque no se constituya hipoteca espresa ni tácita en el caso propuesto en que los reparos sean tan necesarios, que sin ellos perecería la finca, con todo tiene por rígida y dura la sentencia de aquellos que en dicho caso niegan al acreedor el derecho de repetir la cantidad prestada, y así se inclina á la opinion de Avendaño de que el acreedor deba recuperar su crédito de los herederos del último poseedor si tienen con qué, y en su defecto del sucesor, sin que deba ser oído este si se excusase á la satisfaccion de la deuda, por ser contra la mente del funda-

dor, no debiéndose creer que queriendo que los bienes se conservasen perpétuamente en su familia hiciese una disposicion, por la cual viniesen á destruirse y aniquilarse, si los acreedores no podian cobrar las cantidades que habian dado para reparos necesarios á la conservacion de las fincas.

182. Pasando á proponer mi dictámen entre estas varias opiniones digo que en el caso de la disputa no se contrae hipoteca tácita ni espresa cuando no ha precedido y subseguido real licencia, ni estará obligado el sucesor del mayorazgo á satisfacer la menor cantidad en defecto de la insolvencia de los herederos del poseedor, y es la razon porque por mas urgente que fuera la necesidad no podia estorbar ni impedir que se solicitase la real licencia despues de socorrida, en virtud de la cual puede solamente ligarse al sucesor á la satisfaccion del crédito, y asi el acreedor deberá imputar á su negligencia ó descuido la falta de no haber impelido ó escitado al poseedor para que solicitase, ó la real licencia para el préstamo, ó la aprobacion de él, y aun en estos casos no debia satisfacer el sucesor aquella parte del crédito que por morosidad del acreedor no cobró del poseedor del mayorazgo, habiendo transcurrido tiempo suficiente para poder satisfacer la deuda ó una parte de ella de los frutos de los bienes vinculados, porque si por la percepcion de los frutos se obliga al sucesor á satisfacer la deuda, con mayor razon debe obligarse al actual poseedor, en quien á mas de la percepcion de frutos concurre la obligacion personal, y nunca puede estar en el arbitrio del acreedor el gravar al sucesor con lo que debió pagar el poseedor.

183. Tambien han querido dudar los autores si protestando el poseedor del mayorazgo al tiempo de hacer las mejoras, que su ánimo es de cobrar y repetir su importe, cesará la disposicion de la ley de Toro; pero no es lo peor que hayan escitado esta duda, que podia pasar por sutileza de ingénio, sino que haya habido quien la ha creido suficiente para suspender el efecto de la disposicion de la ley.

184. Pedro Barbosa en la ley *divortio, soluto matrimonio*, párrrafo final parte 1.^a, número 418, afirma que cuando el poseedor del mayorazgo al tiempo de hacer las mejoras espresamente declara que su ánimo es de repetir su importe, cesa la disposicion de la ley, y adquiere derecho para que se lo satisfaga el sucesor, y cita como autores de esta opinion al señor Menchaca, de *succes. creat.*, párrafo 5, número 13, y al señor Molina libro 1, cap. 26, número 46, pero con tanta equivocacion, que hablan en un caso enteramente diverso, cual es el de que el fundador hubiese dispuesto que las mejoras hechas por el poseedor las satisfaciese el sucesor, en cuyo caso no hay duda de que debe cesar la disposicion de la ley, y estarse á la voluntad del fundador, que es la regla invariable que se ha de observar en los mayorazgos.

185. Tambien cita á Acevedo como contrario á su opinion en la ley 6, tít. 7, libro 5 de la Recopilacion, número 8, pero el mismo Acevedo en el consejo 38, número 8, reconoce que lo que dijo en el lugar que se le cita fue que si el que habia hecho las mejoras dispusiese en su testamento que se le abonasen, no habiendo manifestado esto mismo al tiempo de ejecutarlas (cuyos casos son diversos), no debe cesar la disposicion de la ley; pero sin embargo en el caso y duda que propone Barbosa se conforma con su opinion y resuelve lo mismo que él en dicho número 8 del consejo 38.

186. El señor Castillo en el citado capítulo 65, número 115, supone

esta misma duda, y despues de haber citado la opinion de Barbosa, y advertido las equivocaciones que padece en las citas que hace, resuelve que en aquellas cosas que están determinadas por derecho en cierto y determinado modo no tiene ningun efecto la protesta que se haga contra ellas, ya porque la protesta contraria al hecho no releva de la obligacion, y ya tambien porque cuando es contraria al derecho no puede impedir la disposicion de la ley, y por último, porque si estuviera en el arbitrio de los poseedores el suspender los efectos de la ley protestando contra su disposicion al tiempo de ejecutar las mejoras, hubiera sido inútil y ocioso su establecimiento. Y yo añado que la protesta hecha contra una ley establecida en beneficio de tercero nunca puede perjudicarle á este sin su consentimiento, y si esto valiese deberia decirse otro tanto del poseedor de mala fé que con protesta de repetir el importe edificase en suelo ageno ó hiciese otros mejoramientos.

187. Otra duda suscitan los autores acerca de si la muger, hijos ó herederos del poseedor podrán deducir ó arrancar aquellos mejoramientos que puedan separarse sin detrimento de la cosa en que se hicieron, y en esta duda, como regularmente sucede en las demas, se dividen, defendiendo unos la opinion afirmativa, como le sucede al señor Molina en el lib. 4, cap. 26, número 16, á quien siguen entre otros García *de expensis*, capítulo 13, número 17. Gutierrez, lib. 5, cuestion 30, número 4; Acevedo, consejo 38, y tambien habia ya opinado antes asi Antonio Gomez en la ley 46, número 2.

188. El P. Molina en la disputacion 644, número 2 párrafo 4, *in dubium*, es de contrario dictámen, y tambien Pedro Barbosa en la ley *divortio*, párrafo final, número 116 y 117, Matienzo en la ley 6, tit. 7, libro 5, glosa 3, número 3 y siguientes, Mieres, Partida 4, cuestion 33, número 7, á quienes sigue el señor Castillo en el citado capítulo 65, número 100, fundándose estos autores en que no se puede deformar el aspecto público, y en que la ley de Toro espresamente dice que los mejoramientos se hacen y toman la naturaleza de vinculados, como lo son las cosas en que estriban. Pero bien mirado estas dos opiniones mas parece que se diferencian en el nombre que en la substancia; pues los autores de la primera entienden por mejoramientos hechos en los edificios los pertrechos de guerra que se introducen en un castillo para su defensa, como son cañones, fusiles, espadas y municiones, segun se esplica García en el lugar citado.

189. En este sentido no puede haber la menor duda en que el poseedor de los bienes vinculados puede estraer dichos mejoramientos, porque en realidad son cosas distintas de los edificios, y que no tienen ninguna union con ellos, á la manera que podria estraer todo el menaje de casa con que la hubiera adornado para su comodidad y decencia, por no reputarse mejoramientos de un edificio los muebles que en él se colocan; por lo que comprendo que estas dos opiniones se deben conciliar diciendo que todos aquellos mejoramientos que por ser análogos á la cosa á que se aumentan se unen con ella, no pueden ni deben estraerse por el poseedor del mayorazgo, ni por su muger, hijos ó herederos, por reputarse de la misma naturaleza y condicion que los bienes á que están unidos, sin que deba atenderse á si pueden ó no repararse sin causar deformidad.

190. Es tanto el deseo de los comentadores de suscitar dudas acerca de la inteligencia de las leyes, que han llegado á dudar si la resolucion de la

presente ley de Toro deberá estenderse ó no al caso en que el marido constante matrimonio haga mejoramientos en los bienes vinculados de la muger, y lo que aun es peor que los autores están discordes en sus opiniones acerca de este punto.

191. Burgos de Paz en sus cuestiones civiles en la 7, número 61 y siguientes, es de sentir que la ley de Toro no debe tener lugar en el caso propuesto, y de consiguiente opina que el marido podrá sacar la parte que le corresponda del valor de las mejoras que haya hecho en los bienes vinculados de su muger, y pretende que Antonio Gomez en dicha ley, número 2, verso *quae omnia procedunt*, es del mismo dictámen; pero solo con leer el lugar citado de Gomez se convencerá cualquiera que no hace la menor mencion del caso de la disputa, pues aunque afirma que el marido puede sacar las expensas necesarias que haga en los bienes dotales de su muger, no supone que estos esten mayorazgados ó sujetos á vínculo perpétuo.

192. Luis de Avendaño en la glosa 2, número 2 á esta ley de Toro refiere la opinion que supone ser de Gomez, y la de Burgos de Paz el jóven en el lugar citado, y la reprueba remitiéndose á la glosa 6, donde habla de las mejoras hechas en bienes de mayorazgo.

193. Juan Gutierrez en el libro 3 y cuestion 30 de las civiles trata esta misma duda, y despues de proponer la opinion de Burgos de Paz y la de Avendaño, sigue como la mas conforme á la ley la de este último fundándose para ello en que si ni la muger ni sus herederos no pueden repetir las mejoras hechas en los bienes vinculados del marido, á causa de que inmediatamente se hacen del vínculo, y acrecen al mismo, por igual razon debe decirse que ni el marido ni sus herederos podrán sacar parte alguna de las expensas hechas en los bienes vinculados de la muger, y siendo este argumento tomado de la correlacion que hay entre marido y muger no parece regular que lo que se observa en el uno deje de cumplirse en el otro, y asi lo que la ley dispone acerca de la muger se ha de entender tambien dispuesto en el marido, mayormente teniéndose consideracion á que la causa de hablar la ley espresamente de la muger es con ocasion de que mas frecuentemente acaece que el marido sea el que tiene el mayorazgo, y espende en su utilidad los bienes adquiridos durante el matrimonio, y por lo tanto no se ha de creer que la ley escluya de su disposicion el caso contrario, ó que quiera que se juzgue de él de diverso modo, militando en uno y otro la misma razon, y siendo correlativos el marido y la muger, por lo que lo dispuesto en el uno se presume dispuesto en el otro. Hasta aqui Gutierrez. A cuyas razones podrá aumentarse otra no menos eficaz, qual es la de que si por la ley le es permitido al marido perjudicar á su muger y herederos en la parte de gananciales que invierte en sus bienes propios vinculados, aunque la muger no consienta en esta inversion, fundándose esta disposicion de la ley en que las mejoras hechas en bienes vinculados se consideran afectas al mismo vínculo, con mayor razon deberá decirse otro tanto en las mejoras hechas por el marido en los bienes vinculados de la muger, pues ademas de militar la misma razon de revestirse las mejoras de la cualidad del fundo en que se hacen, concurre la particular circunstancia de que el marido, que es el que ha de experimentar el perjuicio, las hace voluntariamente en calidad de administrador de los bienes de su muger. Por cuyos fundamentos comprendo que la opinion de Burgos de

Paz carece de todo apoyo legal, y descubre que no se dirige á otro fin que á restringir y limitar arbitrariamente la disposicion de la ley de Toro; y que la de Avendaño y Gutierrez es la mas conforme y arreglada á la letra de la ley y á su espíritu.

194. No se limita la cavilacion de los comentadores á la duda anteriormente propuesta, sino que pasan á suscitar otra aun mas sutil y delicada, y lo peor es que despues de haberla propuesto se han dividido en opiniones, como sucede por lo comun. Se reduce la duda á si la ley de Toro deberá tener lugar en las casas que de nuevo se hagan en bienes de mayorazgo.

195. El fundamento de esta duda lo toman de la misma ley, la que despues de decir que las fortalezas y cercas que se hicieren de nuevo ó repararen en ciudades, villas y lugares de mayorazgo sean igualmente de mayorazgo, como lo son ó fueren las ciudades, villas ó lugares y heredamientos donde se labraren, añade que lo mismo se entienda en los edificios que de aqui en adelante se hicieren en casas de mayorazgo, labrando y reparando ó reedificando en ellas. De cuyas palabras infieren algunos de los comentadores que la ley solo habla de los edificios que se aumentaren en las casas de mayorazgo, ó bien reparándolas ó reedificándolas, pero no de las casas que de nuevo se fabricaren.

196. Entre los principales autores que abrazan esta opinion se hallan Burgos de Paz el jóven en la 7 de sus cuestiones civiles, Gutierrez en la cuestion 31, núm. 1 y siguientes del libro 5, y el señor Castillo Sotomayor en sus cont. lib. 5, cap. 65, núm. 104.

197. El fundamento de esta opinion la ponen, como he manifestado arriba, en las palabras que se han referido de la ley; pero estas no deben entenderse tan literalmente que no se estiendan á las casas ó edificios que de nuevo se hacen. El fundamento para dar esta ampliacion á dichas palabras lo suministra la misma ley, en la que hablando de las fortalezas y cercas de las ciudades, villas y lugares de mayorazgo, comprende tanto las que se hacen de nuevo como las que se mejoran ó reparan; por lo que parece que debe entenderse lo mismo en las casas que de nuevo se edifiquen en los heredamientos de mayorazgo, mayormente no señalando los autores de la opinion contraria una causa que influya substancial y eficazmente para la diferencia que intentan establecer entre las casas que de nuevo se hacen y las cercas y fortalezas, y entretanto que no asignen la razon de esta diferencia obra contra su opinion el axioma comunmente recibido, que donde milita una misma razon se observa la misma disposicion de derecho.

198. Bajo este mismo principio se ha manifestado arriba con razones y la autoridad de varios autores clásicos, que sin embargo de que la disposicion de la ley de Toro solo habla de los edificios que se fabrican en bienes de mayorazgo, se estiende y amplía á los demas mejoramientos que se hacen en los bienes, por militar en unos y otros la misma razon.

199. El señor Castillo, que como dejo dicho, sigue la opinion de Juan Gutierrez en este punto, sin embargo en el núm. 88 del libro y capítulo citado afirma, siguiendo el dictámen del señor Molina y de otros autores que cita, que no obstante que la ley de Toro solo habla de mejoras que consisten en edificios, se estiende y comprende su resolucion á todas las demas clases de mejoras que se hacen en bienes vinculados; por lo que

es claro que este autor no guarda consecuencia en estas dos opiniones, pues si el limitarse la ley á solas las mejoras que se hacen ó consisten en edificios no impide que se estienda su disposicion á otros mejoramientos de diversa especie y naturaleza, porque el que la ley hablando de las casas de mayorazgo no espresa las que se fabriquen de nuevo, sino las que se aumentan ó reparan, ¿no se ha de estender su disposicion á las que de nuevo se fabrican siendo la misma razon que influye en uno y otro caso?

200. Conociendo así Juan Gutierrez, al núm. 6 del lugar citado, como el señor Castillo en el núm. 104, párrafo 3, que tanto los edificios que se hacen de nuevo en los bienes vinculados, como los reparos que en los mismos se fabrican, se revisten y toman la naturaleza de los bienes á que están inherentes, y que esta razon podia ser un convencimiento de que la ley de Toro comprendia igualmente las casas que se fabrican de nuevo, como los reparos de las mismas, pues en unos y otros se verifica que se hacen en heredamientos vinculados ó de mayorazgo, creyeron eludir la fuerza de este argumento diciendo que las casas que de nuevo se fabricasen en bienes de mayorazgo se revestian de la naturaleza de estos; pero de aqui no se sigue que la muger del poseedor no deba sacar la parte que le corresponde, ó sus gananciales, y los hijos del mismo sus legítimas.

201. Aunque á primera vista presenta esta esposicion alguna apariencia de solidez, si bien se reflexiona se conocerá que es un mero eufugio inventado para sostener una mala causa, como voy á manifestar, simplificando en cuanto sea dable una materia que tanto han obscurecido los que debian aclararla.

202. Si la muger é hijos del que edificó la casa han de sacar respectivamente del valor ó espensas del edificio, es indispensable que se satisfagan, ó de los bienes del mayorazgo, ó de los frutos que perciba del mismo el sucesor del que hizo las mejoras. No se puede prescindir de uno de estos extremos, porque en realidad no hay medio entre ellos, pues el decir que los debe satisfacer el sucesor es lo mismo que pagarlos de los frutos del mayorazgo, y en uno y otro se encuentran los mismos inconvenientes.

203. No pueden satisfacerse de los bienes del mayorazgo porque la enagenacion de estos, por cualquier título que se haga, es nula y de ningun efecto, por ser contra la espresa y literal prohibicion del fundador.

204. Tampoco se deben satisfacer ni de los frutos del mayorazgo, ni de los bienes del sucesor, y la razon es porque los frutos del mayorazgo se hacen del poseedor por razon del dominio que le compete, y de consiguiente no son bienes pertenecientes al mayorazgo, sino del poseedor, y siendo bienes del poseedor, tanto los frutos del mayorazgo, como sus bienes propios y peculiares suyos, si de unos y otros hubiera de sacar la muger del que hizo las mejoras la mitad del valor de ellas, y sus hijos las legítimas, el mismo perjuicio que se intentaba evitar en la muger é hijos del antecesor se causaria á la muger é hijos del sucesor, como ya hice ver al principio del Comentario de esta ley, pues otro tanto como importase el valor de las mejoras que habia de satisfacer el sucesor tendria de ellos su muger en los gananciales, y sus hijos en las legítimas, de que se convence que siempre que los autores de esta opinion reconozcan que

las casas que se hacen de nuevo en bienes de mayorazgo contraen la cualidad de los mismos bienes, es escusado pretender sacar el valor de su importe, porque se incurre en los mismos inconvenientes que quiso precaver la ley en los casos que literalmente espresa.

205. Esto mismo persuade la poca solidez del argumento ó paridad de que se vale el señor Castillo en el número 104 del capítulo citado, donde dice que si una Iglesia se destruye del todo, y posteriormente con licencia del obispo la reedifica otro, adquiere este último el derecho de patronato, sin que el primer patrono se lo pueda disputar; porque el que reedifica la iglesia se considera como si desde el principio la hubi era hecho de nuevo; de esta paridad hace uso el señor Castillo para dar á entender que no es lo mismo reedificar ó reparar un edificio antiguo que fabricarlo de nuevo, y de consiguiente que aunque la ley de Toro hable espresamente de las reparaciones de las casas de mayorazgo, no se debe estender á las que se hagan de planta.

206. Para satisfacer este argumento basta advertir la diferencia que hay entre uno y otro caso: el derecho de patronato no se adquiere por el sitio ó suelo sobre que se edifica la iglesia, sino por la construccion de la misma, y así siempre que se verifique la ruina de la iglesia se estingue el derecho de patronato del primero que la edificó, y lo adquiere el que la edifica de nuevo, por la misma razon que la adquirió el primero, que es por haber costado los gastos y espensas del edificio; no sucede lo mismo en el caso de la disputa, porque bien se repare el edificio antiguo, ó se construya de nuevo, siempre se verifica que se ejecuta en bienes vinculados, y por lo tanto adquiere la naturaleza de ellos, y se siguen los mismos inconvenientes de satisfacer el valor de las espensas á la muger é hijos del que las hizo, como queda demostrado.

207. Para remover todo motivo de duda en este punto quiero hacerme cargo de un argumento, que acaso podrá formarse contra los fundamentos de que ahora me valgo para apoyo de esta opinion, cotejándolos con los de otra que defendia arriba, reducida á que el poseedor de buena fé no está comprendido en la decision de la ley de Toro, y por lo tanto no puede impedírsele sacar por lo menos el valor de las mejoras útiles y necesarias que haya hecho en los bienes de mayorazgo. El argumento se forma de este modo: si no hay inconveniente en que el poseedor de buena fé repita el valor de las mejoras del legítimo sucesor del mayorazgo, ó de los frutos de este, tampoco deberá haberlo en que se le conceda la misma repeticion contra el sucesor del mayorazgo á la muger é hijos del que ha edificado una casa de nuevo, pues tanto en el caso del poseedor de buena fé como en este se grava al sucesor con la satisfaccion ó pago del valor de las mejoras, y se priva á su muger é hijos de parte de sus gananciales y legítimas.

208. No se puede negar que á primera vista y de pronto sorprende este argumento y hace concebir una verdadera contradiccion entre estas dos opiniones: pero si se considera atentamente la diferencia que media entre uno y otro caso fácilmente se descubrirá la ilusion.

209. Supuesto que la disposicion de la ley de Toro no comprende al poseedor de buena fé, porque habla del legítimo poseedor del mayorazgo que con conocimiento de que los bienes son vinculados ejecuta las mejoras, como ya manifesté arriba donde fundé esta opinion, resta hacer ver la diferencia que media en cuanto á gravar al sucesor del mayorazgo en el primer

caso con el resarcimiento del valor de las mejoras, y no en el segundo.

210. En la suposicion de que no ha de perder el poseedor de buena fé el valor de las mejoras útiles y necesarias que hubiera ejecutado en bienes vinculados, es indispensable que lo satisfaga el sucesor del mayorazgo, ya que no sea de sus propios bienes, por lo menos de los frutos del mismo, sin que obste el perjuicio que indirectamente han de experimentar la muger é hijos en sus ganancias y legítimas, porque en el conflicto de haber de perder de lo suyo el poseedor de buena fé, y lucrarse la muger é hijos del sucesor del mayorazgo, la razon natural y el derecho disponen que sea preferida la causa del que trata evitar un perjuicio á la del que procura adquirir utilidades.

211. No sucede lo mismo en el caso de que el poseedor del mayorazgo haga las mejoras, porque entonces el poseedor y el sucesor se hallan en una absoluta igualdad, siendo uno y otro dueño y usufructuario de los bienes vinculados, y esta misma igualdad hace que sea mas equitativo y justo que pierda el valor de las mejoras el que voluntariamente las hizo, que no el que le ha de suceder en ellas y ningun influjo tuvo para que se ejecutasen, ni pudo impedir que se hiciesen.

212. Queda, pues, demostrado que tanto en las casas que se hacen de nuevo en bienes de mayorazgo, como en las que se aumentan y reparan, existe y se verifica la razon de decidir de la ley de Toro, y por lo mismo es claro que su decision debe comprender tanto á las casas que se fabriquen de nuevo como á las que se aumenten y reparen, esperimentándose en uno y otro caso los mismos inconvenientes que quiso evitar la ley de que no se gravase al sucesor en el mayorazgo con la satisfaccion del importe ó valor de las mejoras que se habian hecho sin su consentimiento, y de cuya utilidad y producto se habia acaso utilizado mas el autor de ellas que el sucesor.

213. No contentó el señor Castillo con seguir la opinion que se ha refutado, pretende, apartándose del dictámen de Gutierrez, que el señor Molina no es contrario á su opinion, porque no habla de los edificios ó casas que se hacen de nuevo en el cap. 26 del libro 2 de *primogenitis*, donde comenta la ley de Toro; pero se equivoca tanto en este concepto como en la opinion que defiende, pues en el número 16 de dicho capítulo espresamente se propone la duda si la ley solo se ha de entender en las fortalezas, muros y casas de que se hace espresa mencion, ó se ha de estender genéricamente á todos los edificios y mejoramientos que se hagan en bienes vinculados, y positivamente resuelve que como la razon de la ley comprenda igualmente todo lo que se fabrica ó mejora en bienes de mayorazgo, sin que pueda señalarse razon de diferencia de unos casos á otros, y de que los ejemplos de que usa no los trae para restringir su disposicion, sino porque son los que con mas frecuencia ocurren y se practican, y hace la reflexion que habiendo privado la ley á la muger é hijos de la repeticion del valor de las mejoras que se hacen en castillos, cercas y casas, que por lo comun son mejoramientos necesarios, seria un manifesto absurdo concederla en los demas que son mas voluntarios, y por último dice que la ley espresó las cosas mas difíciles para que en las mas fáciles se practicára lo mismo con mas razon.

214. Ciertamente causa admiracion ver que un autor como el señor Castillo, que reunia una vasta lectura de cuanto habian escrito los comentadores de nuestras leyes con la práctica que adquirió en los varios tribunales de provincia de que fue ministro, se embarazase de una cuestion tan poco

fundada, y que elija un extremo que directamente se opone á la generalidad de la razon en que se funda la resolucion de la ley, y directamente incide en los inconvenientes que intenta precaver: si ya que creyó que esta dificultad era tan obscura é implicada que se hacia necesaria la declaracion del Soberano, se hubiera abstenido de entrar á resolverla, contentándose con proponer los fundamentos que habia por una y otra parte, no hubiera elegido un extremo tan poco conforme al espíritu y razon de la ley, y hubiera evitado caer en la inconsecuencia de estender la ley á los mejoramientos que no consisten en edificios, de que no habla, y restringirla á solo los edificios, de que hace espresa mencion, pues menor es la diferencia que hay entre un edificio nuevo y antiguo, que entre un mejoramiento que consista en plantaciones de árboles ó en hacer de regadío las tierras que eran de secano, ú otras de esta especie, y un edificio. Pero se hace muy difícil guardar consecuencia, precision y exactitud cuando se pone mas cuidado en amontonar especies que en digerirlas, de cuyo vicio por desgracia del tiempo en que escribieron adolecen muchos de los autores de la jurisprudencia práctica, y tambien algunos de las mas clásicos autores.

215. Omito detenerme á hablar de otra cuestion que trata Gutierrez en la 83 del lib. 2 de las civiles, concerniente á si la disposicion de la ley se ha de restringir á solas aquellas casas que se reputan por las principales, y en que ha de habitar el poseedor del mayorazgo con su familia, porque ya anteriormente dejo insinuado lo bastante para conocer lo voluntaria é infundada que es esta duda.

216. El mismo Gutierrez en la cuestion 85 del mismo libro entra á examinar si la disposicion de nuestra ley deberá tener lugar en los vínculos de tercio y quinto que se fundan sin real permiso, y aunque se declara por la sentencia afirmativa por no haber ninguna razon sólida que persuada lo contrario, esto mismo deberia haberle servido de escusa para no detenerse á examinar una cuestion que solo lo es en el nombre.

Ley 47 de Toro; es la 8.^a, tít. 4.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 3.^a, tít. 5.^o, lib. 10 de la Novísima.

El hijo casado y velado se tenga por emancipado.

El fijo ó fija casado é velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre.

COMENTARIO A LA LEY 47 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.=2. Se refieren los cuatro modos como salían los hijos de la patria potestad, según el derecho civil.=3 y 4. El modo mas comun era la emancipación: modo de efectuarse esta.=5. El derecho de Partidas siguió las disposiciones del romano, reduciendo á cuatro los modos de salir los hijos de la patria potestad.=6. Formalidades que debían practicarse, según el mismo, para la emancipación.=7. Ni por derecho civil, ni por el real se proponía el matrimonio como modo de salir los hijos de la patria potestad.=8. La primera ley que hace alusión á si los hijos casados salían de la patria potestad por el matrimonio, es la del Fuero Real que se cita, y en la que se aprueba como válido el contrato celebrado entre el padre y el hijo, si este estaba casado, administraba sus bienes y era mayor de 25 años: duda sobre si se requerían copulativamente estas condiciones: opinion de Suarez sobre que no era necesaria la edad de 25 años para libertar al hijo de la patria potestad, pues el matrimonio suple dicha edad.=9. Opinion de Montalvo en el mismo sentido.=10. Idem de Diego Perez en igual sentido: la presente ley declara que el hijo casándose y velándose sale de la patria potestad.=11. Opinion de Gregorio Lopez sobre que al usar esta ley de la palabra *velado*, no tanto tuvo en consideración que eran necesarias las velaciones, cuanto que por lo comun después de ellas el hijo se separa del padre y lleva la muger á su propia casa, pues antes de esta ley no se pedía tal condicion.=12 y 13. Se rebate la opinion espuesta, pues tratándose de conceder una gracia al matrimonio, y teniendo presente la costumbre de la iglesia de bendecir los matrimonios, se creyó justo hacer depender dicha gracia de salir los casados de la patria potestad por el matrimonio, de la obligación de recibir la bendición del sacerdote que los papas habían establecido.=14 al 16. Origen de la bendición de los matrimonios: ejemplos históricos de dicha bendición.=17. No deben ser motivo de pleito las velaciones, según cree Gregorio Lopez, porque consta en debida forma en los libros parroquiales.=18 y 19. Se rebate la consideración que dice Gregorio Lopez tuvo la ley para usar de la palabra *velado*. =20. Duda sobre si el hijo de familias que contrae matrimonio con una viuda que ya había sido velada, gozará del beneficio de la ley.=21. El fundamento de esta duda es el haberse prohibido se bendijese el segundo matrimonio en que alguno de los contrayentes había sido ya bendecido en el primero, por lo que no pudiendo ser bendecido el hijo, en el caso espuesto, parece que le falta el requisito de la ley.=22. Disposición de Urbano VIII, prohibiendo se bendigese el segundo matrimonio, cuando alguno de los contrayentes había sido bendecido en el primero: estravagante de Juan XXII sobre que cuando alguno de los contrayentes no hubiese sido bendecido en el primer matrimonio, se bendigese en el segundo.=23. Opinion de Santo Tomás y Covarrubias sobre que si en el primer matrimonio no ha sido bendecida la muger, aunque lo haya sido el hombre, debe repetirse la bendición en el segundo: opinion de Diego Perez según la estravagante de Juan XXII: Idem de Sanchez sobre que si alguno de los que contraen el segundo matrimonio no ha sido bendecido en el primero, debe darse la bendición.=24. Opinion de Gutierrez sobre que se ha de estar á lo que se observa en cada diócesis: práctica según el manual de Ciudad-

Real.=25. Práctica del arzobispo de Toledo.=26. Disposiciones del ritual romano sobre este punto, y reglas que de él se deducen, segun Barrufaldo.=27. Segun dichos rituales y la práctica general, en la duda propuesta debe decirse, que el hijo de familias que contrae matrimonio con una viuda que ya antes ha sido bendecida, no saldrá de la patria potestad en virtud de la presente ley de Toro, porque no hubo velaciones.=28. No obstante se resuelve dicha duda en el sentido de que el hijo de familias saldrá de la patria potestad por el hecho de contraer el matrimonio, aunque no haya sido velado, pues antes del Concilio de Trento eran velados los matrimonios clandestinos, cuya disciplina regia cuando se dió esta ley.=29 y 30. El objeto del legislador al conceder que saliendo de la patria potestad los hijos de familia por el matrimonio, fue fomentar estos enlaces, en lo que lleva ventaja á la ley Papia Pœpea que no se valió de este medio, segun se espresa.=31. El privilegio que nuestra ley concedió á los hijos era poco gravoso á los padres, con respecto al perjuicio que estos experimentaban por la ley Julia, segun se espone.=32 y 33. El objeto que tuvo la ley al exigir las velaciones fue el de evitar los males que se originaban de los matrimonios clandestinos los que no podian contraerse, celebrándose *in facie ecclesiae*; pues de los matrimonios clandestinos nacia la incertidumbre de los mismos por no poderse probar con testigos, y la duda de la legitimidad de la prole.=34. Razones que tuvo la iglesia para prohibir los matrimonios clandestinos, segun el derecho canónico y las Partidas.=35. En el dia, estando ya declarados irritos por el Concilio de Trento los matrimonios clandestinos, y dispuesto que para que sean válidos se hayan de celebrar ante el párroco y dos ó tres testigos, no puede haber matrimonios clandestinos y ha cesado el motivo de la ley.=36. Así, pues, en el caso de la duda propuesta sale el hijo de la patria potestad por el matrimonio aunque no reciba las bendiciones de la iglesia en virtud de la costumbre de que se bendiga el matrimonio que se celebra con una viuda que ha sido ya velada: estension de esta opinion por el señor Llamas al caso en que los casados voluntariamente se abstengan de las bendiciones de la iglesia.=37. El hijo que una vez salió de la patria potestad por el matrimonio, no vuelve á entrar en ella, aunque haya faltado la causa de su concesion.=38 y 39. Se recuerda y rebate la estrañeza de Gregorio Lopez, de que la ley exigiese las velaciones, y su proposicion de que este requisito mas habia sido ocasion de pleitos que cosa provechosa.

1. Dispone la presente ley que el hijo ó hija casándose y velándose se tenga por emancipado en todo para siempre.

2. Siguiendo el método comunmente observado en estos Comentarios de referir las disposiciones del derecho civil concernientes á la materia, y á continuacion la del derecho real, digo que cuatro eran los medios ó modos con que salian los hijos de la patria potestad, á saber: por muerte natural, muerte civil, dignidad del hijo y emancipacion: la muerte natural habia de ser del padre: la civil podia ser del padre ó del hijo, y se verificaba por la *capitis* disminucion máxima y media, que equivalia á una mutacion de la condicion y estado de las personas, por la que dejaban de reputarse por ciudadanos romanos, y era cuando se hacian esclavos perpétuos ó se deportaban á alguna isla: por dignidad tambien salia el hijo de la patria potestad, pero al principio esta dignidad era la de patricio, que era la mayor y mas principal, que equivalia á la de ministro de estado del Príncipe, segun Heineccio en el número 1, tit. 12, párrafo 193 de sus recitaciones de los elementos del derecho civil, ley última C. de *consulibus*, y el párrafo 4 de este título de las instituciones. Posteriormente Justiniano estendió esta prerrogativa ó privilegio á otras dignidades civiles, y tambien al obispado, y se refieren en la novela 81.

3. El modo mas comun y ordinario, especialmente en tiempo de la república de salir los hijos de la patria potestad era la emancipacion, la que se practicaba por ciertas ventas y manumisiones imaginarias, acompaña-

das de otras varias formalidades y solemnidades que con el tiempo empezaron á hacerse desagradables, por lo que el emperador Anastasio estableció un nuevo modo de emancipacion, que consistia en un rescripto del Príncipe impetrado en virtud de una peticion del padre, el cual presentándole al juez se ejecutaba la emancipacion consitiéndola el hijo, que habia de haber salido de la infancia, y surtia los mismos efectos que la antigua ley 5, C. de *emancipationibus*.

4. No satisfecho el emperador Justiniano con la disposicion que se ha referido del emperador Anastasio, anuló y abolió las formalidades que se observaban en lo antiguo en las emancipaciones, y ordenó que los padres directamente pudiesen presentarse ante los jueces ó magistrados competentes á manifestar que dimitian ó sacaban de su potestad á sus hijos ó nietos, lo que aprobado por el juez quedaba concluida y formalizada la emancipacion, y el hijo gozaba el derecho y prerogativas de padre de familias, párrafo 6, institucion de este título, y la ley última C. de *emancipationibus*, debiendo advertirse que por esta nueva forma de emancipacion que estableció Justiniano no se derogó ni alteró la que habia introducido el emperador Anastasio, como lo observa Heineccio en el título de *patria potestate*, párrafo 197, en los elementos del derecho civil. En suma todo lo que se ha referido en esta materia resulta del párrafo inicial y del 1, institucion de *patria potestate*, y de las demas leyes que se han citado.

5. El derecho real de las Partidas siguió las disposiciones del derecho romano, como se echa de ver en la ley inicial del título 18 de la Partida 4, en donde reduce á cuatro los modos de salir de la patria potestad que son, la muerte natural, el juicio ó sentencia que se da de destierro perpétuo, la dignidad á que asciende el hijo, y últimamente la emancipacion. De la muerte natural trata la ley 1; del juicio ó muerte civil la segunda; de la dignidad la ley 7 hasta la 14 inclusive, en las que se refieren las diversas especies de dignidades, por las que el hijo logra el beneficio ó exencion; y de la emancipacion en la ley 15 y 17, donde se exige que en ella ha de intervenir el consentimiento ó voluntad del padre y del hijo.

6. Posteriormente la disposicion de la ley 15, que prescribia el modo y forma con que habia de comparecer el padre y el hijo ante el juez ordinario para formalizar la emancipacion, se moderó y coartó por Don Felipe V. en el año de 1713, en que habiéndole consultado el Consejo el notorio perjuicio que se seguia á la utilidad y bien público del Estado, de que se permitiera que se ejecutaran las emancipaciones ante cualquier juez ordinario, porque estos sin examinar las causas pasaban libremente á ejecutarlas, y que convendria se mandase á las justicias ordinarias no declarasen ni pudiesen declarar estas emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, con espresion de que sin esta primera circunstancia se darán desde luego por nulas cuantas hicieren, y habiéndose conformado su Magestad con este parecer del Consejo, mandó que así se ejecutase. Esta última disposicion de nuestro derecho patrio coincide en cierto modo con la emancipacion del emperador Anastasio, en la que intervenia igualmente la voluntad del padre y del hijo, la autoridad del juez ordinario y el decreto del Príncipe, emanado de su Consejo en representacion de su persona.

7. Hemos visto que ni por derecho civil ni por el real de las Partidas

se propone el contrato de matrimonio entre los modos de salir los hijos de la patria potestad, y antes bien en uno y otro derecho se encuentran pruebas positivas de lo contrario: en la ley 6, párrafo 2, en la 24, párrafo 2, y en la 37 ff. *ad legem Juliam de adulteris*, en las que se supone á los hijos casados bajo la patria potestad, y lo mismo se observa respecto de las hijas en la ley 1, párrafo 5, y 2, *de liberis exhibendis*: en la 1, título 17, Partida 4, se dispone que los hijos y nietos nacidos de legítimo matrimonio esten bajo la patria potestad del abuelo, lo que supone que el hijo tambien lo estaba, y porque podia dudarse si los hijos de hija habian de estar en la potestad de su padre ó del abuelo materno, declara la ley 2 del mismo título que deben estar bajo la potestad de su padre.

8. La primera ley que se encuentra en nuestros códigos legales que puede tener alusion á si los hijos casados salian de la patria potestad por el matrimonio es la 8, tít. 11, lib. 1 del Fuero Real, en la que se aprueba como válido el contrato celebrado entre el padre y el hijo, si este estaba casado, administraba sus bienes y era mayor de 25 años. Aunque podia dudarse si se requerian copulativamente todas estas condiciones para que el hijo se tuviese por emancipado, Rodrigo Suarez, esponiendo dicha ley en el número 49, es de sentir que en ella se pide la edad de 25 años, refiriéndose al derecho comun en cuanto á la validacion del contrato, pero no porque fuese esta edad necesaria para libertar al hijo de la patria potestad, y afirma que no vió se declarase en juicio ser necesarias todas las referidas cualidades simultáneamente para que el hijo saliese de la patria potestad, y en el número 38 asegura que el matrimonio no solo saca á los hijos del poder de sus padres, sino que suple la edad, y hace que los hijos ó hijas se consideren de edad suficiente y cumplida para obligarse en el contrato de préstamo, citando en su apoyo la ley 207 de estilo.

9. Montalvo en la citada ley del fuero, verbo, fueren casados, advierte que su disposicion es singular, y que de ella se infiere que por el matrimonio el hijo se hace *sui juris* ó padre de familias; y en la ley 7, título 4, número 3 del Fuero Real, comentando las palabras si el hijo antes que case, dice, advierte este nuevo derecho, porque por el sentido contrario, contraido el matrimonio, lo que gana el hijo no es para el padre, lo que nota porque la ley dispone que lo que gana el hijo que está con su padre antes que se case, por su trabajo ó por donacion del Rey ó de otro cualquiera, no esté obligado á partirlo con sus hermanos á la muerte de su padre.

10. Diego Perez en la ley 3, tít. 11, libro 4 del Ordenamiento Real, opina lo mismo con referencia á la presente ley, y asi tengo por inútil detenerme á referir opiniones de dichos autores, estando tan claramente decidido por la presente ley que el hijo ó hija casándose y velándose sale de la patria potestad, lo que tambien se observa en Francia por sus costumbres, como lo afirma Covarrubias *de sponsalibus*, parte 2, cap. 7, párrafo 1, número 16, con referencia á Tiraquelo, diferenciándose nuestra ley en que esta á mas exige las velaciones y bendiciones de la iglesia.

11. Esponiendo Gregorio Lopez la ley 5, tít. 5, Partida 6, glosa 4, dice con referencia á las velaciones, que le hizo siempre dudar del motivo y razon final que tuvo la presente ley para pedir este requisito, porque antes de ella no pedian tal condicion ni las leyes del Fuero ni la ordenacion de Sepúlveda, ni la costumbre ni práctica exigia otra cosa que el

contrato del matrimonio para libertarse el hijo de la patria potestad, y es de parecer que la palabra *velado* mas bien ha sido un seminario de pleitos, segun oyó á un hombre muy docto cuando él era jóven y estudiaba, que no el que haya traído alguna utilidad, y se inclina á que el haber usado la ley de aquella palabra no tanto tuvo consideracion á que eran necesarias las velaciones, quanto á que por lo comun despues de ellas el hijo se separa del padre y lleva la muger á su propia casa.

12. Se hace reparable que un hombre tan docto y juicioso, como sin disputa lo fue Gregorio Lopez, dude de la razon que pudo haber tenido la presente ley para exigir como un requisito indispensable las bendiciones de la iglesia á fin de que los hijos por el contrato de matrimonio salgan de la patria potestad, y pasando a indicar los fundamentos de su duda, dice que ni por las leyes del Fuero, ni por la ordenacion de Sepúlveda ni por la costumbre y práctica se pide otro acto ó requisito para que los hijos queden fuera de la patria potestad que la mera y simple celebracion del matrimonio, de que infiere estaba por demas que la ley hubiera añadido las velaciones ó bendiciones de la iglesia. Si el silencio de las leyes anteriores y el defecto de la costumbre y práctica que alega Gregorio Lopez fuera una razon suficiente para impedir la resolucion de la ley, tendríamos que deducir la absurda consecuencia de que los legisladores nada debian disponer de nuevo, sino conformarse con lo que ya estaba establecido.

13. Si Gregorio Lopez hubiera hecho una detenida reflexion sobre la disposicion de nuestra ley, tan lejos habria estado de estrañarla que antes bien deberia haber admirado el gran juicio y prudente economía con que procedieron los Reyes católicos en su formacion. Se trataba de conceder al matrimonio una gracia y prerogativa de que hasta entonces habian carecido los casados, pues la ley del Fuero que se ha citado estaba harto confusa y dudosa en su resolucion; y teniendo presente la antigua y constante costumbre y práctica observada en la iglesia de bendecir los matrimonios, creyeron no solo conveniente sino justo, hacer depender la gracia que dispensaban á los casados de salir de la patria potestad por el matrimonio de la obligacion que los Papas y Concilios habian establecido, de que los que los contraian recibiesen la bendicion del sacerdote al tiempo de celebrarlos, de forma que bien mirado, los Reyes católicos en la disposicion de esta ley unieron y combinaron la concesion de una gracia con la precision de cumplir una obligacion anteriormente establecida, lo que ofrece un testimonio irrefragable de la finura y delicadeza con que procedieron nuestros legisladores en la formacion de esta ley.

14. Tiene un origen tan antiguo la bendicion de los matrimonios, que Gonzalez Tellez en el Comentario al cap. 4 de las Decretales *de secundis nuptiis*, número 7, le hace descender de la que Dios echó á Adán y Eva quando los casó, segun consta del cap. 4, versículo 28 y 29 del Génesis, y sucesivamente refiere la bendicion que Raquel dió al matrimonio que Tobías el jóven celebró con su hija, y á continuacion, viniendo á los tiempos de la iglesia, cita los testimonios de Tertaliano, san Ambrosio y san Isidro, que hacen mencion de esta bendicion, y varias Decretales de Pontífices y cánones de concilios hasta el tiempo en que se celebró el de Trento, el cual en observancia de lo que antes tenia mandado la iglesia, creyó conveniente en el cap. 4 de la sesion 24 de *reformatione matrimonii* exhortar á los casados

que antes de recibir en el templo la bendicion sacerdotal no habiten en una misma casa, y estableció que la bendicion la recibiesen del propio párroco, á no ser que interviniese dispensa ó concesion del ordinario.

15. Van-Spen en el tomo 2, parte 2, seccion 1, tit. 12 de *sponsalibus et matrimonio*, cap. 6 in *jus ecclesiasticum universum*, afirma que desde los primeros siglos de la iglesia se celebraban los matrimonios entre los cristianos delante de un sacerdote con ciertos ritos sagrados y bendiciones, y advierte que sin embargo de que no pertenecian á la esencia del matrimonio, su omision, no habiendo necesidad ó dispensa, era ilícita y prohibida.

16. Benedicto XIV en el número 8, capítulo 12 de *sinodo diocesana*, trata este mismo punto con la solidez y erudicion que acostumbra, é indica que cuando en el Concilio de Trento se trató de esta materia algunos fueron de parecer que los matrimonios que se celebraban sin la bendicion sacerdotal eran nulos, y últimamente el P. don Carlos Charlon en su historia de los Sacramentos, tratando del de el matrimonio, art. 2, atestigua la misma práctica que la iglesia tuvo desde los primeros siglos de bendecir los matrimonios.

17. No es menos reparable el asenso que da Gregorio Lopez á lo que dice oyó á un hombre muy docto de que el requisito de las velaciones mas habia sido un seminario de pleitos que una cosa útil y provechosa. No le niego á este hombre que Gregorio Lopez gradúa de muy docto la ciencia que le atribuye; pero en mi concepto lo seria en otras materias, pero no en la presente, pues á ser cierto lo que asegura, experimentaríamos en nuestros dias el mismo seminario ó causa de pleitos que antiguamente se notó de resultados de la disposicion de la ley, lo que ciertamente no sucede ni habia motivo para temerlo siendo las velaciones un acto solemne, de que consta en debida forma en los libros parroquiales, adonde en caso de duda era fácil recurrir para su averiguacion. Esta misma reflexion he visto despues que la trae Acevedo en el Comentario á esta ley, número 2, con referencia á la doctrina de Gregorio Lopez.

18. Tambien es harto irregular la interpretacion que intenta dar á nuestra ley Gregorio Lopez, cuando dice se inclina á que el haberse usado en ella de la palabra *velado*, no tanto fue en consideracion á que fuesen necesarias las velaciones, cuanto á que por lo comun despues de ellas el hijo se separa de su padre y lleva la muger á su propia casa; pero si hubiera sido esta la intencion de la ley, ¿qué dificultad ni impedimento habia en que en lugar de velado hubiera dicho, que casándose el hijo, y llevándose la muger á su propia casa, se tuviera por emancipado? Ciertamente ninguno.

19. Si la ley se hubiera valido de las espresiones que ahora echa menos Gregorio Lopez, acaso pretenderia él mismo que su intento no era conceder al hijo salir de la patria potestad por haberse casado y llevado la muger á su propia casa, sino porque cuando esto se verifica se presume que ya han precedido las velaciones. Si se admiten tan voluntarias interpretaciones contra las palabras terminantes y espresas de las leyes, ninguna podrá formarse que no esté espuesta á que los espositores le atribuyan un sentido contrario á su disposicion, por mas claras que sean sus palabras, por lo que con razon el jurisconsulto Paulo, precaviendo este abuso de los espositores, establece en la ley 25, párrafo 1, ff. de *legatis*, que en donde no hay duda en las palabras de la ley no se debe admitir ninguna cuestion vo-

untaria, *ib. cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestui.*

20. Paso á proponer una nueva duda que directamente se deduce de las palabras de la ley contra la disposicion de la misma: digo nueva porque no la encuentro indicada por ninguno de los varios espositores de nuestro derecho real que tengo á mano y he reconocido. Ordena la ley que el hijo ó hija casado y velado sea tenido por emancipado en todas las cosas para siempre. En esta esposicion se pregunta si el hijo de familias que contraia su matrimonio con una viuda que ya habia sido velada gozaria del beneficio que la ley le concede.

21. El fundamento en que estriba esta duda se halla en el cap. 3 de las Decretales de Gregorio IX, del titulo *de secundis nuptiis*, mucho anterior á la formacion de nuestra ley; en él prohibió el Papa Urbano III que se bendijese el segundo matrimonio en que alguno de los contrayentes habia ya sido bendecido en el primero, con que consitiendo las velaciones en la bendicion nupcial, se hace preciso decir que si la muger que contraia el segundo matrimonio habia sido bendecida en el primero, no podria bendecirse el segundo, y de consiguiente el hijo de familias en este caso no gozaria del beneficio que le dispensaba la ley de salir de la patria potestad por el matrimonio, á causa de que le faltaba el requisito indispensable que exigia la ley de ser velado ó recibir las bendiciones nupciales.

22. Hemos visto que Urbano III prohibió que se bendijese el matrimonio segundo, cuando alguno de los contrayentes habia sido bendecido en el primero, bien fuese el varon ó la muger; posteriormente el Papa Juan XXII ordenó en una estravagante que no se halla impresa, la cita Covarrubias *de matrimonio*, parte 2.^a, cap. 8, párrafo 14, que cuando alguno de los contrayentes no hubiese sido bendecido en el primer matrimonio se bendijese el segundo. El Concilio de Trento nada innovó ni decidió en este punto en su famoso decreto en que declaró nulos é irritos los matrimonios clandestinos.

23. Opinan con variedad los autores, así teólogos como canonistas, acerca de lo que deba observarse en este punto. Santo Tomás en *4 sentent. distinct.* 42, cuestion 3 al fin, es de parecer que si en el primer matrimonio no ha sido bendecida la muger, aunque lo haya sido el hombre, debe repetirse la bendicion en el segundo, cuya opinion, segun Covarrubias en el lugar citado, está mas comunmente recibida en la práctica. Diego Perez en el Comentario á la ley 5, tít. 4 del libro 5 del Ordenamiento Real, cita la estravagante de Juan XXII; y aun refiere sus palabras, y se inclina á que debe seguirse esta decision. Tomás Sanchez en el libro 7 *de impedimento matrimonii*, disputation 82, número 23, tratando de lo que debe observarse en este punto, se inclina á que siempre que alguno de los que contraen el segundo matrimonio no ha sido bendecido en el primero, debe darse la bendicion, la que dice es mas conforme á la estravagante de Juan XXII.

24. Gutierrez en el tratado de matrimonio, parte 3.^a, cap. 406, en el número 14 trata este mismo punto, y despues de suponer que hay varias opiniones contrarias, las que refiere Sanchez en el lugar citado, y que el Concilio de Trento cuando manda generalmente que han de intervenir las bendiciones nupciales en los matrimonios, debe entenderse del primero, y si se ha de entender del segundo es cuando no esté prohibido por el derecho canónico, es de parecer que se ha de estar á lo que se observe en cada dióce-

sis, segun el manual que rija en ella para la administracion de los Sacramentos, y en comprobacion cita el manual de Ciudad Rodrigo, impreso el año de 1569, donde se dispone que si la muger era viuda, y habia recibido ya las bendiciones, se omita todo lo que sigue, esto es, la bendicion nupcial; pero si no habia sido bendecida se proceda en la forma ordinaria bendiciendo el matrimonio, y con referencia á otro manual posterior del año de 1583, dice que en él se previene que el segundo matrimonio no se ha de bendecir, y llama segundo al que lo es de parte de la muger, aunque no lo sea de parte del hombre, y prosigue diciendo que en este caso no se ha de decir la misa de bodas ó matrimonios, sino la comun y oficio corriente, y han de estar los casados en la iglesia separados del altar, y en seguida pone la oracion que ha de decir el sacerdote, y al fin la bendicion que han de recibir en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu-Santo.

25. En el manual del arzobispado de Toledo se observa puntualmente la misma práctica que se refiere en el que cita Gutierrez.

26. En el ritual romano, párrafo 15, tit. 41, se previene al párroco que no bendiga á los casados cuando en primeras nupcias recibieron la bendicion, bien sea la muger ó el hombre el que se casa segunda vez, y que donde se observa la costumbre que si la muger no se ha casado otra vez aunque se haya casado el hombre se bendiga el matrimonio, se observe dicha costumbre, pero que el matrimonio en que se casa una viuda no se bendiga, aunque el marido no se haya casado otra vez. Esponiendo este texto Barrufaldo en su Comentario al ritual romano, establece las siguientes reglas: el hombre y la muger que se casan la primera vez han de ser bendecidos: el hombre que se casa segunda vez con una muger que antes no ha sido casada pueden bendecirse, si hay costumbre de ello: el hombre que se casa por primera vez con muger que ya ha sido antes casada no deben ser bendecidos: el hombre y la muger que se casan por segunda vez no deben ser bendecidos.

27. Segun la práctica generalmente observada con arreglo á lo que se previene en los citados rituales de que no se den las bendiciones nupciales á los matrimonios en que la muger ya ha sido bendecida, aunque nó el marido, parece que en el caso de la duda propuesta arriba deberá decirse que el hijo de familias que contrae matrimonio con una viuda que ya antes ha sido bendecida, no saldrá de la patria potestad en virtud de la presente ley de Toro, porque aunque sea cierto que haya contraído el matrimonio no se ha verificado el segundo requisito que exige la ley como preciso de recibir las bendiciones nupciales para libertarse de la patria potestad.

28. Sin embargo de lo que queda espuesto acerca de la práctica generalmente observada de no darse las bendiciones al matrimonio en que la muger ha sido ya antes velada, tengo por cierto decir que el hijo de familias en el caso de la duda suscitada saldrá de la patria potestad por el mero hecho de contraer el matrimonio, aunque no haya sido velado. El fundamento de esta opinion lo tomo de la disciplina que regia en la iglesia con respecto al contrato del matrimonio cuando se formó nuestra ley. Es constante que antes de la celebracion del Santo Concilio de Trento eran válidos y legítimos los matrimonios clandestinos, en tanto grado que los esponsales de futuro pasaban á ser matrimonio de presente por la cópula carnal, segun consta del cap. 15 y 30 de *sponsalibus et matrimonio*, de las Decretales de Gregorio IX.

29. Deseando nuestros legisladores fomentar la celebracion de los matrimonios, por cuyo medio se aumenta la poblacion, que es la felicidad mas sólida de los Estados, segun lo enseña el Espíritu-Santo en el capítulo 14 de los proverbios *in multitudine populi dignitas regis*, se propusieron conceder á los hijos el beneficio de salir de la patria potestad por el matrimonio, escitándolos con este aliciente á su celebracion, en lo que se echa de ver la ventaja que nuestra ley hizo á la famosa del emperador Augusto, llamada Julia Papia Poppea, *de maritandis ordinibus*, en la que no le ocurrió valerse de un medio tan útil y beneficioso á los hijos, y poco gravoso á los padres, habiendo dispuesto en el cap. 35 de dicha ley que á los padres que teniendo hijos en su potestad les impedian sin justa causa contraer matrimonio, el pretor de la ciudad los compeliere á darles su permiso.

30. Por ella directamente se violentaba la voluntad de los padres para dar su consentimiento al hijo para casarse, sin proporcionar á este otro estímulo que el comun de la naturaleza, cuando por nuestra ley ninguna violencia se hacia á la voluntad del padre para forzarlo á dar su consentimiento; y por otra parte á mas del estímulo de la naturaleza le concedia la ley el beneficio de salir de la patria potestad, y gozar de la prerogativa de padres de familias.

31. He dicho que el privilegio que nuestra ley concedió á los hijos era poco gravoso á los padres, con respecto al perjuicio que estos experimentaban en virtud de la ley Julia, porque permaneciendo el hijo en la patria potestad despues de contraido el matrimonio, continuaba el padre en la obligacion de mantenerlo, y á mas de alimentar á su muger y familia, de cuyo gravámen se libertaba el padre por la disposicion de nuestra ley porque saliendo el hijo de la patria potestad quedaba el padre libre de la obligacion de mantenerlo. Es, pues, á todas luces claro que nuestra ley contiene una disposicion mas sabia, política y justa que la de Augusto en el capítulo que se ha citado.

32. Al mismo tiempo que tuvieron á bien nnestrs legisladores promover con premios la celebracion de matrimonios, estendieron tambien sus miras políticas y aun religiosas á precaver los males que se originaban de los matrimonios clandestinos, y asi dispusieron que el beneficio que dispensaban al hijo de salir de la patria potestad por medio del matrimonio habia de ser con la precisa é indispensable condicion de recibir las bendiciones de la iglesia, ó velarse, que en realidad equivalia á decir, con tal que el matrimonio no fuese clandestino, sino que se celebrase *in facie Ecclesiae*.

33. Que fuese este el fin que se propuso la ley en su disposicion se persuade de que el objeto primario y directo que se proponen los legisladores es el de precaver los males políticos contrarios al buen régimen y gobierno del Estado, y como de los matrimonios clandestinos nacia la incertidumbre de los mismos, por no poderse probar con testigos, y de consiguiente la duda de la legitimidad de la prole, cuyos males son de la mayor trascendencia en un estado, deseando los reyes católicos remediarlos en cuanto alcanzaban sus facultades, discurrieron el sábio y prudente medio de que el estímulo que daban á los hijos de familia para aumentar los matrimonios, sirviese al mismo tiempo de impedimento y estorbo para disminuir los clandestinos.

34. Los daños y perjuicios que se seguian de los matrimonios clandestinos en lo político, los indicaron ya antes con respecto á lo moral los papas Alejandro III é Inocencio III, como puede verse en las tres únicos capítulos de que se compone el título de las Decretales de *clandestina dispensatione*. Nuestro rey D. Alonso el Sábio en su famosa obra de las Partidas, teniendo sin duda presentes los capítulos citados de las Decretales, despues de referir en la ley 1, tít. 1, Partida 4, los modos con que podia celebrarse el matrimonio clandestinamente, á saber, sin testigos con que pudiese probarse, sin intervenir la voluntad de los padres ó parientes, y cuando no se publicaban en la iglesia antes de contraerse, afirma que la razon que tuvo la iglesia para prohibir que los casamientos se hicieran clandestinamente fue para precaver que si hubiese discordia entre marido y muger, y alguno de ellos no quisiese vivir con el otro, aunque el casamiento fuera verdadero pudiera compeler al que se queria separar, lo que no podria hacer habiendo sido el matrimonio clandestino por la imposibilidad de poderlo probar.

35. Habiendo pues manifestado que el fin que se propusieron nuestros legisladores en exigir las bendiciones de la iglesia para que los hijos saliesen de la patria potestad por el matrimonio fue el de impedir la celebracion de los matrimonios clandestinos, estando ya declarados irritos por el Santo Concilio de Trento, y dispuesto que para que los matrimonios sean válidos y legítimos se hayan de celebrar ante el propio párroco y dos ó tres testigos, es á todas luces claro que ya no puede haber matrimonios clandestinos, y de consiguiente ha cesado generalmente el fin que se propuso la ley, en cuyo caso es bien sabido y constante que cesa generalmente su disposicion.

36. Con lo que se ha dicho se ha hecho demostrable que en el caso de la duda propuesta sale el hijo de la patria potestad por el matrimonio, aunque no reciba las bendiciones de la iglesia en virtud de la costumbre generalmente observada de que no se bendiga el matrimonio que se celebra con una viuda que ya ha sido velada. En tanto grado tengo por cierta esta opinion, que aun debe tener lugar en el caso que los casados voluntariamente se abstengan de las bendiciones de la iglesia, y la razon es la misma que dejo manifestada en el párrafo antecedente, de que habiendo cesado del todo el fin que se propuso la ley en exigir las velaciones para que los hijos saliesen de la patria potestad por el matrimonio, es consiguiente que haya cesado tambien su disposicion en esta parte.

37. Tengo por ocioso advertir que el hijo que una vez salió de la patria potestad por el matrimonio nunca vuelve á entrar en ella aunque haya faltado la causa de su concesion, lo que espresan bien claro las palabras de la ley diciendo que sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre, lo que no podia verificarse si en algun caso volviera á la potestad de su padre.

38. Concluyo este Comentario recordando la estrañeza y disonancia que dice Gregorio Lopez le causó el que la ley hubiera exigido como condicion precisa para que los hijos saliesen de la patria potestad el que se velasen ó recibiesen las bendiciones de la iglesia, cuando hemos visto que el fin que se propuso en tan sábia disposicion no fue de menor importancia que el de disminuir el número de los matrimonios clandestinos, coartando

el beneficio de su concesion á los que se contraian públicamente *in facie ecclesiae*.

39. También recuerdo la proposición que dice el mismo Gregorio Lopez oyó á aquel varón muy docto, reducida á que el requisito de las velaciones que exigió la ley mas habia sido un seminario de pleitos que una cosa útil y provechosa, y supuesto lo que repetidas veces se ha dicho de que esta disposición se dirigia á impedir los matrimonios clandestinos, y fomentar los públicos, dejo al juicio de mis lectores si cabe la menor sombra de duda de que cuanto mayor dificultad se encontraba en probar aquello, tanto menor era la que se ofrecia en probar esto, como que se habian celebrado públicamente *in facie ecclesiae*.

Ley 48 de Toro; es la 9.^a, tít. 4.^o, lib. 5.^o de la Recopilación, y la 3.^a, tít. 5, lib. 40 de la Novísima.

El hijo casado y velado haya el usufructo de los bienes adventicios.

Mandamos que de aqui adelante el fijo, ó fija casándose é velándose ayan para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el cual sea obligado á ge lo restituir, sin le quedar parte alguna del usufructo dellos.

COMENTARIO A LA LEY 48 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.=2. Se define lo que era peculio de los hijos de familia, y se dice el derecho que adquirian los padres en él.=3. Se define el peculio castrense, cuasi-castrense y profecticio.=4. Se define el peculio adventicio.=5. Derechos que competían á los padres y á los hijos en estos peculios: el peculio castrense y cuasi-castrense pertenecía al hijo con pleno dominio: el peculio profecticio

pertenecía al padre con pleno dominio, y al hijo tan solo la administración: respecto del adventicio, el hijo tiene la propiedad, y el padre el usufructo y la administración.—6. Constantino concedió después á los hijos la propiedad de los bienes maternos y al padre dejó el usufructo: la gracia á favor del hijo se extendió después á todos los bienes que adquiriese por parte de madre, ó en virtud del matrimonio ó esponsales, y á todos los bienes adventicios.—7. Casos en que pertenece al hijo el dominio y usufructo de los bienes adventicios, no obstante la regla anterior de que el usufructo de estos bienes pertenece al padre.—8. El origen de estas concesiones dimanaba de que los hijos que estaban en la patria potestad, se consideraban como cosas, y lo que se adquiere ó por su cosa pertenece al dueño de esta.—9. Las disposiciones espuestas del derecho romano se hallan confirmadas por las Partidas.—10 y 11. Se pasa á examinar la parte que retenía el padre de los bienes adventicios del hijo, cuando este salía de la patria potestad, para saber las alteraciones que introdujo la presente ley.—12. Por derecho romano adquiría el padre la tercera parte del dominio de los bienes adventicios del hijo: después mandó Justiniano que adquiriese la mitad del usufructo de los mismos.—13. No refiriéndose la presente ley á la emancipación sino al matrimonio del hijo, no parece debe aplicarse á este caso lo dispuesto sobre la emancipación voluntaria.—14. Opinión de Gregorio López, de que cuando no es el padre sino la ley la que hace la emancipación, no puede este retener la mitad del usufructo de los bienes del hijo.—15. Opinión de Palacios Ruvios, Suarez y Gomez sobre que el padre retiene todo el usufructo de los bienes adventicios del hijo, cuando este sale de la patria potestad por la emancipación que proviene por disposición de la ley como sucede en las dignidades ó empleos: opinión de Acevedo en el mismo sentido, y de que la disposición de la presente ley se dirige á exceptuar de esta regla el caso de que el hijo salga de la patria potestad casándose y velándose.—16. Asiente el señor Llamas á la opinión de que el padre retiene íntegro el usufructo de los bienes adventicios de los hijos cuando estos salen de la patria potestad en virtud de algún empleo que el príncipe les concede.—17 y 18. El fundamento de esta opinión consiste en que teniendo los padres por las leyes el usufructo íntegro de los bienes adventicios de los hijos todo el tiempo que permanecen en la patria potestad, y la mitad del usufructo cuando salen de la patria potestad por medio de la emancipación, siempre que las leyes eximan á los hijos de la patria potestad en virtud de dignidad ó empleo, y no priven á los padres del usufructo que antes tenían en los bienes de sus hijos, se entiende que lo conservan, y en el caso espuesto, nada dicen las novelas de que lo pierdan.—19 Igual silencio guardan las leyes de Partida que tratan de dicho caso: razón fundada sobre esto.—20. Opinión de los juristas sobre que si salen los hijos de la patria potestad por la profesión religiosa, conserva el padre el usufructo en los bienes adventicios del hijo, aunque este haya muerto antes que su padre: razón de esta opinión, según Gutierrez.—21. Se afirma con esta opinión la del caso anterior.—22 y 23. Nueva razón á favor de lo espuesto, deducida de la disposición de la presente ley, la cual al ordenar que el hijo casándose adquiere el usufructo de todos los bienes adventicios, establece una escepción á la regla de que cuando el hijo sale de la patria potestad por razón de dignidad ó empleo, ó por disposición de la ley, conserva el padre el usufructo que tenía en los bienes adventicios.—24. Duda sobre si la decisión de esta ley se limita al caso de que el hijo salga de la patria potestad por medio del casamiento, ó debe ampliarse al caso en que hallándose fuera de la patria potestad, contraiga el matrimonio: opinión de Gomez y Acevedo porque debe ampliarse á este caso.—25 y 26. Se asiente á la opinión de Gomez, pues si bien la ley 47 supone al hijo bajo la patria potestad cuando se casó y veló, pues de otra suerte no podría salir de ella casándose y velándose, la ley 43 exige para que el hijo haya el usufructo de los bienes adventicios, que se case y vele, y como estos requisitos se verifican igualmente en el hijo que está en la patria potestad y en el que está fuera de ella, es claro que dicha ley comprende uno y otro caso.—27 y 28. Nueva razón á favor de lo espuesto, sacada de las palabras de la ley, puesto que sea vivo su padre, las cuales equivalen á estas, aun cuando esté vivo su padre, con lo que se da á entender que su disposición se extiende al caso en que el hijo se halle ya emancipado y fuera de la patria potestad, según se pasa á esplanar.—29. Error de Gomez al suponer por el pasaje que se espone que hay una diferencia real entre salir el hijo de la patria potestad por disposición de la ley ó por alguna dignidad eclesiástica ó secular: se rebate este error.—30. El usufructo de los bienes adventicios del hijo que adquiere el padre que lo tiene en su potestad, no lo pierde por la muerte del mismo hijo,

si el padre y la madre suceden al hijo, en cuyo caso el padre tendrá el usufructo y la propiedad se dividirá entre los dos, mas si los bienes estaban vinculados pasan por muerte al sucesor, en cuanto á la propiedad y usufructo.

1. Dispone la presente ley que el hijo ó hija casándose y velándose adquieran el usufructo de todos sus bienes adventicios, aunque viva su padre, el cual está obligado á restituírselo íntegramente sin retenerse parte alguna de dicho usufructo.

2. Para hacer mas clara y perceptible la decision de esta ley conviene recordar lo que era el peculio de los hijos de familias, y el derecho que adquirian en él los padres, segun las leyes de los romanos. Se llamaba peculio el pequeño patrimonio que tenian los hijos que estaban bajo la patria potestad, separado de los bienes de sus padres, segun la ley 5, párrafo 3, ff. de *peculio*. Este era de dos especies, á saber, militar y pagano, y cada una de ellas se subdividia en otras dos especies subalternas: el militar en *castrense* y *cuasi castrense*, y el pagano en *profecticio* y *adventicio*.

3. El peculio *castrense* constaba de aquellos bienes que ganaba el hijo en la guerra ó en el servicio de las armas, ley 11, ff. de *castrensi peculio*, y 1, C. del mismo título. El *cuasi castrense*, que se introdujo á imitacion del *castrense*, se constituía de los bienes que adquiria el hijo por sus estudios ó artes liberales, ó provenian de emolumentos de oficios públicos, ley última C. de *inofficioso testamento*, y la 14 C. de *advocat. divers. judic.* El *profecticio* se componia de los bienes que recibia el hijo del padre, ó se los daban los estraños por contemplacion de este, párrafo 1, *institutionum*, per *quas personas etc.*

4. El *adventicio* constaba de todos los demas bienes que adquiria el hijo, bien fuesen de su madre ó de los parientes de la misma, de ganancias nupciales, legados ó herencias de los amigos, y finalmente de todos los demas bienes que adquiria por su trabajo ó por casualidad ó fortuna, párrafo 1, *institutionum per quas personas cuique etc.*

5. Habiendo manifestado los diversos bienes que se comprendian en cada una de las varias especies de peculio, resta manifestar qué derecho competia á los padres y á los hijos en los mismos, para lo cual deben observarse las siguientes reglas: el peculio *castrense* y *cuasi castrense*, ó los bienes comprendidos en ellos, pertenecian al hijo con pleno dominio, de forma que podia disponer de ellos á su voluntad, párrafo inicial *institutionum*, *quibus non est permia. fac. testam.*, y segun Heineccio en el lib. 2, tít. 9 de sus recitaciones á los elementos del derecho civil, párrafo 478, desde el tiempo de Augusto, que se empezó á escitar con premios á la milicia, se concedió á los que hacian profesion de ella el hacer suyo el peculio *castrense*, y posteriormente en tiempo de Adriano y Antonino Pio, que extendió la misma gracia al peculio *cuasi castrense*, por lo que los hijos eran tenidos como padres de familia respecto de los bienes *castrenses* y *cuasi castrenses*, ley 2, ff. de *senatu consulto Macedonio*.

6. Es regla constante por lo que hace al peculio *profecticio* que este pertenece al padre con pleno dominio, sin que tenga el hijo otra cosa mas que la administracion, párrafo 1 del citado tít. 9 de las instituciones. No sucede lo mismo en el peculio *adventicio*, en el cual la propiedad ordinariamente reside en el hijo, y el usufructo y la administracion en el padre. Para la debida inteligencia de esta regla debe tenerse presente que en tiempo de la

república con igual derecho pertenecían al padre los bienes comprendidos en el peculio adventicio que en el profecticio; pero posteriormente el emperador Constantino Magno concedió á los hijos la propiedad de los bienes maternos, y dejó á los padres solo el usufructo, ley 1, C. de *bonis maternis*. Consiguiente á esta concesion del emperador Constantino dispusieron los emperadores Graciano, Valentiniano y Theodosio, que los hijos gozasen de igual beneficio en los bienes que adquiriesen de sus parientes de parte de madre, ley 6, C. Theodosiano de *bonis maternis*, y algun tiempo despues se estendió la misma gracia á los bienes que adquiria el hijo en virtud de matrimonio ó esponsales, como consta de la ley 1, 4 y 5, C. de *bonis quae liberis*, que son de los emperadores Theodosio, Valentiniano, Leon y Antimio, y últimamente el emperador Justiniano estendió generalmente esta disposicion á todos los bienes adventicios, párrafo 1, *institutionum*, lib. 2, tít. 9, y la ley 6, C. de *bonis quae liberis etc.*

7. Sin embargo de esta disposicion general de Justiniano en virtud de la cual el hijo adquiere el dominio de los bienes adventicios, y el padre goza de solo el usufructo, hay varios casos que refiere Heineccio en el lib. 2, tít. 9, párrafo 480 de sus recitaciones, en que el hijo no solo tiene el dominio de los bienes adventicios, sino tambien el usufructo, por cuya razon divide el peculio adventicio en ordinario ó regular, y en estraordinario é irregular, que es en el que pertenece al hijo el dominio y el usufructo de los bienes comprendidos en él, y advierte que aunque este peculio adventicio irregular parece que se asemeja al castrense y cuasi castrense, se diferencia en que el hijo no puede testar de los bienes comprendidos en aquel, y sí en los de estos.

8. Débese advertir que aunque el emperador Constantino fue el primero que concedió á los hijos el dominio de los bienes maternos que hasta entonces habia pertenecido á los padres, sin embargo en tiempo del emperador Adriano y Antonino Pio ya privaron á los padres en algunos casos del dominio de los bienes que adquirian los hijos, como consta de la ley 50, ff. de *senatum consultum Trebellianum*, y la 52, ff. de *adquirenda vel omittenda hereditate*, segun observa Heineccio en sus antigüedades romanas en el citado tít. 9, párrafo 2, nota B. El origen de estas concesiones, que como hemos visto sucesivamente fueron haciendo los emperadores romanos á los hijos de familia, dimanaba del principio establecido por Rómulo, y observado por todo el tiempo de la república, de que los hijos que estaban en la patria potestad á semejanza de los siervos, no se consideraban por personas, sino por cosas, y era axioma legal que lo que se adquiere por sí ó por cosa que le pertenece se hace suyo.

9. Todas las disposiciones del derecho romano que se han referido acerca de las diversas especies de peculio, y del dominio que adquirian los padres é hijos de familias en los bienes comprendidos en los mismos, se hallan establecidas y confirmadas por nuestro derecho real de las Partidas, como puede verse en las leyes 5, 6 y 7 del tít. 17 de la Partida 4.

10. Despues de haber visto el dominio que pertenecia y tenian los padres en virtud de la patria potestad en los bienes que adquirian los hijos de familias, se hace indispensable indicar la parte que los mismos padres retenian ó perdian de los bienes de sus hijos cuando estos salian de la patria potestad, y se hacian *sui juris* ó padres de familias.

11. Supuestos los modos ó medios por los que salea los hijos de la patria

potestad, que así por derecho civil ó romano como por el real de las Partidas se reducen á cuatro, á saber, por la muerte natural ó civil del padre, por dignidad del hijo, y finalmente por emancipacion, y supuesto tambien que la precedente ley de Toro dispuso y ordenó que por matrimonio y velaciones saliese el hijo de la patria potestad, y fuese tenido por padre de familia, conviene tener presente qué parte ó porcion retenia el padre de los bienes adventicios del hijo, cuando este salia de la patria potestad, para venir en conocimiento de la conformidad ó alteracion que guardó ó causó la presente ley con respecto á las disposiciones que anteriormente regian.

42. Es constante que por el derecho romano anterior á los tiempos del emperador Justiniano adquiria el padre por la emancipacion la tercera parte del dominio de los bienes adventicios del hijo; pero dicho emperador varió esta disposicion, ordenando que en lugar de la tercera parte del dominio retuviese el padre la mitad del usufructo de los mismos bienes, segun consta del párrafo 2, tít. 9, lib. 2 de las instituciones *per quas personas cuique adquiratur*, y de la ley 6, C. párrafo *cum autem de bonis quae liberis* etc., con cuya disposicion está conforme la ley 45, tít. 18, Partida 4.

43. Como la disposicion de la presente ley no habla del caso de la emancipacion, en virtud de la cual se desprendia el padre voluntariamente y con ciertas formalidades que se habian de practicar ante el juez competente de la potestad que ejercia en el hijo, sino de cuando este se casaba y velaba, lo dispuesto acerca de la emancipacion voluntaria otorgada por el padre no parece puede tener lugar y aplicarse al caso del matrimonio, con el que tienen mas analogía aquellas disposiciones que eximian á los hijos que obtenian ciertos empleos ó dignidades de la patria potestad, sobre cuyo punto convendrá ver cómo opinan nuestros autores nacionales.

44. Gregorio Lopez en la glosa 6 á la ley 15, tít. 18, Partida 4, es de dictámen de que cuando no es el padre sino la ley la que hace la emancipacion, no puede este retener la mitad de usufructo de los bienes del hijo, y cita en su comprobacion la novela 81, la que en ninguno de los tres capítulos que en la misma se contienen hace mencion de privar á los padres de la parte que les correspondia por la emancipacion en los bienes de los hijos, y solo en el capítulo 2 declara que los hijos que salen de la patria potestad en virtud de alguna dignidad no pierdan el derecho que tenian á la legítima de los bienes de sus padres.

45. Palacios Ruvios en la repeticion de la rúbrica de *donationibus inter virum et uxorem*, párrafo 42 al fin, Rodrigo Suarez in *quaestione maiorat.*, y Antonio Gomez al número 6 del Comentario á esta ley, párrafo *item, etiam tertio infero*, afirman que el padre retiene en sí todo el usufructo de los bienes adventicios del hijo cuando este sale de la patria potestad por la emancipacion que proviene de la disposicion de la ley, como sucede en las dignidades de que hace mencion la citada novela, en que se incluye la del obispado, y se refieren en la ley 7, tít. 18, Partida 4. Acevedo en el Comentario á esta ley, número 2, se conforma con el dictámen de los autores citados, y opina que la disposicion de la presente ley se dirige á esceptuar de la regla indicada el caso de que el hijo salga de la patria potestad casándose y velándose.

46. En esta variedad de opiniones tengo por mas fundada y conforme á las disposiciones de derecho la que se ha referido de los autores últimamente citados, esto es, que los padres no pierden, sino que retienen el usufructo

íntegro de los bienes adventicios de los hijos cuando estos salen de la patria potestad en virtud de algun empleo ó dignidad que el príncipe les confiera.

17. El fundamento de esta opinion estriba en que se halla establecido por la ley 4, C. de *bonis maternis*, y por la 6, C. de *bonis quae liberis*, y por otras varias, que cuanto adquieran los hijos de sus madres ó parientes maternos, bien sea por testamento ó sin él, ó de otras cua lquiera personas, ó por su industria y trabajo, pertenezca á los mismos en propiedad, y solo el padre tenga la facultad de percibir el usufructo de dichos bienes por los dias de su vida. De esta regla que atribuye al padre el usufructo íntegro de los bienes adventicios del hijo solo encontramos una escepcion, que es cuando los hijos salian de la patria potestad por medio de la emancipacion, en cuyo caso los padres retenian para sí en lo antiguo la tercera parte del dominio de los bienes adventicios de los hijos, y posteriormente por disposicion del emperador Justiniano se redujo y limitó el derecho que tenian los padres á que únicamente pudiesen retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios de los hijos, en lugar de la tercera parte del dominio ó propiedad que antes se les concedia, segun consta del párrafo 2 de las instituciones de Justiniano *per quas personas cuique adquiratur*, y de la ley 6, C. de *bonis quae liberis*, con quienes concuerda la ley 5, tit. 17, Partida 4, y la 15, tit. 18 de la misma Partida.

18. Supuesto este derecho cierto é incontestable que los padres tienen por las leyes al usufructo íntegro de los bienes adventicios de los hijos todo el tiempo que permanecen en la patria potestad, y á la mitad del mismo usufructo cuando salen de ella por medio de la emancipacion, se deduce por una consecuencia legítima y fundada que siempre que las leyes eximan á los hijos de la patria potestad en virtud de algunos empleos ó dignidades, bien sean seculares ó eclesiásticas, como son las que se refieren en el capitulo 1 y 3 de la novela 81 del emperador Justiniano, en cuyo tercer capitulo se espresa la dignidad de obispo, y no priven á los padres del derecho de usufructo que antes tenian en los bienes de sus hijos, se entiende que se lo conserva íntegramente y sin disminucion alguna, y como en la citada novela ni en ninguna otra ley se haga la mas mínima espresion de privar á los padres del usufructo que les competia en los bienes adventicios de sus hijos, es manifestamente claro que cuando los hijos salen de la patria potestad en virtud de algun empleo ó dignidad, no quisieron los legisladores defraudar á los padres del derecho que tenian.

19. El mismo silencio se advierte en las leyes de Partida que señalan las dignidades ó empleos por los cuales salen los hijos de la patria potestad, como se echa de ver desde la ley 7 hasta la 14 inclusive del título 18 de la Partida 4, y á mi parecer hay una razon muy fundada para que los legisladores no quisiesen perjudicar á los padres, ni disminuirles el derecho de usufructo que antes tenian en los bienes de sus hijos cuando estos salian de la patria potestad en virtud de la disposicion de la ley, y consistia en que en este caso no intervenia la voluntad de los padres, y de consiguiente no parecia justo que á mas de privarles de los derechos que ejercian en las personas de sus hijos se les despojase de la utilidad que percibian de los bienes de los mismos.

20. Es comun opinion entre los juristas que dije, que si salen de la patria potestad por la profesion religiosa, como lo reconocen Covarrubias en el capitulo 9, número 5, de *testamentis*, y Gomez al número 5 y 7 de esta ley, en

cuyo caso afirma el P. Molina de *justitia et jure*, tratado 2, disput. 140, número 12, que el padre conserva el usufructo en los bienes adventicios del hijo, aun cuando este haya muerto antes que su padre. Del mismo dictámen es Gutierrez en el tomo 8 de *heredum qualitate et differentia*, número 23 y siguientes, donde alega por razon que asi como la muerte natural del hijo no impide que el padre conserve el usufructo, con mayor razon no debe impedir la conservacion del mismo usufructo la muerte civil ó presunta del hijo causada por la profesion religiosa. Bobadilla en el libro 2, de su política, capítulo 18, número 174 sostiene que el hijo entrando en religion queda libre de la patria potestad, aunque el padre no pierda el usufructo que le pertenecia en los bienes adventicios del hijo, y otros varios autores opinan del mismo modo.

21. Si la profesion religiosa, que exime al hijo de la patria potestad, no priva al padre del usufructo de los bienes adventicios del mismo hijo, ¿con qué fundamento puede pretenderse que cuando el hijo sale de la patria potestad en virtud de algun empleo ó dignidad, ha de perder el padre el usufructo que antes tenia en dichos bienes? Pues tanto en un caso como en otro sale el hijo de la patria potestad, independientemente de la voluntad de su padre, y acaso contra la misma.

22. Todavia la resolucion de la presente ley ofrece un argumento harto fundado á favor de la opinion que defiende; habia establecido la ley anterior, ó 47 de Toro, que el hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre, en cuya resolucion se echa de ver una emancipacion que provenia de disposicion de la ley, y sin embargo no la tuvieron por suficiente los legisladores para que se entendiese que en virtud de ella habia perdido el padre el usufructo en los bienes adventicios del hijo, porque á no ser esta la mente y concepto de los legisladores, ¿qué necesidad habia de que hubiesen formado la presente ley, en la que ordenaron que el hijo casándose y velándose tuviese para sí el usufructo de todos los bienes adventicios? Si por la ley 44 habia ya perdido el padre el usufructo de los bienes adventicios del hijo casado y velado, ¿á qué fin formar otra nueva para establecer lo mismo?

23. Habiéndose manifestado que cuando el hijo sale de la patria potestad por razon de alguna dignidad ó empleo, ó lo que es lo mismo por disposicion de la ley, conserva el padre todo el usufructo que tenia en los bienes adventicios del hijo, se deduce clara y concluyentemente que la decision de la presente ley, por la que se ordena que el hijo ó hija casándose y velándose adquieran el usufructo de todos sus bienes adventicios, debe considerarse como una escepcion de la regla antes establecida.

24. Resta ahora resolver otra duda que resalta de la ley, á saber, si su decision se limita y coarta al caso de que el hijo salga de la patria potestad por medio de casamiento y velaciones, ó deberá ampliarse y estenderse al tiempo en que hallándose ya fuera de la patria potestad contraiga el matrimonio. Antonio Gomez se propone en el número 6, párrafo *ex quibus juribus* al fin, en términos espresos esta duda, y es de parecer que habiéndosele concedido al hijo que sale de la patria potestad por el casamiento y velaciones que adquiera todo el usufructo ó comodidad de sus bienes adventicios, sin duda para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, militando la misma razon en el caso que el hijo lo contrae y se vela despues de haber salido de la patria potestad, debe regir la misma dispo-

sicion. Matienzo en esta ley, glosa 3, número 3, se contenta con referir la opinion de Gomez, y Acevedo en el número 8 de su Comentario á la misma, cita dicha opinion, y afirma que es verdadera, sin dar ninguna otra razon.

25. Tambien tengo por verdadera la opinion de Gomez, en cuyo favor pueden alegarse algunas razones y fundamentos legales; dos eran los efectos ó beneficios que producía en los hijos la emancipacion, el uno perteneciente á las personas, en virtud del cual se hacían *sui juris* ó padres de familia, y el otro á los bienes, por el que adquirirían la mitad del usufructo ó comodidad de sus bienes adventicios. La ley 47 dirigió su disposicion acerca del primero, ordenando que el matrimonio acompañado de las velaciones eximiese al hijo y lo libertase de la patria potestad, y fuese tenido por emancipado ó padre de familias; la ley siguiente quiso que la suya recayese sobre el segundo, concediendo al hijo el usufructo ó comodidad íntegra de los bienes adventicios por el matrimonio acompañado de las velaciones.

26. La disposicion de la ley 47 supone al hijo bajo la patria potestad cuando se casó y veló, pues de otro modo no podía salir de ella por el matrimonio y velaciones, y la 48 únicamente exige que el hijo contraiga el matrimonio y se vele para que goce del usufructo íntegro de sus bienes adventicios, y como estos dos requisitos de casarse y velarse igualmente se verifican en el hijo que está en la patria potestad y en el que ya se halla fuera de ella, es consiguiente que la disposicion de la ley presente ha de comprender uno y otro caso por la regla sabida, que donde la ley no distingue, no deben distinguir los comentadores.

27. Todavía persuade el mismo concepto las palabras de la ley: dice esta que el hijo ó hija casándose y velándose hayan para sí el usufructo de todos los bienes adventicios, y añade á continuacion, *puesto que sea vivo su padre*, cuya expresion usa la ley para manifestar con mas claridad su concepto, pues las palabras *puesto que sea vivo su padre* equivalen á estas, aun cuando esté vivo su padre, con lo que quiso dar á entender que su disposicion se extendía al caso en que el hijo se hallase ya emancipado y fuera de la patria potestad, porque si se hubieran de entender y limitar al acto en que se emancipaba por el matrimonio y velaciones, era no solo bien ocioso é inútil que dijera aunque estuviera vivo su padre, sino un manifesto absurdo, á causa de que envuelve una clara implicancia que pudiera verificarse la emancipacion con retencion de usufructo, sin que estuviese vivo el padre, que era el autor de ella, con lo que se hace notoriamente evidente que la disposicion de la ley comprendía no solo el caso en que el hijo salía de la patria potestad por el hecho de casarse y velarse, sino que se extendía tambien á el en que estando ya emancipado contraía el matrimonio é intervenían las velaciones.

28. Aun se convence con mayor evidencia la esposicion que acabo de hacer con el siguiente racionio; las palabras, *puesto que sea vivo su padre*, ó se refieren al tiempo en que el hijo salió de la patria potestad por el matrimonio ó velaciones, ó al posterior en que ya se halla fuera de ella (entre estos dos extremos no queda medio de elegir); si se abraza el primero se hace indispensable confesar que la disposicion de la ley contiene un vergonzoso absurdo, cual sería el suponer que el hijo pudiese salir de la patria potestad por el matrimonio y velaciones despues de la

muerte de su padre, pues en tal caso no seria el matrimonio sino la muerte la que lo libertaba de ella, y vendria á incurrir en el mismo error que se cometeria si se dijera que una muger se habia separado de su marido ó divorciado, puesto que este estuviera vivo, cuando el divorcio necesariamente supone están vivos ambos contrayentes. No pudiéndose referir las palabras de la ley al tiempo que dejó indicado, y constituye el primer extremo, necesariamente se han de referir al segundo en que el hijo despues de emancipado contrajo su matrimonio, y recibió las velaciones.

29. Antes de concluir este Comentario, me ha parecido notar el error ó contradiccion en que incurre Gomez, cuando en el núm. 6, párrafo *ex quibus juribus*, dice: *item, etiam et secundo inferitur, quod si ex dispositioni legis filius est emancipatus, pater nullam partem usufructus retineret*, y en el párrafo *item etiam tertio* del mismo núm. 6 afirma que si el hijo sale de la patria potestad por la dignidad episcopal, patricia ó consular, ó cualquiera otra de las que dice espresó en la ley anterior (sin haberlo hecho), no pierde el padre el usufructo que tenia en los bienes adventicios del hijo, ni parte de él, en que se echa de ver supone hay una diferencia real y verdadera entre salir el hijo de la patria potestad por disposicion de la ley, ó en virtud de alguna dignidad eclesiástica o secular, lo que ciertamente es un error, porque cuando sale el hijo de la potestad de su padre por alguna dignidad se verifica que goza este privilegio por disposicion de la ley; y si teniendo por una misma cosa salir de la patria potestad por disposicion de la ley, ó por la obtencion de alguna dignidad eclesiástica ó secular, sostiene que el padre pierde el usufructo que antes tenia en los bienes del hijo, está en una manifiesta contradiccion consigo mismo, que en dicho párrafo *item etiam tertio* espresamente habia afirmado que si el hijo salia de la potestad de su padre por dignidad episcopal, patricia ú otra no perdía el padre el usufructo que tenia en los bienes del hijo.

30. Nótese por último que el usufructo de los bienes adventicios del hijo que adquiere el padre que lo tiene en su potestad, no lo pierde por la muerte del mismo hijo, ley final, versículo penúltimo, *C. ad Tertull.*, cuya disposicion dice Gomez al núm. 42 del Comentario á la ley 6 que no se halla derogada por ninguna de nuestras leyes, y así debe observarse entendiéndose en el caso que el padre y la madre sucedan al hijo, en el que el padre tendrá solo el usufructo, y la propiedad se dividirá entre los dos; pero no sucederá lo mismo si los bienes del hijo estaban vinculados, porque entonces por su muerte pasarán al sucesor en cuanto á la propiedad y el usufructo, como lo afirma Gomez al núm. 4, al fin de la presente ley.

Ley 49 de Toro, es la 4.^a, tít. 4.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 5.^a, tít. 2.^o, lib. 40 de la Novísima.

Se prohiben los matrimonios clandestinos, y pena de los que los contrajeren e intervinieren en ellos.

Mandamos que el que contrajiere matrimonio que la iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo fecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, é sean aplicados á nuestra cámara y fisco, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los cuales no entren, sopena de muerte, é que esta sea justa causa, para que el padre é la madre puedan desheredar, si quisieren á sus hijas que el tal matrimonio contrajeren, lo cual otro ninguno no pueda acusar sino el padre é la madre muerto el padre.

COMENTARIO A LA LEY 49 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2 al 4. La iglesia ha detestado siempre los matrimonios clandestinos, segun el texto del Concilio de Trento que se cita, y el de Benedicto XIV.—5. Se pasa á examinar los matrimonios que se han tenido por clandestinos.—6. Segun la glosa de Gregorio IX, esto es, antes del Concilio de Trento, el matrimonio era clandestino de tres modos; por falta de testigos, ó de las proclamas, ó de las solemnidades que exige el cánon que se cita.—7 y 8. Textos que comprueban el primer modo.—9. Opinion de Berard de que en tiempo del Concilio Lateranense IV, no era necesaria la asistencia de los testigos á la celebracion del matrimonio: es compatible esta opinion con que fuese necesaria la deposicion de los testigos para aereeditar haberse celebrado el matrimonio, lo que podia efectuarse sin haberse hallado presentes al acto.—10. El otro modo porque se llama el matrimonio clandestino, era el tomado del cánon citado, que requeria el consentimiento de los padres de la muger, ó de los que la tenian en su potestad, la constitucion de la dote, bendicion del sacerdote y asistencia de los paraninfos: opinion de Cujacio sobre que la falta de estos requisitos no perjudicaba al matrimonio: idem de Florente sobre que su falta los hacia fritos y nulos.—11. El citado cánon es una de las falsas decretales atribuidas á los primeros pontífices por Isidoro Mercator, pero sus decisiones conforme á la disciplina que se observaba en la iglesia al formarse dichas Decretales.—12. Otro de los modos de hacerse clandestino el matrimonio era la omision de las proclamas.—13. Las leyes de Partida sancionaron estos tres modos de hacerse clandestino el matrimonio, segun se ve por la ley que se espone.—14 y 15. Se espone la disposicion de

dicha ley en cuanto á la clandestinidad por falta de testigos, y se rebate la opinion de Berard sobre que en tiempo del Concilio IV Lateranense ni despues no se requieran testigos, puesto que la ley de Partida citada solo fue posterior á dicho Concilio 48 años.=15. Se espone la disposicion de la ley de Partida respecto al requisito del consentimiento paterno, etc.=16. Se espone dicha ley en cuanto al requisito de las proclamas.=18. Se pasa á examinar si los modos referidos se aumentaron ó disminuyeron despues del Concilio de Trento.=19. Dicho Concilio no los aumentó ni disminuyó, declarando solo fritos los matrimonios clandestinos en que no habia concurrido el propio párroco de los contrayentes y dos testigos.=20. Se espone el decreto de dicho Concilio en comprobacion de esta verdad.=21. Deben pues llamarse clandestinos aun despues del Concilio de Trento los matrimonios celebrados por los hijos de familia sin el consentimiento de sus padres, segun el texto citado y los que se esponen.=22. Tambien es y se llama clandestino, aun despues del Concilio de Trento, el matrimonio en que se han omitido las proclamas, sin dispensa del ordinario, como lo dice Sanchez y lo confirma Benedicto XIV, quien opina que el matrimonio celebrado sorprendiendo al párroco, es válido, aunque este no haya visto ni oido á alguno de los contrayentes.=23. Persuade lo espuesto ver que el Concilio de Trento confirmó y aprobó la disposicion del Concilio Lateranense en cuanto á la necesidad de las proclamas.=24. Se examina si las penas de desheredacion que impone la ley de Toro á los hijos que contraen matrimonios clandestinos, podran tener lugar despues de la disposicion del Concilio de Trento.=25. Opinion del señor Llamas sobre que respecto de los matrimonios que son fritos por el Concilio, habiendo cesado el efecto de dichos matrimonios, no debia tener lugar la pena de la ley real: opinion contraria de Molina, fundado en que la ley tiene consideracion á solo el hecho, aunque no tenga efecto por derecho, porque del matrimonio clandestino inválido se originan muchos daños.=26. Opinion de Gutierrez sobre que es mas arreglada á la práctica la sentencia negativa si bien debe imponerse á los contraventores pena, pero menos grave que la marcada en la ley.=27. Se rebate la opinion de Molina diciendo que no son comparables los inconvenientes de un matrimonio nulo con los de uno válido, por lo que las penas impuestas al clandestino válido, no deben estenderse al nulo.=28. Aunque el conato en esta clase de delitos sea digno de castigo, no prueba que deba imponerse el mismo que al delito consumado: doctrina de Molina en este sentido.=29. Respecto al matrimonio en que se han omitido sin licencia del párroco las proclamas, debe tener lugar la pena de la ley, pues dichos matrimonios permanecieron clandestinos aun despues del Concilio de Trento.=30. Confirmacion de lo espuesto, segun la disposicion del Concilio Tridentino que se cita.=31. No habiendo derogado el Concilio de Trento las penas canónicas establecidas por el Concilio Lateranense, contra los que celebraban matrimonios sin proclamas, menos debe entenderse que derogó las penas civiles.=32. Opinion de Gutierrez y Perez sobre que debe tener lugar la pena de la ley real en este caso.=33. Opinion de Gonzalez Tellez en el mismo sentido: idem por el contrario de Molina y Covarrubias, quien afirma que el matrimonio contraído sabiéndolo la mayor parte de los vecinos, aunque se hayan omitido las proclamas, se ha de llamar público y no clandestino, cuya opinion sigue Diego Perez: se rebate dicha opinion diciendo que cuando la ley establece cierta formalidad no se cumple poniendo otra, aunque por ella se logre el fin de la ley, pues como dice Benedicto XIV la publicidad sin las proclamas, lo constituiria público de hecho, pero no de derecho y será siempre clandestino.=34. Tanto que se celebre el matrimonio ante testigos sin proclamas, ó ante la mayor parte de los vecinos del pueblo, sin proclamas, debe tenerse por clandestino para incurrir en las penas de los cánones y leyes.=35. En cuanto á los matrimonios que celebran los hijos sin consentimiento paterno, debe observarse la pena de la ley real.=36. Doctrina de Diego Perez sobre que era matrimonio clandestino, antes del Concilio de Trento el que contraia la muger sin consentimiento de sus padres ni de aquellos á cuyo cuidado estaba, citando varias leyes reales en que se imponian penas á los contraventores, las cuales se recopilaron en la de Toro.=37. Doctrina de Palacios Ruvios sobre que es matrimonio clandestino el que contraia la hija sin la voluntad de su padre.=38. Disposiciones de nuestras leyes prohibiendo que ninguno casase sin consentimiento de sus padres ó de los que las tenian en su poder, bajo ciertas penas.=39. Estos matrimonios que se hacian contra la voluntad de los padres los tenian nuestras leyes por clandestinos, segun lo declara la ley de Partida que se cita.=40. Ley del Ordenamiento penando al que casare encubiertamente.=41. No es dudable sean clandestinos los matrimonios que se celebran contra la vo-

luntad de los padres, pues se hallan prohibidos por la iglesia, y todos estos se reputan clandestinos, segun el Hostiense.==42. Doctrina de Gregorio Lopez, Molina y Covarrubias, sobre que para incurrir en la pena de la ley de Toro, no basta que el matrimonio se haga contra la voluntad de los padres, sino que ademas ha de ser clandestino: opinion de Covarrubias sobre que es clandestino el matrimonio celebrado sin consentimiento de los padres aunque no falten las proclamas.==43. Opinion de Diego Perez sobre que es clandestino el matrimonio que se celebra sin noticia de los padres.==44. La ley de Toro conserva su fuerza despues del Concilio de Trento, puesto que antes de dicho Concilio regia su disposicion, y por este no se ha derogado.==45. Basta que se celebre el matrimonio sin consentimiento de los padres para que tenga lugar lo dispuesto por la ley de Toro.==46. Disposicion de dos leyes del Ordenamiento sobre que la hija que se casase sin voluntad de aquellos en cuyo poder se hallaba, perdiese la herencia que le podia pertenecer por la muerte de su padre ó de su madre.==47. La ley de Toro agravó estas penas limitando la acusacion de este delito al padre y madre, sin que para incurrir en la pena fuera necesaria la falta de proclamas ó testigos.==48. Que sea este el sentido de la ley lo persuade la peticion que hicieron las Córtes á D. Carlos V, y que se espone.==49. La presente ley de Toro contiene dos partes; en la primera impone perdimiento de bienes al que contrae matrimonio clandestino y destierro perpétuo del reino, y en la segunda declara que este delito es una causa para que los padres puedan desheredar á sus hijas, y que solo el padre pueda acusar de dicho delito, ó la madre muerto el padre: se prueba contra la inteligencia que atribuyen á esta ley Gregorio Lopez, Covarrubias y Molina, que su disposicion no se dirigió solo á que se observase lo dispuesto por el Concilio Lateranense IV, y el cap. 2 de *cland. desp.*, sino á impedir que los hijos contrajesen matrimonio sin la voluntad de sus padres, fuesen ó no clandestinos respecto de otros capítulos.==50. Se comprueba y esplanam. mayormente esta disposicion por imponer la ley pena á los que servian de testigos en los matrimonios clandestinos.==51. De lo dicho no debe inferirse que los matrimonios clandestinos por falta de testigos no se hallen comprendidos en la decision de la ley.==52. El mismo Covarrubias estaba persuadido que la ley solo se dirigia á estorbar los matrimonios que eran clandestinos por falta del consentimiento de los padres, segun las palabras que se citan.==53 y 54. De la práctica que refiere Covarrubias sobre que cuando los jueces seculares tenian presos á los contrayentes y testigos para imponerles la pena de la ley, les requerian los jueces eclesiásticos que se los remitiesen á su tribunal por las razones que espone, se infiere el sentido que se ha dado á la ley.==55. Observándose dicha práctica despues del Concilio de Trento, se infiere que por dicho Concilio no cesa la disposicion de la ley de Toro.==56. La respuesta que dió el Emperador á la peticion de las Córtes no se puede referir á otra ley que á la de Toro, por las consideraciones que se esponen.==57. La facultad de acusar que concede la ley á los padres se entiende tanto de los padres del que contrae el matrimonio como de los de la muger, aunque á estos es á quienes se les permite desheredarla por la razon que se espone: igual facultad se estendió posteriormente por la ley que se cita á los padres del hijo para poder desheredarlo.==58. No opina, pues, bien Covarrubias al decir que la pena de la ley no tiene lugar cuando el hijo se casa contra la voluntad de su padre.==59. La ley de Toro ha padecido notable alteracion por la pragmática de 23 de marzo de 1776, la cual priva á los que contrajeren matrimonio sin consentimiento ó consejo de sus padres de todos los efectos civiles siendo justa causa de desheracion, y demas que se espresa.==60. Cuando el matrimonio se contrae sin proclamas y sin consentimiento paterno debe regir la pena de la ley de Toro, que solo se halla derogada respecto al matrimonio clandestino por falta de consentimiento paterno.==61. Dicha pragmática concede tambien á los tutores y curadores derecho para acusar al hijo, debiendo este pedir su consentimiento para casarse.==62. De las espresiones que se citan de la pragmática se infiere que tiene por una misma cosa los matrimonios clandestinos, y los hechos sin el consentimiento paterno.==63. Disposiciones de dicho Concilio á que se refiere la pragmática citada y que prueban esta deducccion.==64. Remision del señor Llamas á lo que espone en la ley 77, en cuanto á si en la pena de la ley se incurre *ipso facto*, sin necesidad de sentencia, aunque se inclina á la opinion negativa, por dar la ley facultad de acusar al padre y á la madre, la que de lo contrario seria inútil.==65. Duda suscitada por Covarrubias, sobre si estando privado el príncipe secular de la facultad de establecer leyes sobre el Sacramento del matrimonio, podrá sostenerse la presente, que establece las penas mencionadas: decision sobre que aunque el príncipe no pueda establecer

leyes en punto á los matrimonios, le es permitido añadir penas á la prohibicion que haya hecho en la materia el romano Pontífice, de cuyo dictámen es tambien Molina. =66. Duda sobre si habiéndose declarado frritos por el Concilio de Trento los matrimonios clandestinos, tendrá lugar la pena de desheredacion contra los contrayentes: decision de Molina por la afirmativa, porque el mismo Concilio, á pesar de esta declaracion manda á los ordinarios que castiguen severamente á su arbitrio á los que lo hayan contraido. =Nota. Modificaciones introducidas en la doctrina y disposiciones espuestas en este Comentario, por las disposiciones de la pragmática de 28 de abril de 1803, y los artículos del Código penal sobre matrimonios ilegales. Esposicion de dicha pragmática. Duda sobre si no habiéndose mencionado en ella la facultad de desheredar que concedia la de 1776 al padre respecto de los hijos que habian contraido matrimonio sin su consentimiento, deberá entenderse derogada en cuanto á dicha pena de desheredacion: doctrina del señor García Goyena sobre este punto: se resuelve por la afirmativa por las razones que se esponen: tambien debe entenderse derogada la facultad referida que concedia la ley de Toro por la omision que de ella hizo la pragmática de 1803: opinion en los sentidos espuestos de los señores Gutiérrez, Goyena, Aguirre y Montalban en su Febrero reformado: disposicion del Código penal de 1848, imponiendo penas en el caso espuesto, y omitiendo la facultad de desheredar. Tambien deben entenderse derogadas las penas de confiscacion de bienes y espatriacion que imponian nuestras antiguas leyes, por las disposiciones que se citan: asimismo deben entenderse derogadas dichas penas inapuestas tambien á los que contrajeren matrimonio clandestino segun nuestras antiguas leyes: disposiciones del Código penal que ratifican esta doctrina: Cuestion sobre si debe entenderse ó no subsistente la facultad de desheredar dada por nuestras antiguas leyes á los padres contra los que celebraren matrimonios clandestinos ó incurriesen en las justas causas de deshoredacion que en las mismas se espresan, por el mero hecho de no mencionarse esta facultad en los artículos del Código penal que penan dichos casos: indecision de los señores Castro y Orozco sobre esta cuestion: decision segun se espone del señor Pacheco: se resuelve esta cuestion por la negativa por las consideraciones que se esponen: disposicion del Código penal derogatoria de las penas de espatriacion y ocupacion de temporalidades impuestas por nuestras antiguas leyes á los eclesiásticos que autorizaren matrimonios para los que no estuviesen autorizados los contrayentes: disposicion del Código penal para todos los casos espresados.

1. Dispone la presente ley que el que contrajere matrimonio que la iglesia tenga por clandestino, por el mismo hecho él, los que intervinieron y los que sirvieron de testigos pierdan todos sus bienes, aplicados á la cámara, y sean desterrados del reino, donde no vuelvan, pena de muerte, y declara que este delito sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar á sus hijas, de cuyo delito nadie pueda acusar sino el padre, ó la madre caso de morir aquel.

2. Supuesto que la iglesia constantemente ha prohibido y detestado en todos tiempos los matrimonios clandestinos, como se conviene del capítulo 3, de *cland. desp.*, que es el can. 51 del conc. Lateran. 4, celebrado en tiempo de Inocencio III, que dice: *unde praedecessorum nostrorum vestigiis inherendo, clandestina conjugia penitus inhibemus*; y aunque sábiamente observa Wanspen que la espresion de *predecessorum nostrorum* no es propia de un concilio, es preciso confesar que si los cánones que corren bajo el nombre del concilio no se formaron en él, por lo menos se aprobaron, lo que es bastante para que participen de su autoridad.

3. El santo concilio de Trento en el capítulo 4, sess. 24 de *ref. matr.*, despues de afirmar que los matrimonios clandestinos cuando la iglesia no los irritaba eran verdaderos matrimonios, continúa diciendo: *nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit.*

4. El señor Benedicto XIV en el lib. 8, capítulo 12, de *sin. dioc.*, núme-

ro 3 y 4, acredita con varios testimonios la constante disciplina de la iglesia en prohibir los matrimonios clandestinos, y lo persuade tambien Graciano en la causa 30, cuest. 5, con los que refiere hasta el canon 6, cuyos lugares podrá consultar el que desee instruirse por menor.

5. Como la disposicion de la ley real recae sobre los matrimonios que la iglesia tenga por clandestinos, se hace preciso examinar los que hayan reputado por tales, y para proceder con mas claridad trataré con separacion del tiempo anterior y posterior al santo Concilio de Trento.

6. La glosa de las Decretales de Gregorio IX, en el capitulo 3 de *cland. desp.*, verbo clandestina, afirma que de tres modos se dice clandestino el matrimonio: cuando no hay testigos: cuando no se han observado las formalidades prescriptas en el canon 4, caus. 30, cuest. 5, y últimamente cuando no han precedido las proclamas.

7. El primer modo se comprueba con el capit. 2 de *cland. desp.*, que exige una prueba legítima del matrimonio para que no se tenga por clandestino, y lo persuade el significado propio de la voz *clandestino*, como lo nota Covarrubias de *Matrimonio*, parte 2, cap. 6, número 12.

8. Téngase presente que aunque en el capit. 2, cual se halla en las Decretales de Gregorio IX, no se hace espresa mencion de testigos, en la primera coleccion de las Decretales de donde se trasladó á las de Gregorio IX se leen estas palabras: *si enim matrimonium ita occulte contrahatur, quod ex inde legitimi testes non appareant.*

9. Observa Berard en sus Comentarios in *jus canon. univ.*, disert. 3, cuest. 3, tit. 3, que en tiempo del Concilio Lateranense IV no era necesario que asistiesen testigos á la celebracion del matrimonio, lo que infiere al ver que en el canon 51 citado no se hace mencion de testigos, ni se les impone pena por asistir á los matrimonios prohibidos, como la impone el mismo canon á los contrayentes, al párroco y á los regulares, y segun esta observacion parece que ni en tiempo de Alejandro III, de quien es el capit. 2 de *cland. desp.*, y que fue pocos años anterior á Inocencio III, seria necesaria la presencia de testigos en el matrimonio. Pero prescindiendo del valor que deba darse á la observacion de Berard, de que diré algo cuando hable de una ley de Partida, es muy compatible que se requiriese la presencia de testigos en el acto de la celebracion del matrimonio, y que fuera absolutamente necesaria la deposicion de estos para acreditar en debida forma haberse celebrado el matrimonio, lo que podia verificarse sin haberse hallado presentes al acto de la celebracion, como comunmente sucede en los testigos de oídas y en los que son *facti permanentis*, cual es el matrimonio, el que se continúa haciendo vida conyugal, mayormente en aquel tiempo en que los esponsales de futuro pasaban á matrimonio de presente por la cópula.

10. El segundo modo por el cual se llama el matrimonio clandestino, se toma de la disposicion del canon 4, caus. 30, cuestion 5, que requería el consentimiento de los padres de la muger, ó de los que la tenian en su potestad, la constitucion de dote, bendicion del sacerdote y la asistencia de los paraninfos, los que segun Cujacio en el titulo de *clandest. disp. in rubr.*, eran aquellos que asistian á la novia, hasta que la presentaban al sacerdote para que la bendigiera, y la llevaban á la casa de su marido, y Domingo de Soto in 4 sent. dist. 28, artic. 1, dice que eran los que ahora se llaman padrinos por el vulgo. La falta de estos requisitos observa Cujacio *loc. cit.* que no perjudicaba al matrimonio; pero Francisco Florente en la causa 30, cuestion 5,

del decreto de Graciano, pretende que los matrimonios en que no se verificaban las solemnidades del cánón citado eran irritos y nulos, fundándose para esto en que el mismo cánón despues de referir las solemnidades espresadas concluye con estas palabras: *Aliter, presumpta connubia, non conjugia, sed adulteria et contubernia, vel stupra aut fornicationis potius, quam legitima conjugia esse non dubitate*: lo que dice Florente era conforme al derecho antiguo de los romanos, por el que se hacian irritas las nuptias furtivas y clandestinas, como lo nota Cujacio en el lib. 6 de las observaciones, capítulo 20.

11. Pero sea lo que fuere de esta cuestion, la que sabemos se agitó y ventiló en el Concilio de Trento al tiempo de formarse el capit. 4, de las sess. 34, *de ref. mat.*, segun lo afirma Paulo en su historia del Concilio, libro 22, capit. 4, lo cierto es que este cánón es una de las falsas Decretales, atribuidas á los primeros Pontífices por Isidoro Mercator á fin del VIII siglo ó principios del IX, como ingenuamente lo reconoce el señor Benedicto XIV, libro 8, cap. 12, número 5, *de sinodo diocesana*, conformándose con el comun sentir de los eruditos, y aunque falsamente se atribuía al Papa Evaristo, no deja de merecer algun aprecio y autoridad su resolucio, por considerarse conforme á la disciplina que se observaba en la iglesia al tiempo que se formaron estas falsas Decretales, como lo nota el señor Benedicto IV, *loc. cit.*

12. El tercer modo de hacerse clandestinamente el matrimonio es cuando se omiten las proclamas establecidas por el capítulo 3, *de cland. desp.*, sin que baste la asistencia del propio párroco para que dejase de ser clandestino el matrimonio en que no hubieran precedido las proclamas.

13. Estos son los tres modos por los cuales se contraía el matrimonio clandestinamente antes del santo Concilio de Trento, y los mismos propone Diego Perez en la ley 1, tit. 1, lib. 5 del Ordenamiento Real, párrafo *circa istum* y siguientes, folio 34, y en el folio 36 habla espresamente del que celebraba la hija sin el consentimiento de sus padres, párrafo *clandestinum*. Nuestro rey don Alonso el Sábio, que se propuso en sus leyes de las Siete Partidas seguir con la mayor escrupulosidad las disposiciones canónicas, propone en la ley 1, título 3, Partida 4, los tres modos referidos de hacerse clandestinamente los matrimonios. Sus palabras estan llenas de gravedad y precision para omitirlas en un parage tan oportuno. «Ascondidos son llamados los casamientos en tres modos. La primera es cuando los facen encubiertamente, é sin testigos, de guisa que se non puedan probar. La segunda es cuando los facen ante algunos, mas non demandan la novia á su padre ó á su madre, ó á los otros parientes que la han en guarda, nin le dan sus arras ante ellos, nin les facen las otras honras que manda Santa Iglesia. La tercera es cuando non lo face, ni saber concejaramente en aquella Iglesia onde son perrochanos. Ca para no ser el casamiento fecho encubiertamente ha menester que antes que los desposen diga el clérigo en la Iglesia ante todos los que y estobieren, como tal ome quier casar con tal muger, nombrándolos por sus nomes, é que amonesta á todos cuantos y estan, que si saben si hay algun embargo entre ellos porque no deban casar en uno, que lo diga fasta algun dia, é que lo nombre señaladamente.»

14. Esta ley nos presenta una exacta y circunstanciada esposicion de la disciplina que se observaba en la iglesia al tiempo de su formacion. Por ella se ve que era matrimonio clandestino el que se hacia sin testigos con

que se pudiera probar lo que convenia con la disposicion del capit. 2 de *clandest. desp.*, de que se ha hecho ya mencion, infiriéndose de aqui no tuvo razon Berard para afirmar que en tiempo del Concilio IV Lateranense, ni despues de su celebracion, no se requerian testigos del matrimonio, pues habiéndose celebrado dicho concilio en el año de 1215, y comenzándose á trabajar la obra de las Siete Partidas el año de 1236 á 23 de junio, y concluyéndose despues de siete años, que viene á ser el año de 1263, como se convence de su prólogo, resulta que la espresada obra solo fue posterior á dicho Concilio cuarenta y ocho años, cuyo intervalo de tiempo es muy corto para persudirse se varió en él la disciplina de la iglesia en este punto, haciéndose necesaria la asistencia de testigos en los matrimonios, mayormente no hallándose ninguna disposicion eclesiástica en este intermedio tiempo á quien poder atribuir esta novedad.

15. Ni es fácil de comprender cómo no se habia de requerir la asistencia de testigos á la celebracion del matrimonio, estando reputado por clandestino el que no se podia probar por ellos, pues aunque el mismo capit. 2, manifiesta que si las personas que han contraido clandestinamente lo quisieren publicar, la iglesia lo reputaria por legitimo, como si desde el principio se hubiera celebrado *in facie Ecclesiae*, á no ser que alguna justa causa lo impidiese, cuya disposicion parece tomada, segun Cujacio en el capítulo 2, y Florente en el lugar citado, de las últimas palabras del cánón 1, caus. 30, cuestion 5, *nisi voluntas propria et vota succurrerint legitima*; esto no impide que el matrimonio fuera verdaderamente clandestino al principio, por mas que despues la iglesia lo recibiese como legitimo, por lo que se puede afirmar con toda seguridad, que tan necesaria era la asistencia de testigos á la celebracion del matrimonio antes y despues del Concilio Lateranense para que no fuese clandestino, como lo es despues del santo Concilio de Trento para que sea válido y legitimo.

16 Continúa la ley de Partida esponiendo la segunda clase de matrimonios clandestinos, y dice que aunque hayan intervenido testigos á la celebracion, si no han pedido la novia á sus padres ó á los que estaban encargados de su cuidado, ni le han hecho las demas honras que dispone la iglesia, no dejará el matrimonio de ser clandestino. Se ve que todo esto es tomado á la letra del citado cánón 1, caus. 30 cuestion, 5, y que por las honras que manda la iglesia entiende las oraciones y bendicion del sacerdote.

17. Por último, pasa la ley á esplicar el tercer requisito para que los matrimonios no sean clandestinos, y dice que antes de celebrarse se han de publicar en la iglesia de donde los novios son parroquianos por un clérigo, señalando un dia determinado hasta el cual pueden acudir á manifestar los impedimentos que supieren los concurrentes. Como esta disposicion se halle en el cánón citado del Concilio Lateranense IV, que hoy es el capit. 3, de *clandest. desp.*, no se puede dudar que se sacó de alli, debiéndose notar la exactitud y diligencia con que el autor de esta ley recogió en ella cuanto la iglesia habia dispuesto en sus anteriores constituciones acerca de esta materia, no contentándose con referir meramente sus palabras, sino explicando su inteligencia, como se echa de ver en lo que dice de que la publicacion se ha de hacer en la iglesia donde los novios son parroquianos, espresando los nombres de estos, cuyas particularidades no se notan en el citado cánón del Concilio Lateranense, pues aunque en él se

impone pena al párroco que no impide y estorba que se celebren matrimonios clandestinos, era dudoso si el párroco de que habla el Concilio debe entenderse de la parroquia donde se contrae el matrimonio, ó de la de los contrayentes.

18. Habiendo tratado de los modos por los cuales se hacian clandestinamente los matrimonios antes del santo Concilio de Trento, conviene examinar si estos modos se aumentaron, variaron ó disminuyeron por dicho Concilio.

19. Digo, pues, que el santo Concilio de Trento ni aumentó ni disminuyó los medios de celebrar clandestinamente los matrimonios, irritando únicamente aquellos matrimonios clandestinos en que no habia intervenido la asistencia de dos testigos, y del propio párroco de los contrayentes.

20. En comprobacion de esta verdad basta leer el precitado decreto, en el que despues de declarar que los matrimonios clandestinos cuando la iglesia no los ha irritado son verdaderos matrimonios lo mismo que sucede en los contraidos por los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres, anatematizando á los que afirman lo contrario, sin embargo de haber prohibido y detestado siempre la iglesia semejantes matrimonios, viendo que no habian sido suficientes las prohibiciones anteriores para precaver los daños que se originaban de los matrimonios clandestinos, siguiendo las huellas del Concilio Lateranense IV, manda que en lo sucesivo antes de contraer el matrimonio se hagan las proclamas por el propio párroco en tres dias festivos consecutivos en la iglesia al tiempo de la misa mayor, y que no resultando impedimento los pase á casar el propio párroco, ú otro sacerdote de su licencia, con asistencia de dos ó tres testigos, y por último, caso de faltar la asistencia del párroco y testigos, anula é irrita el matrimonio, como se ve por las siguientes palabras. *Qui aliter, quam presente parrocho vel alio sacerdoti de ipsius parrochi vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prot eos presenti decreto irritos facit et annullat.*

21. No habiendo innovado por este decreto el Concilio cosa alguna acerca de los matrimonios que por celebrarse por los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres los tenia la iglesia por clandestinos, como se ha probado por la decretal atribuida al papa Evaristo, y lo persuade el Concilio Coloniense ó de Colonia, celebrado el año 1536, en la parte 9, cap. 43, citado por Juenin, disertacion 10 de matrimonio, cap. 3, artículo 1 conc. 3. Estas son las palabras del concilio: *Optandum, ut canon Evaristi Pontificis Concilio generali renovetur, tollanturque illa clandestina matrimonia, quae invitis parentibus ac propinquis, veneris potius, quam Dei causa contrahuntur. Nam quanta mala ex his clandestinis matrimoniis suboriantur in aperto est. Interea vero donec ecclesia de hoc prospiciat, si non irrita prohibita saltem sint, et pœnae canonicae, id est excommunicatione contrahentes, et qui his ope et consilio adfuerint subiaceant.* Es forzoso decir que aun despues del Concilio de Trento son y deben llamarse clandestinos los matrimonios celebrados por los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres.

22. Igualmente es y se llama clandestino aun despues del Concilio el

matrimonio en que se han omitido las proclamas sin dispensa del ordinario, como lo dice el Sanchez de matrimonio, lib. 5, disp. 4, cuest. 1, y lo confirma el señor Benedicto XIV *de sin. dioc.*, lib. 13, cap. 23, número 40 con las palabras finales del capítulo 3 *de cland. desp.* Si quis vero huiusmodi clandestina conjugia inire presumpserit, en cuyo número y siguiente trata de aquellos matrimonios que celebran los contrayentes sorprendiendo al párroco, ó haciéndole asistir dolosamente á dichos matrimonios, y sienta que los espresados matrimonios son válidos, no solo aunque el párroco afecte no haber oído á los contrayentes, sino aun en el caso de que realmente no haya visto ni oído alguno de los dos, si por el párroco quedó el no haberlo visto ni oído, habiendo podido facilmente hacer uno y otro, como dice sucedió en un caso ocurrido en el obispado de Cartagena, reino de Murcia, el año de 1753.

23. Persuade Tambien esto mismo el ver que el Concilio de Trento confirmó y aprobó la disposicion del Concilio Lateranense en cuanto á la necesidad de las proclamas, con que si antes del Concilio de Trento era clandestino el matrimonio en que se habian omitido, como no se puede dudar son y deberán llamarse igualmente clandestinos los matrimonios que despues de dicho Concilio se han celebrado sin el espresado requisito de las proclamas; pero debe notarse que la omision de ellas hace clandestino el matrimonio, pero no irritó y nulo por el decreto del Concilio de Trento.

24. Síguese examinando ahora si la pena de exheredacion que impone nuestra ley á las hijas que contraen matrimonios clandestinos podrá tener lugar despues de la disposicion del santo Concilio de Trento.

25. Haciendo la distincion correspondiente de los tres modos que se han espresado, digo que tratando de los matrimonios clandestinos que son irritos por el Concilio, parecia que habiendo cesado el efecto de dichos matrimonios, no debia tener lugar la pena de la ley real; pero Molina *de prim.* libro 2, cap. 16, número 19, defiende que aun en este caso debe observarse la disposicion de la ley, pues aunque reconoce que algunos autores afirman que por el contrato ó acto nulo no se incurre en pena, quiere que se use de la siguiente distincion en la materia: ó la ley considera y atiende á solo el hecho y ánimo del que obra, ó al efecto que resulta del acto atendida la disposicion del derecho; si lo primero incurre en pena por el acto nulo: si lo segundo no merece pena alguna. Esto supuesto, dice es constante que la ley presente tiene consideracion á solo el hecho, aunque no tenga efecto por derecho, porque del matrimonio clandestino inválido se originan muchos daños é inconvenientes, como es manifesto. Comprueba esta doctrina con la autoridad de Bartolo y con el mismo decreto del Concilio, en el que sin embargo de declarar irritó el matrimonio clandestino, se manda á los ordinarios que castiguen severamente á los contrayentes, segun tengan por conveniente, lo que convence la certeza de esta opinion.

26. Gutierrez en el lib. 2 de las prácticas, cuestion 4, se propone esta duda, y conviene en que aunque la opinion de Molina atendido el rigor del derecho es la mas conforme, pero atendiendo á la equidad y razon, y á que el legislador es regular tuviese consideracion á los efectos que se seguian del matrimonio clandestino, le parece mas arreglada en la práctica la sentencia negativa, aunque confiesa no deben quedar sin castigo los

contraventores, por lo que es de sentir que se ha de moderar el rigor de la pena de la ley real.

27. El que quiera ver mas estensamente los fundamentos de una y otra sentencia, consulte á Gonzalez en el lugar citado, contentándose con decir, en satisfaccion á los fundamentos que he referido de Molina, que no son comparables los inconvenientes que resultan de un matrimonio nulo con los que se originan de un matrimonio válido, y de consiguiente no es de presumir que el legislador que impuso penas al matrimonio clandestino válido quisiese estenderlas al clandestino nulo, faltando á la proporcion que debe guardarse entre la pena y el delito, mayormente siendo este de tal especie, cuya consumacion no depende ni está en arbitrio del perpetrador.

28. Que el conato en esta especie de delitos sea reprehensible y digno de castigo, como lo manifiesta la facultad que da el concilio á los ordinarios para que segun su prudencia escarmienten á los contraventores, no prueba que se deban castigar con el rigor que los delitos consumados, ó de aquellos que por casualidad no se consumaron, no estando impedido de llevarlos á efecto el agresor. Molina. *just. et jure*, tratado 2, disp. 476, número 47, observa que la presente ley no puede tener lugar despues que el Concilio irritó los matrimonios á que no asistia el párroco y dos testigos.

29. En cuanto á los matrimonios en que se han omitido sin dispensa del ordinario las proclamas, hay menos razon de dudar de si en ellos deberá tener lugar la pena de la ley, pues permaneciendo dichos matrimonios clandestinos, aun despues del santo Concilio de Trento, como queda probado arriba, es claro y manifiesto que la disposicion de la ley deba comprender á los que contraen estos matrimonios clandestinos, como no se puede dudar los comprendia antes del Concilio de Trento, por el que nada se ha innovado en este punto, debiendo añadir en confirmacion de esta opinion que las mismas penas en que incurrian por el Concilio Lateranense IV los que celebraban estos matrimonios clandestinos, y los sacerdotes que asistian á ellos, deben tener lugar al presente, por que el Concilio de Trento no derogó la disposicion del Concilio Lateranense, antes la confirmó y amplió, como queda dicho, y por tanto debe decirse que si los que celebran estos matrimonios clandestinos por omitir las proclamas los contrajeran en un grado prohibido, aunque sea ignorándolo y sin malicia, los hijos serán ilegítimos, como lo eran antes del Concilio de Trento en virtud del Concilio Lateranense, ó que presumia que los contrayentes no dejaban de saber el impedimento, ó afectaban ignorarlo. *Cum illi, taliter contrahendo, non expertes scientiae vel saltem affectatos es ignorantiae videantur*; y la ley 3, tit 3, Partida 4, dispone lo mismo.

30. En confirmacion de esto mismo debe notarse que sin embargo que el Concilio de Trento con toda especificacion manifiesta que el párroco, sin testigos y los testigos que sin el párroco asisten al matrimonio deben sufrir pena á arbitrio del ordinario, y tambien los mismos contrayentes, nada dice del párroco y testigos que asisten al matrimonio en que sin dispensa no han precedido las proclamas, cuyo silencio es una prueba clara de que quedaban en su fuerza y vigor las penas que establecia para este caso el Concilio Lateranense IV, no siendo de presumir que castigando el Concilio de Trento á los que intentaban asistir y contraer un matrimonio nulo quisiese dejar sin castigo á los que celebraban un matrimonio válido, fal-

tando á la solemnidad prescrita por derecho comun, y por el mismo Concilio de Trento, que lo renovaba.

31. Si por el Concilio de Trento no se han derogado las penas canónicas que establecia el Concilio Lateranense contra los que celebraban matrimonio sin proclama, con mayor razon se debe decir que no derogó dicho Concilio las penas civiles que imponia la ley real á los mismos.

32. Gutierrez en el lugar citado arriba, número 8, se propone esta cuestion, y examina los fundamentos que hay por una y otra parte, y resuelve que debe tener lugar la pena de nuestra ley real en este caso, á donde remito al que quiera verlos mas por estenso, y lo mismo habia dicho Diego Perez, ley 4, tit 1, lib. 5, ord. f. 38, parrafo. *plura tam vers. ex quo inferitur*.

33. Gonzalez Tellez en el Comentario al cap. *cland. deps.*, número 6, sigue la opinion de Gutierrez, citando por la contraria á Molina *de just. et jure.* en el lugar arriba espresado, y á Covarrubias *de matr.*, parte 2, cap. 6. número 12 y 13, donde afirma que el matrimonio contraido en presencia de la mayor parte de los vecinos, ó sabiéndolo estos, aunque se hayan omitido las proclamas, se ha de llamar público y no clandestino. Pero debe decirse que cuando la ley espresamente prescribe cierta formalidad, no se cumple poniendo otra, aunque por ella se logre el fin de la ley, y así hablando el señor Benedicto XIV en el lugar citado de los matrimonios que sin proclamas y sorprendiendo á los párrocos para su asistencia se celebran fraudulentamente, los que tiene por clandestinos *de jure* á falta de no haber procedido las proclamas, dice que no es de temer que estos matrimonios queden ocultos, y que puedan ser ocasion para celebrar los mismos contrayentes otro, permaneciendo el primero, por lo que concluye que cualquiera que tenga conocimiento de las cosas habrá aprendido por propia esperiencia que muchos matrimonios celebrados públicamente en la iglesia no siendo de personas de dignidad ó de familia ilustre, comunmente se ignoran, y no se tiene noticia de ellos, al paso que no hay matrimonio de los que se celebran dolosamente sin proclamas, sorprendiendo al párroco, que no se divulgue su noticia por la ciudad y por la provincia. De que se infiere que nada aprovecha la publicidad que pide Covarrubias para sacar de la clase de clandestinos los matrimonios en que se han omitido sin dispensas las proclamas, pues como advierte el mismo señor Benedicto XIV, la publicidad sin las proclamas lo constituirá público de hecho, pero de derecho será siempre clandestino. Diego Perez en la ley citada sigue la opinion de Covarrubias citando á otro f. 35, parrafo. *Tertio modot.*

34. No debe parecer contradiccion lo que afirma Diego Perez en los dos lugares citados porque en el primero habla de los matrimonios celebrados ante testigos sin proclamas, y en el segundo de los celebrados ante la mayor parte de los vecinos y sin proclamas; pero tanto en un caso como en otro debe tenerse por clandestino el matrimonio para incurrir en las penas de los cánones y leyes, pues sino basta la publicidad sin proclamas, menos bastarán dos ó cuatro testigos sin ellas.

35. Por lo que hace á los matrimonios que celebran los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres, está tan lejos de poderse dudar si deberá observarse en ellos la pena de la ley real, que antes bien pudiera decirse que dado que en los matrimonios clandestinos por no haber precedido

las proclamas no pudiese tener lugar la disposicion de la ley, en el presente caso no podia menos de guardarse inviolablemente su resolucion.

36. Infiere Diego Perez en el lugar citado del f. 36, que era matrimonio clandestino antes del Concilio de Trento aquel que contraia la muger sin consentimiento de sus padres, ni de aquellos á cuyo cuidado estaba, y cita ademas del capítulo canónico varias leyes reales de las Partidas, del Fuero Real y del Ordenamiento; en que se imponian penas á los contraventores, cuyas leyes quedaron derogadas por la presente de Toro, ó hablando con propiedad se debe decir se renovaron y recopilaron en la de Toro, pues desde la mas remota antigüedad de esta monarquía se ve que la hija que casaba contra la voluntad de sus padres, si estos no la perdonaban, quedaba privada de concurrir con sus hermanos á la herencia de sus padres, como lo ordena la ley 8, título 2, lib. 3, del Fuero Juzgo, la cual pena se halla renovada en la ley 5, tit. 4, lib. 3, Fuero Real, y en la única, título 6, lib. 5, Ordenamiento Real.

37. Palacios Ruvios *in cap. per vestras. de donat. inter vir et uxor. notabis* 3, párrafo 6 f. 354, tiene por clandestino el matrimonio que contraía la hija sin la voluntad de sus padres, y en el mismo lugar, párrafo 8, f. 357, refiere á la letra todas las leyes reales que prohibian casasen las hijas sin la voluntad de sus padres.

38. Tambien prohibian nuestras leyes patrias que ninguno casase con alguna muger sin consentimiento de sus padres ó de los que la tenian en su poder, bajo de otras penas, imponiéndole la multa de cien maravedises aplicados por mitad á la cámara y á los padres, y á mas se le declaraba por enenigo de los parientes, ley 15, tit. , lib. 3, Fuero Real.

39. Que estos matrimonios que se hacian contra la voluntad de los padres los tenian nuestras leyes por clandestinos, lo declara la ley 4, tit. 3, Partida 4, aumentando la 5. *eod. tit.* que el que casa encubiertamente y sin noticia de los parientes mas cercanos de la muger, sea metido en poder de ellos para servirlos toda su vida con todos sus bienes, con tal que no lo puedan matar.

40. La ley 4, tit. 4, lib. 5, ord., repite ó renueva la ley 14 del Fuero citada imponiendo la multa de cien maravedises al que casare encubiertamente, y no teniendo caudal bastante para satisfacer quede su cuerpo á merced del Rey por la parte que le falte.

41. Ni es dudable que sean clandestinos los matrimonios que se celebran contra la voluntad de los padres hallándose prohibidos semejantes matrimonios por los cánones, como claramente lo manifiesta el santo Concilio de Trento, cuando dice que siempre los ha detestado y prohibido la iglesia, cuya prohibicion es prueba cierta de ser clandestinos, y asi el Hostiense, queriendo dar una regla segura para conocer los matrimonios que no son clandestinos, dice en el capítulo final *de cland. desp.* que los que no estan prohibidos por la iglesia, de que se infiere que los que prohibe la iglesia son clandestinos.

42. Es preciso confesar que Gregorio Lopez al fin de la glosa 4, ley 10, título 4, Partida 4, y Molina *de prim*, libro 2, cap. 46, número 12, se esplican en términos que dan á entender que para incurrir en la pena de la ley de Toro no basta que el matrimonio se haga contra la voluntad de los padres, sino que ademas ha de ser clandestino, con lo que parece escluyen de la clase de clandestinos los matrimonios celebrados sin el con-

sentimiento de los padres. Mas terminante es la doctrina de Covarrubias en esta parte, de *matrimonio*, parte 2, cap. 6, número 23, donde hablando de nuestra ley dice: *Est tamen intelligenda regia lex quando matrimonium clam contrahitur cum filia sine consensu parentum, non alias, quod patet ex ratione legis quae accusationem hujus delicti ipsis tantum parentibus deffert*, dando á entender que es necesario que el matrimonio se celebre clandestinamente, y á mas que sea sin consentimiento de los padres, como si no bastase la falta de consentimiento de los padres para constituirlo clandestino. Reflexionando lo que dice el mismo Covarrubias en los números 10 y 20, parece bastante fundado el presumir que tenia por clandestino el matrimonio celebrado sin el consentimiento de los padres, sin que fuese necesario faltasen las proclamas.

43. Diego Perez en la ley única, tit. 6, lib. 5 del Ordenamiento Real en la glosa: si casare sin la voluntad del padre: resume la decision de la ley diciendo: *Clandestine contrahens matrimonium, hoc est, sine scientia patris vel fratrum amittit hereditatem parentum*, en cuyas palabras manifiesta que matrimonio clandestino se llama aquel que se contrae sin noticia de los padres. Mas claramente manifiesta su opinion en la misma glosa, cuando despues de referir los males que se originan entre las familias, de los matrimonios que se celebran contra la voluntad de los padres, dice que seria de desear que el sumo Pontífice invalidase los matrimonios clandestinos, tanto respecto del cap. 3 de *cland. desp.*, como los que lo son respecto de las leyes de que trata, y espera que suceda esto con el tiempo á fin de evitar males é injurias entre los católicos.

44. La opinion de Diego Perez se hace demostrable atendidas las disposiciones de nuestras leyes reales en este punto. Para prueba de que la ley de Toro conserva su fuerza y vigor despues del Concilio de Trento, basta reflexionar que antes de dicho Concilio regia su disposicion, y por el espresado Concilio no se ha derogado, ni por otra ley posterior, con que es forzoso concluir se halla en la misma situacion que al principio de su establecimiento.

45. No es menos cierto que basta haberse celebrado el matrimonio sin el consentimiento de los padres para que pueda tener lugar lo dispuesto por la ley de Toro.

46. Ordenaban la ley 4, tit. 4, y la única del tit. 6, lib. 5, del Ordenamiento Real, que ambas son del rey don Juan el II, que si á la muerte del padre ó de la madre quedaba la hija en poder de alguno de los dos ó en el de sus propios hermanos, y se casaba sin voluntad de aquellos en cuyo poder se hallaba, perdiese la herencia que le podia pertenecer por la muerte de su padre ó de su madre, y que acerca de esto se guarden las leyes de estos reinos, no obstante que por largo tiempo no hayan sido guardadas, *pues que por otras nuestras leyes no fueron revocadas*.

47. A estas leyes siguió la de Toro, que agravó las penas á los transgresores, restringiendo la facultad que concedian las leyes anteriores á los hermanos de poder privar á la hermana de la herencia de sus padres, y limitando la acusacion de este delito al padre y á la madre para el caso de haber muerto el padre, sin que para incurrir en la pena de la ley de Toro fuese necesario que el matrimonio que se habia celebrado contra la voluntad de los padres fuese clandestino, por no haber precedido las proclamas, ó por no haber intervenido testigos para acreditarlo.

48. Que este sea el sentido literal y obvio de la ley lo persuade la decision 128 que hicieron las cortes celebradas en Valladolid el año 1348 al emperador don Carlos V, que dice así: «Otro sí decimos que por leyes de estos reinos se pone pena á los que contraen matrimonios que la iglesia tiene por clandestinos, lo cual pueden acusar el padre, ó la madre muerto el padre. Suplicamos á V. M. mande que lo mismo puedan acusar los hermanos, muertos los padres, y si no tuvieren hermanos, que los curadores lo puedan acusar, porque como quedan algunos hijos ó hijas mozos y con haciendas, procuráranlos engañar, y acaescen casamientos desastrados, y con que Dios nuestro Señor es deservido, y los parientes de los tales muy injuriados, de que se siguen enemistades y otros daños.» A cuya petición respondió el Emperador lo siguiente: «A esto vos respondemos que ya esta proveído por leyes de estos reinos lo que en esto se deba hacer», cuya respuesta parece referirse á la presente ley.

49. Dos partes comprende la decision de la ley de Toro En la primera impone perdimiento de todos sus bienes al que contrae matrimonio clandestino, y destierro perpétuo del reino. En la segunda declara que este delito es causa justa para que los padres puedan desheredar á sus hijas, y que solo el padre pueda acusar de dicho delito, ó la madre muerto el padre. Esto supuesto, digo que si á la ley de Toro se le da la inteligencia que le atribuyen Gregorio Lopez, Covarrubias y Molina, nada adelantaban las Córtes en que la disposicion de la ley se estendiese á los hermanos y curadores, en cuanto á la facultad de poder acusar, pues no se remediaban por este medio los males que esponen en su petition, porque es constante que son menos los matrimonios que se celebran clandestinamente por falta de proclamas que los que se contraen sin la voluntad de aquellos en cuyo poder están los contrayentes. A mas que los engaños que padecian los hijos de familia, y que se intentaban evitar por la petition de córtes, y las injurias y enemistades que se originaban entre las familias, no son consecuencia precisa de los matrimonios clandestinos por falta de proclamas ni de testigos, sino de los que se celebran sin el consentimiento y voluntad de los padres y parientes, y seria cosa impertinente que para remediar estos daños hubieran pedido las Córtes que se ampliase á los hermanos y curadores la facultad que concedia á los padres una ley cuya disposicion podia solo tener lugar cuando con el matrimonio clandestino por falta de proclamas ó testigos concurría tambien la falta del consentimiento de los padres, debiendo haberse dirigido su petition, no á que los hermanos y curadores pudiesen acusar como los padres, sino á que la pena que imponia la ley á los que contraian matrimonios clandestinos se estendiese á los que celebraban matrimonios contra la voluntad de sus padres ó parientes, y como por otra parte no era suficiente, ni bastaba para incurrir en la pena de la ley que el matrimonio se celebrase sin proclamas ó testigos, si intervenia el consentimiento de los padres, se convence por la petition de las Córtes que la disposicion de la ley de Toro no se dirigia únicamente á que se observase la determinacion del Concilio Lateranense IV, y la del cap. 2 de *cland. desp.*, sino á impedir que los hijos contrajesen matrimonios sin la voluntad de sus padres, fuesen ó no clandestinos respecto de otros capítulos. A no ser que se diga que las Córtes no acertaron á expresar lo que querian se les concediese.

50. Impone la ley de Toro pena á los que servian de testigos en los matrimonios clandestinos, lo que ofrece un claro convencimiento de que su disposicion no se dirigia directamente á impedir aquellos matrimonios que son y se llaman clandestinos por carecer de testigos con que poder justificarlos, y siendo esta la clase de matrimonios clandestinos, de que se originaban mayores males á la iglesia y al Estado, segun lo persuade la ley 1 y 2, tít. 3, Part. 4, y el Santo Concilio de Trento en el capítulo citado, tan lejos estarian de minorarse por la disposicion de la ley los matrimonios clandestinos, que antes se aumentaria el numero de aquellos que causan mayores perjuicios, cuales son los que se celebran sin testigos, escusándose estos de autorizar los matrimonios que se contrajesen sin proclamas, para incurrir en la grave pena de la ley de Toro, con lo que se manifiesta que el fin principal que se propuso la ley fue el impedir los matrimonios que eran clandestinos por ser contra la voluntad de los padres.

51. No por esto debe inferirse que los matrimonios clandestinos por falta de testigos no se hallan comprendidos en la decision de la ley, pues siendo estos tenidos por clandestinos por la iglesia, no podian menos de ser comprendidos en la ley real, cuya disposicion se estiende á todos los matrimonios que la iglesia tenga por clandestinos.

52. El mismo Covarrubias en el lugar citado, número 25, dice que atendiendo á la gravisima pena de la ley de Toro, ¿podrá alguno creer piadosamente que es contraria á la libertad que piden los cánones para el matrimonio? Y añade á continuacion: sin embargo, dejando á parte la pena tan grave, es decente y honesto que las hijas elijan maridos con consentimiento y consejo de sus padres. Estas palabras, juntas con el silencio que observa en no hacer igual consideracion de los matrimonios clandestinos por falta de proclamas ó testigos, manifiestan que estaba persuadido que la ley solo se dirigia á estorbar los matrimonios que eran clandestinos por falta del consentimiento de los padres.

53. En el mismo lugar refiere que en los casos en que los jueces seculares tenian presos á los contrayentes y testigos para imponerles la pena de la ley, les requerian los jueces eclesiásticos que se los remitiesen á su tribunal á fin de que constase que se habia contraido libremente el matrimonio, y los testigos pudieran decir la verdad con mas libertad, cuyos requerimientos, añade, llevan mal los jueces seculares, resistiéndose á su cumplimiento, lo que dice no deben hacer cuando aun no consta plenamente del matrimonio, para no dar lugar á que por temor de las penas se impida su probanza.

54. Este temor que manifiesta aqui Covarrubias de que faltase la probanza del matrimonio era efecto necesario de la disposicion de la ley, la que daria causa á que todos los matrimonios hubieran sido clandestinos por falta de testigos, por no incurrir estos en la pena de la ley, la que ciertamente podia decirse se dirigia á hacer de peor condicion los matrimonios clandestinos que á corregirlos, si no se entendia en el sentido explicado.

55. La práctica que hemos referido de Covarrubias, no solo se observaba antes del Concilio de Trento, sino tambien despues, como lo indica el citar este Concilio en el número 27 del mismo capítulo, siendo de creer que si por dicho Concilio hubiera cesado la disposicion de la ley de Toro no cesaria su práctica como corriente.

56. La respuesta que dió el Emperador á la peticion de las cortes no se

puede referir á otra ley que á la de Toro, como lo afirma Diego Perez en la ley 1, tit. 4, lib. 5 del Ordenamiento, fólío 36, porque no hay otra que imponga la pena que pedian las cortes á los hijos que contraían matrimonio contra la voluntad de sus padres, y asi se ve que el Emperador no tuvo por conveniente deferir á la peticion, lo que fue lo mismo que corregir las leyes de don Juan el II en la parte que permitian al hermano privar de la herencia de sus padres á la hermana que casaba sin su consentimiento.

57. Concede la ley solamente á los padres la facultad de acusar del delito que en ella se espresa, lo que se debe entender, tanto de los padres del que contrae el matrimonio como de los de la muger, aunque á estos es á quienes se les permite poder desheredarla, y es la razon porque la ley despues de establecer las penas en que incurrén los contraventores, espresamente dice que puedan acusar el padre, ó la madre muerto el padre, cuya espresion siendo comun y general parece se debe estender á los padres de ambos contrayentes, sin limitarla á los padres de la muger, que eran los que podian desheredarla; pero sea de esto lo que fuere, cesó esta duda despues que el rey don Felipe II, en el año 1563, concedió igual facultad á los padres del hijo para poder desheredarlo, hallándose esta disposicion incorporada con la ley de Toro en la 5, título 2, libro 10 de la Novísima.

58. De lo que queda dicho se infiere no opina bien Covarrubias, cuando en el número 26 afirma que la pena de la ley no tiene lugar cuando el hijo contra la voluntad de su padre contrajo matrimonio, pues aunque el padre no lo pueda desheredar, puede acusarlo para que se le impongan las demas penas de perdimiento de bienes y de destierro.

59. Por último, se ha de advertir que la ley de Toro ha padecido notable alteracion por la pragmática de 23 de marzo de 1776, la cual en el número 3 priva á los que contrajeren matrimonio sin el consentimiento ó consejo de los padres de todos los efectos civiles, como son el derecho de pedir dote ó legítima, y de suceder como herederos forzosos ó necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron, concediendo y declarando por justa causa de desheredacion la espresada contravencion, estendiendo tambien á los descendientes de dichos matrimonios la privacion en los efectos civiles, y privando á unos y otros hasta de la sucesion de los bienes vinculados en la forma que espresa al número 4.

60. Esto no obstante podrá decirse que cuando el matrimonio es clandestino por falta de proclamas, concurriendo tambien la falta de consentimiento de los padres, deberá regir la pena de la ley, que no se halla derogada por la pragmática sino en cuanto al matrimonio clandestino por falta del consentimiento de los padres, que es el fin á que se dirige la disposicion de la pragmática.

61. Entre otras particularidades de esta pragmática notará en comprobacion de lo que anteriormente tengo dicho, que solo se concede á los padres, á cuyo respeto faltó el hijo, poderlo desheredar, y sin embargo los tutores y curadores tienen derecho para acusar, hallándose prevenido en la pragmática que se les debe pedir su consentimiento.

62. La otra particularidad es que la pragmática supone que la iglesia siempre ha detestado y prohibido los matrimonios de los hijos de familia sin la voluntad de sus padres, que es la espresion de que usa el Concilio, y esta espresion, asi por lo antecedente como por lo subsiguiente, recae sobre los

matrimonios clandestinos, como lo notará el que lea el Concilio, á cuyo remedio intenta proveer, de que se ve que matrimonios clandestinos y hechos sin el consentimiento de los padres los tiene la pragmática por una misma cosa.

63. Dice el Concilio que siempre ha detestado y prohibido la iglesia los matrimonios clandestinos, y á continuacion añade, que no habiendo bastado aquellas prohibiciones para remediar los daños que se originan de los matrimonios clandestinos, pasa á renovar las disposiciones del Concilio Lateranense, y á irritar los que se celebraban sin párroco ni testigos, cuya disposicion manifiesta claramente que las prohibiciones que refiere el Concilio no habian bastado, se dirijian á los matrimonios clandestinos, pues de otro modo era escusado que el Concilio hubiera tenido que irritarlos.

64. En cuanto á si en la pena de la ley se incurre *ipso facto* sin necesidad de sentencia, me remito á lo dicho en la ley 77, advirtiendo únicamente que la ley coarta la facultad de poder acusar al padre y la madre, cuya facultad era inútil y ociosa si la pena se incurria *ipso facto*. Matienzo en la glosa 2 de esta ley refiere cuarenta efectos de la pena que se incurre *ipso facto*.

65. Es ocioso tratar de la justicia de esta ley, la que reconocen nuestros autores, mayormente viendo en nuestros días renovada la ley de Toro en lo substancial por la pragmática del año de 76; pero sin embargo conviene tener presente que el señor Covarrubias en la parte 2 de *matrimonio*, cap. 6, número 2, suscita la duda si estando privado el Principe secular de la potestad de establecer leyes acerca del sacramento del matrimonio, podrá sostenerse la presente, que da á los padres facultad para desheredar á la hija que contrae matrimonio clandestinamente, é impone á los contrayentes y á los testigos pena de perdimiento de todos sus bienes, y de destierro perpetuo del reino, bajo la pena de muerte si lo quebrantan, y no obstante es de parecer que aunque el Principe no pueda establecer leyes en punto á los matrimonios, le es permitido añadir penas á la prohibicion que haya hecho en la materia el romano Pontífice, cuya razon movió á los ministros del Consejo que formaron la espresada ley para establecerla, segun lo afirma Palacios Ruvios en el Comentario á esta ley, quien dice, como testigo de vista, que cuando se trató de formarla se movió una gran disputa entre los consejeros del Rey, siendo él uno de ellos, y se concluyó que dirigiéndose la espresada ley á coadyuvar la disposicion del derecho canónico, era justa y debia sostenerse. Del mismo dictámen es el señor Molina en el lib. 2, cap. 16 de *primogenitis*, número 12, en donde sostiene que á ninguno debe parecer grande la pena de la ley, atendidos los males que resultan de los matrimonios clandestinos, y cita el caso que refiere Gregorio Lopez en la ley 10, tit. 1, Partida 4, glosa 4, en que el Consejo de Castilla impuso la pena de desheredacion á una hija que se habia casado sin el consentimiento de su padre con un hombre digno, y el mismo señor Molina afirma que vió otros casos iguales.

66. Tambien puede dudarse si habiéndose declarado írritos por el santo Concilio de Trento los matrimonios clandestinos tendrá lugar la pena de desheredacion contra los contrayentes, porque siendo nulo el matrimonio se debe considerar como si no se hubiera celebrado, y sin embargo dicho autor en el número 19 es de parecer que aun debe tener lugar la pena de desheredacion impuesta por la ley, y se funda entre otras cosas en que el

mismo Concilio de Trento, no obstante de haber declarado irritos los matrimonios clandestinos, manda á los ordinarios que castiguen severamente á su arbitrio á los que los hayan contraído (1).

(1) La doctrina espuesta en los últimos números de este Comentario, no tiene completa aplicacion en el día con motivo de las alteraciones introducidas en la penalidad de los matrimonios sobre que versa la presente ley por la pragmática de 1803, publicada con posterioridad á la de 23 de marzo de 1776, que se cita en el núm. 59 de este Comentario, y por las disposiciones del Código penal de 1848, sobre matrimonios ilegales.

En dicha pragmática de 28 de abril de 1803, que forma la ley 48, tít. 2, lib. 4^o de la Novísima Recopilacion, se dispuso, que los hijos menores de 25 años, y las hijas menores de 23, no puedan contraer matrimonio viviendo sus padres sin que este preste su consentimiento; que á falta de padre tenga este derecho la madre, pero en este caso adquieren los hijos la libertad de casarse á los 24 años y las hijas á los 22: que no habiendo padre ni madre, se pida el consentimiento del abuelo paterno, y en su defecto, del materno, adquiriendo los nietos en este caso la libertad de contraer matrimonio á los 23 años los varones y á los 21 las hembras; que á falta de todos estos, se obtenga el consentimiento del tutor, y en su defecto el del juez del domicilio de los contrayentes, pero solo hasta que el varon tenga 22 años y 20 la hembra. Las penas que impuso dicha pragmática á los menores que contrajesen matrimonio contravinien-do á estas disposiciones consistian en la espatriacion y confiscacion de bienes, imponiéndose tambien á los vicarios eclesiásticos que autorizasen dichos matrimonios, las penas de espatriacion, debiendo ocupárseles todas sus temporalidades. No habiéndose hecho mencion en dicha pragmática de la facultad de desheredar que concedia á los padres la de 1776, se ha suscitado la duda sobre si debería entenderse esta derogada en cuanto á la pena de desheredacion por la de 1803.

El señor D. Florencio García Goyena en su *Código criminal español*, segun las leyes y pragmáticas vigentes, comentado y comparado con el penal de 1802 el frances y el ingles, dice al proponerse esta cuestion en la seccion segunda del título 7: «Por una parte parece que no debe privarse á los padres y abuelos del derecho ó satisfaccion por su ofensa privada, mas cómo acumular pena sobre pena, mayormente cuando la ley 48 escluye toda otra ley ó pragmática anterior, y cuando la desheredacion puede alcanzar á toda una descendencia inocente?»

Efectivamente, la pragmática de 1803, dice en su final: «Todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi real determinacion no estuviesen contraídos, se arreglarán á ella sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática alguna.» Pero esta cláusula ¿se refiere únicamente á lo que sobre esto se espresa en dicha pragmática ó tambien á lo que en ella no se espresa y sobre lo que se comprenden disposiciones en las leyes anteriores? La pena consistente en la facultad de desheredar, pena impuesta en la pragmática de 1776 y en nuestras leyes patrias deberá entenderse derogada por la pragmática de 1803, por el solo hecho de no mencionarse en ella, ó deberá entenderse acumulada á las otras penas prescritas en dicha pragmática? Y dado caso que la ley 49 de Toro no hubiera sido derogada en lo relativo al matrimonio contraído sin consentimiento paterno y á la facultad de desheredar concedida á los padres por la pragmática de 1776, ¿lo seria por la de 1803?

La resolucion que debe darse á todas estas dudas, es en nuestro concepto fácil y espedita. La última cláusula de la pragmática de 1803 se refiere, no solo á la derogacion de toda disposicion contraria á las que en ella se contienen, sino tambien á la facultad de desheredar no mencionada en dicha pragmática. Aun cuando así no lo persuadiera la disposicion explicita y terminante de la ley, bastaria consultar el proyecto de dicha pragmática que se formó por una junta compuesta de ministros y teólogos, que se examinó y modificó por el Consejo, cuyo párrafo 25, de que es un extracto la cláusula final mencionada, está concebido en estos términos: «En la presente ley y pragmática quedan refundidas la citada pragmática de 23 de marzo de 1776, y todas las reales cédulas posteriores declaratorias de ella; de modo, que resumiéndose, como se resumen por la presente ley y pragmática, en lo que es conveniente y necesario, todas las disposiciones de la referida anterior y de las cédulas declaratorias de ella, han de quedar y quedan desde luego abolidas la citada anterior pragmática de 23 de marzo de 1776 y todos los reales decretos y cédulas declaratorias de ella, espeditos por los

Concejos de Castilla y de Indias, y habiendo de procederse y juzgarse por las disposiciones de la real pragmática desde el día de su publicación en esta corte y en las capitales de las chancillerías y audiencias de todos los dominios de S. M., así en los casos futuros como en los que estuvieren pendientes.... porque en todos los dominios de V. M. se ha de observar la presente pragmática, con reforma y abolición de la citada anterior de 23 de marzo de 1776 y de todos los reales decretos y cédulas declaratorias de ella, y de sus modificaciones y adiciones hechas hasta ahora para España y para las Indias y las islas.» Lo mismo se deduce del principio de dicha pragmática. Debe pues considerarse derogada por ella la facultad de desheredar concedida á los padres por la de 1776, tanto mas cuanto que el no haberse hecho expresa mencion de esta facultad para derogarla, no puede atribuirse á olvido, puesto que el proyecto citado se propuso como única pena, que hubo un voto particular que la combatió como dura é injusta y que los fiscales del Consejo replicaron y la defendieron detenidamente. Debíó, pues, tenerse presente dicha facultad de desheredar al sancionar la pragmática. Dicha pragmática de 1803 debe considerarse tambien como derogatoria de la presente ley de Toro en lo relativo á la pena impuesta á los hijos que contrajesen matrimonio sin obtener el consentimiento paterno, si se atiende á la cláusula final citada, y á que la pragmática adoptó precisamente las mismas penas impuestas en dicha ley á los matrimonios clandestinos, omitiendo tan solo la facultad de desheredar, en lo que se vé claramente la intencion marcada del legislador de desechar esta pena, puesto que la omitió, no obstante tenerla á la vista en dicha ley de Toro, y en el proyecto de pragmática citado.

El señor Gutierrez, en su Febrero reformado, y los señores Goyena, Aguirre y Montalban en la nueva reforma de la misma obra, opinan tambien, al tratar de la desheredacion, que la pragmática de 1803 derogó las leyes y pragmáticas anteriores, y en la práctica se ha seguido tambien esta doctrina. Sin embargo, el nuevo proyecto de Código civil, en su artículo 672 señala entre las causas de desheredacion el haberse casado el hijo sin el consentimiento paterno, cuando segun la ley era necesario obtenerlo. Ultimamente, por el art. 399 del nuevo Código penal de 1848, se impone la pena de prision correccional al menor que contraiga matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para el efecto hagan sus veces; y si estas personas aprobaran el matrimonio despues de contraído, la pena de arresto mayor. No debe pues considerarse existente en el día la facultad de desheredar á los hijos que contraigan matrimonio sin obtener el consentimiento de las personas de quienes deben impetrarlo, puesto que se entiende derogada por la pragmática de 1803, y que no se halla restablecida. Asimismo, tampoco debe considerarse subsistente la pena de confiscacion de bienes, por haberse abolido por el art. 40 de la Constitucion de 1837; tambien se halla derogada la pena de espatriacion por el artículo mencionado del Código penal puesto que no la impone.

Tambien deben entenderse derogadas las penas de confiscacion y espatriacion impuestas por la ley de Toro á los que contrajesen matrimonio clandestino, por el artículo citado de la Constitucion, y por los artículos del Código penal que al imponer penas á esta clase de enlaces no las mencionan. Y en efecto, segun el art. 396, el que contrajere matrimonio con algun impedimento dirimente no dispensable por la iglesia, que no sea el de hallarse casado ú ordenado *in sacris* ó ligado con voto solemne de castidad, será castigado con la pena de prision menor, y segun el art. 397, el que contrajere matrimonio mediando algun impedimento dispensable por la iglesia, será castigado con una multa de 40 á 400 duros; si por culpa suya no se revalidase el matrimonio, prévia dispensa, en el término que los tribunales designen, será castigado con la pena de prision menor, de la cual quedará relevado, cuando quiera que se revalide el matrimonio. Finalmente, por el art. 398 se impone al que en un matrimonio ilegal pero válido, segun las disposiciones de la iglesia, hiciere intervenir al párroco por sorpresa ó por engaño, la pena de prision correccional. Si le hiciere intervenir con violencia ó intimidacion, será castigado con la de prision menor.

Mas debiendo considerarse subsistente la facultad que los padres tenian de desheredar, segun la presente ley de Toro, á los hijos que contrajesen matrimonio clandestino, puesto que la pragmática de 1803 solo se refirió al caso de celebrarse el matrimonio sin el consentimiento debido, (asi como existe dicha facultad en los demas casos de cometer los hijos delitos, que segun nuestras antiguas leyes, son justas causas de desheredacion) y no haciéndose mencion expresa en los artículos espuestos del Código penal de esta facultad, se ha suscitado la duda sobre si debe entenderse derogada por este silencio ú omision del Código la facultad mencionada.

Los señores Castro y Orozco, en sus Comentarios al Código penal, proponiéndose esta duda con referencia al caso de que los menores contraigan matrimonio sin el consentimiento de las personas á quienes deben pedirlo (caso en que no tiene lugar en nuestro concepto, segun hemos espuesto, porque dicha facultad fue ya derogada por la pragmática de 1803), dicen lo siguiente: «Hé aquí una gravísima cuestion que reservamos intacta á la jurisprudencia, porque requiere ser tratada de propósito con mas detenimiento del que permite la índole de estas esplicaciones;» y el señor Pacheco, tambien con referencia al mismo caso, adopta la opinion afirmativa diciendo: «Esta pena substituye á la desheracion que imponian las leyes recopiladas, cuyo efecto podia ser en muchos casos desastroso.»

Contraida esta duda al caso de que se celebren matrimonios clandestinos, no creemos que pueda entenderse derogada dicha facultad por los artículos espuestos del Código penal, ni aun por el 506, porque la facultad de desheredar es mas bien que una pena que puede entrar en el sistema de penalidad de un Código criminal, la pérdida de un derecho concedido por el Código civil, y consistiendo este derecho en un beneficio inherente á la familia, respecto del cual, todas las disposiciones que se establezcan deben emanar del mismo código civil. El art. 506 dispone queden derogadas todas las leyes penales anteriores á la promulgacion del Código, salvo las concernientes á los delitos no sujetos á las disposiciones del mismo, con arreglo á lo prescrito en el art. 7, y habiéndose concedido como pena la facultad de desheredar por leyes, cuyo objeto era proteger derechos civiles, no deben entenderse derogadas por aquel artículo, y menos si se atiende á que aquella pena no constituye el sistema de penalidad adoptado por nuestro Código. Si se admitiera la doctrina de que se entendiese derogada por el Código penal la facultad de desheredar, por el simple hecho de no mencionarla, apenas quedaria en pie causa alguna de desheredacion. Asi, por ejemplo, la justa causa para desheredar espuesta en nuestras leyes de Partida, y que consiste, en atentar un hijo contra la vida de sus padres, quedaria derogada por el art. 332 que impone penas al parricidio consumado, y que sirven de norma para la pena de la tentativa de este delito, que es lo que constituye el delito citado, puesto que en dicho artículo no se espresa la facultad de desheredar. No obstante lo espuesto, la práctica no impone dicha pena en el caso del matrimonio clandestino; por lo cual, las anteriores consideraciones solo serán aplicables á los demas casos en que segun nuestras antiguas leyes, existe la facultad de desheredar.

La pena impuesta por nuestras antiguas leyes á los eclesiásticos que autorizaren matrimonio para el que no estuviesen autorizados los contrayentes, de espatriacion y ocupacion de todas sus temporalidades, se halla tambien derogada por el art. 403 del Código penal, que dispone, que el eclesiástico que autorice matrimonio prohibido por la ley civil, ó para el cual haya algun impedimento canónico no dispensable, será castigado con las penas de confinamiento menor y multa de 50 á 500 duros. Si el impedimento fuese dispensable, las penas serán destierro y multa de 20 á 200 duros. En uno y otro caso se le condenará por via de indemnizacion de perjuicios al abono de las costas de la dispensa mancomunadamente con el cónyuge doloso. Si hubiese habido buena fé por parte de ambos contrayentes, será condenado por el todo.

Finalmente, el Código penal obliga en todos los casos que llevamos espuestos, al contrayente doloso, á dotar, segun su posibilidad, á la muger que hubiese contraido matrimonio de buena fé.

Quien desee mas esplicaciones sobre esta materia, puede consultar la nota que hemos puesto en la página 50 del tomo primero de la nueva reforma que hemos publicado del Febrero de los señores García Goyena, Aguirre y Montalban.

Lev 50 de Toro; es la 2.^a, tít. 2.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tít. 3.^o, lib. 40 de la Novísima.

No se puede renunciar la ley del Fuero prohibitiva de dar en arras mas de la décima parte de los bienes.

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, é si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute. E si algun escribano diere fee de algun contracto en que intervenga renunciacion de la dicha ley, mandamos que incurran en perdimiento del oficio de escribania que tuviere, é de alli en adelante no pueda mas usar del, so pena de falsario.

COMENTARIO A LA LEY 50 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Las arras por derecho comun era lo que se daba en señal y seguridad del matrimonio futuro entre los esposos.—3. Por derecho real son la remuneracion ó promesa que el hombre dá ó hace á la muger antes ó despues en remuneracion de la dote, de su nobleza ó de su honestidad: Molina y Velasco se inclinan á que la donacion de las arras no se refiere á ninguna causa, sino que provienen de la libre voluntad del que las dá, por lo que son una donacion remuneratoria.—4. Diferencia entre las arras y la donacion *propter nuptias*, aunque esta no se halla en uso en España.—5. Dificultad sobre si las arras se pueden constituir y aumentar durante el matrimonio: opinion de Suarez por la afirmativa, equiparándolas á la donacion *propter nuptias*: opinion de Gregorio Lopez sobre que esto se ha de entender quando las arras se reputen por donacion remuneratoria.—6. De esta dificultad se libertan los autores que constituyen la naturaleza de las arras en que se den por alguna de las causas espresadas.—7. Opinion de Suarez sobre que es válida la constitucion de las arras despues de contraido el matrimonio si la muger sobrevive al marido: observacion de Molina contra esta opinion.—8. Duda sobre si podrá renunciarse la presente ley interviniendo juramento para el efecto de dar en arras mas de la décima parte: opinion del señor Llamas por la negativa, por las razones que se esponen: razon que alega Covarrubias.—9. Se examina la razon de Covarru-

bias: nueva razon de este autor.—10. Razon que alega Matienzo.—11. A la opinion de que no puede renunciarse dicha ley aunque intervenga juramento, parece oponerse una ley recopilada de cuyas palabras se infiere que en el contrato de las arras no prohibe la ley que intervenga juramento.—12. Se satisface á esta dificultad diciendo que la ley recopilada habla del contrato de las arras como válido y subsistente, y la causa de espresar este contrato fue porque en la promesa de arras interviene una enagenacion perpétua, y en estas permite la ley real que intervenga juramento, mas sin que pueda servir el juramento para confirmar la promesa de las arras que esceda de la décima parte de los bienes del marido, segun opinan Acevedo, Gutierrez y Molina.—13. En virtud de la facultad que la ley les concede á los parientes, estos tienen un verdadero derecho para reclamar la parte de las arras que escede de la tasa de la ley.—14. Igual réplica debe hacerse á la nota que pone Gomez Cornejo al Gomez en la presente ley, segun se espresa.—15. Aun atendidas las leyes de Partida las arras no son lo mismo que la donacion *propter nuptias*, como se convence de las resoluciones que se esponen.—16. Diferencia que reconoce Palacios Ruvios haber entre la donacion *propter nuptias* y las arras, no obstante afirmar que aquellas se llaman en España arras.—17. El escribano que autoriza la renuncia y á quien impone la ley la pena de falsario si usa de su oficio, no incurre en ella hasta que proliera el juez su sentencia.—Nota. La pena de falsario que impone la ley, debe aplicarse con arreglo á la penalidad adoptada por el nuevo Código penal de 1848, y no á las leyes que regian al tiempo de darse esta ley.

4. Dispone la presente ley que no se pueda renunciar la del Fuero, que ordena que el marido no pueda dar en arras á su muger mas de la décima parte de sus bienes, y que si se renunciare dicha ley no valga la renuncia, y que el escribano que diere fe de algun contrato en que interviniera la espresada renuncia quede privado de su oficio, é incurra en la pena de falsario si usare de él.

2. Las arras por derecho comun era lo que sedaba en señal y seguridad del matrimonio futuro entre los esposos, de forma que venian á ser una especie de prenda como la que interviene en los contratos, ley 3, C. de spons *et arr.*, ley 1, título 11, Partida 4, Covarrubias de *matrimonio*, Partida 2, cap. 3, párrafo 7, número 8, y Antonio Gomez en la ley 50 de Toro número 12, y Molina *justitia et jure*, tract. 2, disput. 431, número 1.

3. Por derecho real de España, fundado en la presente ley, arras se llama y son la donacion ó la promesa que el hombre da ó hace á la muger antes ó despues, en remuneracion de la dote, de su nobleza ó de su honestidad. Antonio Gomez en el lugar citado, número 12, Covarrubias en el lugar citado, número 14, y Molina, disput. 431, número 2, y Matienzo en la rúbrica, tit. 2, cuestion 2, número 6. Esta definicion de las arras, aunque espresamente no se encuentra en las palabras de la ley de Toro, se infiere bastantemente de la ley del Fuero Real, á quien se refiere la ley presente, conviniendo los tres autores citados substancialmente en ella, pues sin embargo que Molina siguiendo á Alvaro Velano se inclina á que la donacion de las arras no se refiere á ninguna causa, sino que provienen de la libre voluntad del que las da, y por eso dice que en la definicion que les dió no espresó causa alguna, como en el número 9, se inclina á que las arras son una donacion remuneratoria, y que en España no se reputan por donacion gratuita sino que se pacta acerca de ellas como de un contrato oneroso, viene implícitamente á confesar que las arras se dan en remuneracion de alguna de las cualidades espresadas en su definicion.

4. Como las arras se hacen de la muger, consumado que sea el matrimonio, ley 1, tit. 2, libro 3 del Fuero Real, de forma que puede disponer de

ellas libremente no teniendo hijos, ley 2, tít. 3, lib. 40 de la Novísima, se deduce que las arras en el día según estas leyes no son lo mismo que la donación *propter nuptias*, sin embargo de que Rodrigo Suarez y Palacios Ruvios, fundados en la ley 1, tít. 41, Partida 4, pretenden son una misma cosa, pues además de que en España no está ya en uso la donación *propter nuptias*, como lo afirma Molina en el lugar citado, número 4, Antonio Gomez en esta ley, número 11, y otros, se diferencian notablemente en que el dominio de la donación *propter nuptias* era de la mujer durante el matrimonio, y disuelto este volvía al marido ó á sus herederos. Las arras al contrario todo el tiempo del matrimonio permanecían en el dominio del marido, y disuelto este debían satisfacerse á la mujer ó á sus herederos. Molina, *loco citato*.

5. De aquí resalta la dificultad de si las arras se pueden constituir y aumentar constante matrimonio, por que las arras en realidad son una donación verdadera, en virtud de la cual la mujer adquiere un derecho permanente y perpetuo á la cosa prometida, para que disuelto el matrimonio se haga suya ó de sus herederos, y las donaciones que se hacen entre marido y mujer son inválidas si no se confirman con la muerte del donante, precediendo la tradición. Haciéndose cargo Gregorio Lopez en la ley 1, título 11, Partida 4, glosa 4, de esta dificultad, apartándose del dictamen de Rodrigo Suarez, que opina que las arras por ser lo mismo que la donación *propter nuptias* se pueden aumentar y constituir constante matrimonio, dice que la opinión afirmativa se ha de entender cuando la donación de arras lo haya hecho el marido en remuneración de la nobleza de su mujer, de su gran dote ó de otra causa. Con lo que viene á confesar que solo en el caso de que las arras se reputen por donación remuneratoria podrán constituirse y aumentarse constante matrimonio.

6. De esta dificultad se libertan los autores que constituyen la naturaleza de las arras en que se den y constituyan por alguna de las causas espresadas, como son todos aquellos que se han citado cuando se trató de su definición.

7. Pretende Rodrigo Suarez en la ley 1, tít. 2, lib. 3 del Fuero Real, que sin el menor escrúpulo se ha de decir que es válida la constitución de las arras después de contraído el matrimonio, en el caso que la mujer sobreviva al marido, y se funda para esto en que por la muerte del marido se confirma la donación, aunque no fuera válida al principio, como consta de todo el tít. del C. y ff. *donat. inter vir. et uxor.* Pero como juiciosamente observa Molina, disputación citada, número 6, no tuvo presente Suarez que las arras no se entregan á la mujer en vida del marido, y para que la donación entre marido y mujer se confirme con la muerte del donante es necesario que haya precedido la tradición; *leg. Papinianus ff. de don. inter virum et uxorem.*

8. Como la presente ley prohíbe espresamente el que se la pueda renunciar para efecto de dar en arras mas de la décima parte, suscitan los autores la duda si interviniendo juramento será válida dicha renuncia. Se dividen en este punto, como regularmente sucede en otros, y eligiendo la sentencia que me parece mas conforme, digo que el juramento en este caso no confirmaría la renuncia de la disposición de la ley. La ley 28, tít. 11, Partida 5, dice así: «otro si decimos, que todo pleito que es fecho contra nuestra ley ..., que no debe ser guardado, maguer pena ó jura-

menio fuere puesto en él; «asi lo siente Covarrubias citando á otros en la parte 2, de la Recopilacion, *quavis pactum*, párrafo 2, número 15, y Matienzo en la ley 2, título 2, lib. 3. de la Recopilacion, glosa 2, número 6 y siguientes. Dos son las razones en que se funda Covarrubias en el lugar citado; la primera se reduce á lo que ha dicho en el párrafo antecedente, número 18, *v. caeterum*, de que no se puede confirmar con juramento un contrato prohibido por derecho civil, principalmente por utilidad privada, siempre que ella prohiba, no solamente el contrato, sino tambien el juramento, y á mas anule el contrato aun interviniendo juramento, como afirma lo dispone asi la ley 1, tít. de las arras, lib. 3 del Fuero Juzgo.

9. Para que esta razon de Covarrubias tuviera toda la eficacia correspondiente, debería acreditar que la ley del Fuero Juzgo estaba en observancia por las leyes de la Recopilacion; pero como la presente ley únicamente renueva la ley del Fuero Real, que no prohibe intervenga juramento en la renuncia que se haga de la misma ley del Fuero Real, no parece adaptable la doctrina de Covarrubias á la disposicion de la ley del Fuero Real renovada por la de Toro. Lo que dió motivo á Molina de *just. jure. disp.* 431, número 16, á creer que Covarrubias atribuía á la ley del Fuero Real la disposicion que refiere de la del Fuero Juzgo, y asi dice que él no encuentra tal disposicion en la ley del Fuero Real, por la cual únicamente se anula el esceso que diere de mas de la décima parte, ó el pacto de dar mas. La segunda razon se funda en que la prohibicion de la ley que anula el contrato se dirige, no en utilidad del que promete las arras, sino de sus consanguíneos, á quienes la ley les concede el derecho de repetir el esceso de la décima parte, y el juramento no puede confirmar un contrato con perjuicio de tercero, segun la decision del capítulo canónico *cum contingas de jure jurando*.

10. A esta razon de Covarrubias puede añadirse en confirmacion de su sentencia una de las que trae Matienzo en el lugar citado, número 16, negando que la disposicion de la ley del Fuero Real se dirija principalmente á la utilidad privada, porque á ser asi no prohibiría la ley que se pudiese renunciar de su disposicion, lo que sin duda concedería si tratára del derecho privado, pudiendo cada uno renunciar del derecho introducido en su favor *leg. signis in conscrib., C. de pactis*, de que se ve que la ley habla del derecho público que no se puede renunciar por los pactos de los particulares *leg. jus publicum, ff. de pactis*, y siendo asi no puede el juramento confirmar un contrato prohibido en favor del público, como lo sienta Covarrubias en el lugar citado, parte 2.^a, párrafo 1, número 1 y 2, siguiendo á Bartolo, pues á la verdad si como observan Covarrubias y Matienzo, el juramento no puede confirmar un contrato con perjuicio de tercero, mucho menos lo confirmará con perjuicio de la republica y bien público.

11. Contra la opinion que seguimos de que la ley del Fuero Real no se puede renunciar aunque intervenga juramento, parece oponerse la ley 7, tít. 1, lib. 10 de la Novísima, declarando los señores Reyes católicos la ley 11 del mismo título, en que habian prohibido que los legos se sometiesen á la jurisdiccion eclesiástica, y que se obligasen con juramento sobre cosas profanas, espresaron que su ánimo no habia sido de quitar el juramento en los contratos que para su validacion se requeria, y asimismo que no interviniese en los compromisos y contratos de dotes y arras:» y que-

remos que quede libertad á los contrayentes que en tales contratos puedan jurar». De cuyas palabras se convence que en el contrato de las arras no prohíbe la ley que intervenga juramento, ya sea que se considere como un contrato, para cuya validacion se requiere el juramento ó como un contrato válido y subsistente por su naturaleza.

12. Para satisfacer esta dificultad se ha de decir que la ley real habla del contrato de las arras como válido y subsistente, pues de otro modo hubiera sido ocioso hacer espresa mencion de él habiendo manifestado no intentaba prohibir el juramento en los contratos que lo necesitaban para su validacion, como observa Acevedo en dicha ley 12, tit. 1, lib. 4 de la Recopilacion, por lo que opina el mismo Acevedo que la causa de espresar el contrato de las arras fue porque en la promesa de estas interviene una enagenacion perpetua, y en los contratos en que interviene enagenacion perpetua permite la ley real se interponga juramento, sin que en manera alguna pueda servir el juramento para confirmar la promesa de las arras que esceda de la décima parte de los bienes del marido, segun Acevedo citando á Gutierrez. Del mismo sentir es Molina en el lugar citado, número 16, en cuanto á que la ley 7, tit. 1, lib. 10 de la Novisima, que permite el juramento en la promesa de las arras, se ha de entender en el caso que estas no escedan los límites prescritos por la ley.

13. En el mismo lugar para libertarse Molina de la dificultad que resalta de admitir el juramento como confirmatorio de un contrato en que media perjuicio de tercero, pretende que la facultad que concede la ley á los parientes para que puedan repetir el esceso no impide que la disposicion de la ley principalmente mire y se dirija al beneficio del que prometió las arras, aunque para que la ley tuviera mayor observancia les concede la repeticion á los mas próximos parientes; pero sin detenernos á indagar el fin que pudo tener el legislador, lo que no admite duda es que en virtud de la facultad que les concede la ley, los parientes tienen un verdadero derecho para reclamar y repetir la parte de las arras que esceda la tasa de la ley, y querer que el juramento revalide y confirme este contrato es pretender privar á los parientes de su derecho, y de consiguiiente que sea válido y obligatorio el juramento con perjuicio de tercero contra la disposicion del capítulo *cum contingat de jure jurando*.

14. La misma réplica debe hacerse á la nota que pone Diego Gomez Cornejo al Gomez en la presente ley, número 13, letra B, pues el que la ley del Fuero Juzgo y Real no concedan á los parientes el esceso que la arra tenga de la décima, esto no impide que si el juramento confirmara la donacion, fuera cierto el decir que se privaba en virtud de él á los parientes del derecho que la ley les otorgaba, pues el que ellos no adquieran el esceso (caso que sea este el sentido de la ley, de que por ahora prescindo) solo prueba que en el caso presente no tendrian tanto derecho como en el contrario, y el que el juramento no obligue con perjuicio de tercero igualmente rige en el menos derecho habiente que en el mas.

15. Aun atendidas las leyes de Partida las arras no son lo mismo que la donacion *propter nuptias*, como se convence por las resoluciones siguientes: por la fórmula de la escritura de otorgamiento de arras que trae la ley 87, tit. 18, Partida 3, las concede el marido á la muger para que ella y sus hijos comunes puedan tenerlas y hacer de ellas lo que quisieren como de bienes propios, y promete no venir contra esta donacion en manera al-

guna por sí ni por otro. Por la ley 7, tít. 11, Partida 4 se prohíbe al marido que durante el matrimonio de la dote y donación que dió á su muger no pueda disponer, y da esta razon, porque si se disuelve el matrimonio quede á cada uno libre lo suyo para hacer de ello lo que quisiere, y lo mismo ordena la ley 23 del mismo título, al fin, cuya disposicion no parece compatible con el dominio y libre disposicion de las arras que la ley 87 citada concede á la muger. La ley 4 y 23, tít. 11, Partida 4, quiere que los mismos pactos y condiciones que se ponen en la dote se entiendan puestos en las arras, lo que no puede conciliarse con las fórmulas de las escrituras de dote y de arras que se refieren en las leyes 86 y 87, tít. 18, Partida 3. Esta última ley en su cláusula final denota que la escritura que en ella se espresa no era conforme al derecho comun, por el que los pactos hechos acerca de las arras habian de ser conformes á los de la escritura de dote, de la cual se debe entender la palabra *donacion* de que usa la ley, pues entender por donación la de las arras, como lo pretende Gregorio Lopez en la glosa 3 de la misma ley, es atribuirle un sentido del todo absurdo, cual seria que los mismos pactos que se pongan en la carta de las arras se han de poner en la donacion de las mismas arras, y se ve por esta ley que segun fuero de España eran diferentes los pactos que se ponian en las arras de los de la dote, lo que tambien se contradice con lo que afirma la ley 4 y 23 citadas del título 11, Partida 4, especialmente cuando se ha pactado sobre la dote y se ha omitido el pactar sobre las arras ó donacion.

16. Palacios Ruvios, sin embargo de que en el párrafo 12, *rubricae de donationibus int. v. et ux.*, afirma siguiendo la ley 4, título 11, Partida 4, que la donacion *propter nuptias* por costumbre de este reino se llama arras, reconoce en el párrafo 27 que la donacion *propter nuptias*, disuelto el matrimonio, pasa al marido, asi como la dote á la muger, pero que las arras inmediatamente se hacen de la muger, y puede disponer libremente de ellas no teniendo hijos, de que se convence que hasta los que quieren suponer la identidad de las arras y donacion *propter nuptias* se ven precisados á señalar y confesar la diferencia de una y otra.

17. La última parte de la ley que priva de oficio al escribano que autoriza la renuncia, y le impone la pena de falsario si usare de él, pide examinar si en la dicha pena se incurre antes de la sentencia del juez, y se ha de decir que no incurre en dicha pena hasta que profiera el juez su sentencia, y es la razon porque aunque la espresada pena sea de aquellas que no necesitan ni requieren la accion del delincuente para su ejecucion, como nuestra ley no la impone *ipso facto* ni con otra espresion equivalente, se hace precisa la sentencia del juez para incurrir en ella, y lo mismo para incurrir en la de falsario si hubiere usado del oficio. Véase lo que se dice á este propósito en la ley 77 al fin (4).

(4) La pena de falsario á que se refiere la ley al imponerla al escribano que habiendo autorizado la renuncia de la presente ley de Toro, para el efecto de dar en arras mas de la décima parte de los bienes del marido, hiciese uso de su oficio posteriormente, no hay duda que era la que establecian las leyes vigentes al tiempo de darse dicha ley de Toro, pero habiendo establecido nuevas penas para todos los delitos el Código penal de 1848, derogándose todas las antiguas leyes penales por haberse creído conveniente reformar la antigua penalidad considerada en general como sobrada dura y desproporcionada á los delitos á que se aplicaba, no hay duda alguna que en los casos en que haya que aplicar la pena de falsario, deberá aplicarse la que impone el Código penal de 1848.

Ley 51 de Toro; es la 3.^a, tít. 2.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 2.^a, tít. 3.^o, lib. 40 de la Novísima.

Los herederos de la muger hayan las arras y no el marido en defecto de hijos.

Si la muger no oviere fijo del matrimonio en que interviniere pro-mission de arras, é no dispone espresamente de las dichas arras; que las haya el heredero, ó herederos della, é no el marido, ora la muger faga testamento, ó no.

COMENTARIO A LA LEY 51 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Se distinguen tres casos para saber la facultad que compete á la muger para disponer de las arras.—3. Disposiciones del derecho civil en el primer caso, esto es, cuando la muger ha pasado á segundas nupcias.—4. Disposiciones del mismo en el segundo caso, esto es, cuando muere viuda del primer marido.—5. Idem en el tercero, cuando muere sobreviviendo su primer marido.—6. Por derecho real, en el primer caso está obligada la muger á reservarlas á los hijos del primer matrimonio por iguales partes, por lo que no puede mejorar en ellas á ninguno de los hijos, segun opinan Suarez y Molina.—7. Opinion de Alvaro Velasco sobre que la muger, aunque pase á segundas nupcias, puede disponer libremente de las arras como de sus bienes propios, fundando mayorazgo del tercio á favor de sus hijos, y del quinto á favor de un extraño, por los fundamentos que se esponen, y á que se adhiere Molina: se rebaten dichos fundamentos.—8. Acevedo, satisfaciendo al fundamento de que las arras se adquieren título oneroso, dice, que aunque se hayan prometido por remuneracion se dan por causa de donacion.—9. Tello Fernandez, despues de referir la opinion de Suarez, dice, que se aparta de ella fundado en que no hay ley que la apoye: se opone á esto la ley de Partida que dice que si la viuda casare con otro, las arras y donaciones que le hubiese hecho el marido, queden á los hijos del primer matrimonio.—10. Igual disposicion se halla en la presente ley de Toro, cuya disposicion se espone, y de la que se infiere que la ley limita la facultad de la muger para disponer de las arras al caso de que tenga hijos.—11. O antes de la formacion de la presente ley de Toro, podia la muger disponer libremente de las arras teniendo hijos ó no: si lo primero, no hay ley posterior derogatoria; si lo segundo no podrá disponer de las arras despues de esta ley: pues en ella solo se

dispone para el caso de que no tenga hijos, dejando en vigor para cuando los tenga las anteriores disposiciones, segun se espone.—12. Opinion de Suarez en el segundo caso, sobre que la muger puede disponer libremente de la cuarta parte de las arras reservando á los hijos las tres restantes, fundado en una ley del Fuero Real: limitacion de esta opinion al caso que se espresa.—13. Opinion de Molina contra la de Suarez, fundado en que las leyes que cita solo hablan del caso en que la muger haya pasado á segundas nupcias, mas no de cuando permanece viuda, por lo que la ley del Fuero se ha de entender segun el derecho comun, que solo habla de cuando la muger se casa segunda vez, ó si habla del caso en que permanece viuda, no se debe admitir porque no se ha observado en la práctica.—14. El dictámen de Molina se halla destituido de fundamento legal, porque espresamente se dispone en el derecho comun que la muger que permanece viuda y tiene hijos, reserve la propiedad de los bienes adquiridos por parte del marido á los hijos como si hubiera pasado á segundas nupcias, y por las demas disposiciones que se esponen.—15 y 16. Si la muger tuviera la facultad que pretende Molina de disponer de las arras teniendo hijos, no haria la presente ley de Toro la limitacion que se infiere de sus palabras, *si la muger no oviere hijos*, sino que hablaria con claridad y especificacion como lo hace en la ley 14.—17. En el tercer caso es donde corrige la presente ley la disposicion de la de Toro en cuanto ordena que si muere la muger sin manda no teniendo hijos, perciba el marido las arras ó sus herederos, y manda que en tal caso la perciba el heredero de la muger haga ó no testamento, de cuyas últimas palabras se infiere que no basta que la muger haga testamento para privar de las arras á sus legítimos herederos, si no que á mas quiere la ley que espresamente disponga de ellas: no hay duda que así la ley del Fuero como la presente hablan del caso en que el marido sobrevive á la muger, por las consideraciones que se esponen.

4. Dispone la presente ley que si la muger no tuviere hijos del matrimonio en que intervino promesa de arras, y no dispone espresamente de ellas, las hagan suyas los herederos de ella, y no el marido, haga ó no testamento la muger.

2. Varian mucho nuestros autores nacionales acerca de la facultad que compete á la muger en virtud de la presente ley para disponer de las arras, y para la mayor claridad en esta materia se hace preciso distinguir tres casos. El primero cuando la muger ha pasado á segundas nupcias. El segundo cuando muere viuda del primer marido, y el tercero cuando muere sobreviviendo su primer marido. En cada uno de estos casos se ha de tener presente otra distincion, y es si tiene ó no hijos del primer matrimonio.

3. En el primer caso por derecho civil teniendo hijos perdía la muger la propiedad de todos los bienes que habia adquirido de su marido por título lucrativo, y estaba obligada á disponer de dichos bienes en favor de todos los hijos ó de uno de ellos, reservando á los demas la legítima, quedándose ella con el usufructo por todo el tiempo de su vida, *leg. 3, C. de secundis nuptiis*. Pareciéndole á Justiniano exorbitante la facultad que por esta ley se le concedia á la muger de que á su arbitrio pudiese disponer á favor de uno de los hijos, la moderó por la novela 2, C. 4, por la 22, C. 23, y por la auténtica *lucrum, h. t.*, mandando que dichos bienes se repartiesen entre todos los hijos por iguales partes, queriendo que cuanto en esta parte se disponia acerca de la muger se entendiese dispuesto para con el marido, *leg. 5, h. t.*, y las dos novelas citadas.

4. En el segundo caso disponia libremente la muger de todos los bienes, ley 5 y 6, párrafo último, y la 8, párrafo 2, C. h. t. Posteriormente moderó Justiniano esta facultad disponiendo que se reservase á los hijos la propiedad como si la muger hubiera pasado á segundas nupcias, novela 98,

y últimamente mandó que ademas del usufructo gozase una parte de la propiedad igual á la de cada hijo, como en premio de la viudedad, novela 127 y la auténtica *si tamen*, C. h. t.

5. Del tercer caso parece ocioso tratar, por ser constante que en vida del marido no adquiere la muger ni en cuanto al usufructo ni propiedad nada de lo que le proviene de este título lucrativo.

6. Esto supuesto, contrayéndonos meramente á las arras en el significado de nuestras leyes reales, se ha de decir que en el primer caso está obligada la muger á reservarlas á los hijos del primer matrimonio por iguales partes, segun hemos dicho dispene el derecho comun, que en esta parte no se halla derogado por el real, y asi dice Rodrigo Suarez, tít. de las arras, número 70, que la muger no puede mejorar en ellas á ninguno de los hijos, en lo que conviene Molina, *de primogenitis*, lib. 2, cap. 16, número 62, entendiendo dicha prohibicion, no solo á los mayorazgos que se hacen en virtud de las leyes reales, sino tambien á aquellos que se instituyen por autoridad real, número 61.

7. El P. Molina, *de just. et jure*, tratado 2, disput. 431, número 9, despues de haber referido en el antecendente la opinion de Suarez y Molina, refiere la de Alvaro Velasco, quien en la consulta 16, número 6, afirma que la muger, aunque pase á segundas nupcias, puede disponer libremente de las arras como de sus bienes propios, fundando mayorazgo, no solo del tercio en favor de alguno de sus hijos, sino del quinto en favor de extraño, y se funda en que la ley *feminae* 3 de *sec. nupt.*, y las auténticas que hacen mencion de ella solo hablan de aquellos bienes que adquiere la muger del primer marido título lucrativo, pero no de aquellos que se adquieren título oneroso, como son las arras que se creen dadas en recompensa de la dote, virginidad etc. A mas que las cosas dadas en remuneracion no se entienden comprendidas en la ley *feminae*. Esta opinion de Velasco dice Molina que le parece bastante probable, porque las arras en España no se dan gratuitamente, sino que se pacta acerca de ellas á modo de un contrato oneroso, de manera que la muger no quiere convenir en la boda si no se la da tanto por razon de arras. En satisfaccion de los fundamentos de la opinion de Alvaro Velasco y de Molina, digo que el que las arras se den en recompensa de la dote, virginidad ó nobleza (aunque parece dudar de esto el mismo Velasco en la consulta 2, en donde afirma que á ninguna causa determinada se atribuye la promesa de las arras, segun las leyes; pero por la práctica y costumbre del dia se dan las arras con el fin de que la muger se halle con mas bienes para mantenerse en el estado de la viudedad) no impide el que se deban reservar á los hijos, pues á mas de que esos títulos no se deben tomar rigorosamente por un contrato oneroso, esto se ve claramente en la ley 52, que dispone que la muger, disuelto el matrimonio, lucre y gane la mitad de la donacion esponsalicia por el ósculo, y el todo por la cópula, como en recompensa, y sin embargo tiene que reservar esta ganancia á los hijos: si se quiere decir que esta donacion no se hace en recompensa, sino condicionalmente, y que verificada la condicion de la consumacion del matrimonio la adquiere la muger con la obligacion de reservarla á los hijos, se replica que lo que se le concede por el ósculo no se le da *sub conditione*, y aunque despues se consume el matrimonio no debe la muger disponer libremente de lo que ganó por el ósculo, sino reservarlo á los hijos, pues seria preciso decir que en virtud de este contrato la muger ponia precio á su vir-

ginidad ó su nobleza, lo que no sería menos absurdo que si lo intentara poner á su hermosura, discrecion ú otra prenda personal, sino por un motivo honesto y decoroso con que el marido pueda manifestar á su esposa su afecto y estimacion, sin contravenir á las leyes que justamente prohiben las donaciones entre marido y muger. Esto mismo persuade la limitacion que pone la ley del Fuero Real, pudiendo hallarse tanta variedad entre los bienes del marido y circunstancias personales de la esposa, sin que el que se pacte en razon de las arras pueda constituir las en la clase de contrato oneroso, al modo que aunque se pacte acerca de las dotes, como sucede no pocas veces, no se consideran por una recompensa ó remuneracion de las cualidades del marido.

8. Acevedo en la presente ley, satisfaciendo al fundamento de que las arras se adquieren título oneroso, dice con Castillo en la ley 50 de Toro, número 9, en la 1.^a y 2.^a concordancia, que aunque las arras se hayan prometido por via de remuneracion, aun entonces se dan por causa de donacion.

9. Tello Fernandez en la ley 19 de Toro, número 12, despues de referir la opinion de Rodrigo Suarez y Palacios Ruvios, en rúbrica *de donationibus inter virum et uxorem*, párrafo 27, número 1, y mas espresamente en el Comentario á la ley 14 de Toro, número 10, donde pone por escepcion, las arras, de la doctrina que establece en el número 8, y que es conforme á la que dió en el párrafo 50, número 53, *Rub. de donationibus inter virum et uxorem*, se aparta de ella, fundado en que no hay ley que la apoye, pues la del Fuero Real no tiene fuerza, si no se prueba que está en uso, y en su tiempo ni vió ni oyó que se usase, y de aqui concluye que faltan los fundamentos de que se sirve Suarez para su opinion. Se ve por esta doctrina de Tello que habla generalmente, tanto en el caso en que la muger pasa á segundas nupcias, como en el que permanece en la viudedad, y prescindiendo por ahora si hay ó no diferencia entre uno y otro caso para la presente cuestion, es digno de estrañarse diga Tello que se avergüenza de hablar sin ley cuando está terminante la 26, tít. 13, Partida 5, cuyas palabras son las siguientes: «Marido de alguna muger finando, si casase ella despues con otro, las arras é las donaciones que el marido finado le oviere dado en salvo fincan á sus hijos del primer marido, é debennas cobrar é haber despues de la muerte de su muger.»

10. Ni es sola la ley de Partida la que espresamente dispone en este punto, sino tambien la presente ley de Toro manifestamente ordena lo mismo en punto de reservar las arras á los hijos por estas palabras: «Si la muger no hubiere hijo del matrimonio en que interviene promision de arras, que las haya el heredero ó herederos de ellas;» de que se deduce que la ley limita la facultad de la muger para disponer de las arras al caso de que no tenga hijos, luego cuando los tiene no puede disponer de las arras, como juiciosamente lo infiere Acevedo al número 2. Que esta ilacion sea arreglada y conforme al sentido de la ley se convence claramente de la otra limitacion que pone de que si la muger no dispone espresamente de las arras las haya su heredero, luego si dispone espresamente en favor de otro no las tendrá su heredero, luego espresamente puede disponer de ellas en favor de otro que su heredero. Si esta consecuencia es legitima, como no pueden menos de confesar todos los de la opinion contraria, deberán reconocer de buena fé que tambien la antecedente ilacion es legitima y conforme al sentido de la presente ley.

11. A mas, ó antes de la formacion de la presente ley de Toro podia la muger disponer libremente de las arras teniendo hijos, ó no podia: si lo primero, señálese la ley que le concedia esa facultad, que sin duda deberia ser derogatoria de la que dejamos citada de la Partida: si lo segundo, ni despues del establecimiento de esta ley podrá disponer libremente de las arras, porque en ella solo se dispone para el caso en que no tenga hijos, y de consiguiente para cuando los tenga se refiere ó deja en su vigor las anteriores disposiciones, pues el fin de la presente ley fue corregir la del Fuero en la parte que ordenaba que si la muger no teniendo hijos moria intestada, heredase las arras su marido ó los herederos de este, de que se infiere que al tiempo de la formacion de las leyes de Toro estaba en observancia la del Fuero en la parte que la deroga la presente ley, pues de otro modo era ociosa la derogacion, y si la ley del Fuero estaba en observancia en el caso que la muger no tenia hijos, con mas razon debia creerse la tenia cuando tuviese hijos, porque en esta parte convenia y era conforme con la disposicion de la ley de Partida citada.

12. En el segundo caso quiere Rodrigo Suarez al núm. 72 y 73 que la muger solo pueda disponer libremente de la cuarta parte de las arras, reservando á los hijos las tres restantes, fundándose para esto en la ley del Fuero Real, que dispone «que si la muger, habiendo fijos de este marido, finare, pueda dar por su alma la cuarta parte de las arras á quien quiere, é las tres partes finquen á los fijos de aquel marido de quien los hubo.» Como no prueba Rodrigo Suarez que la ley del Fuero esté en uso en esa parte, ni se halle confirmada por alguna ley real posterior, con razon deberia dudarse de la ilacion de Suarez, y solo deberia entenderse para efecto de hacer alguna obra pia en favor de su alma, pero no para dejar dicha cuarta parte á beneficio de tercero.

13. El señor Molina, de *primogenitis*, se aparta de esta opinion de Suarez en el núm. 64, fundado en que las leyes que ha citado arriba (y son las que espresa en el núm. 60) solo hablan del caso en que la muger haya pasado á segundas nupcias, pero no de cuando permanece viuda, por lo que opina que la ley del Fuero, ó se ha de entender segun el derecho comun, que solo habla de cuando la muger se casa segunda vez, ó si precisamente dispone del caso en que permanece viuda, no se debe admitir, porque hasta ahora no se ha observado en la práctica, y las leyes del Fuero no obligan si no están recibidas en uso, por lo que afirma que la muger que permanece viuda puede disponer libremente de las arras fundando mayorazgo de ellas, segun permiten las leyes, aunque tenga hijos.

14. Pero este dictámen del señor Molina se halla tan destituido de todo fundamento legal, que espresamente se dispone en el derecho comun que la muger que permanece viuda y tiene hijos reserve la propiedad de los bienes adquiridos por parte del marido á los hijos, del mismo modo que si hubiera pasado á segundas nupcias, novela 98 citada; y por la 127 se le permite que ademas del usufructo goce una parte de propiedad igual á los demas hijos, á cuya disposicion parece alude la de la ley del Fuero que le permite disponer de la cuarta parte en favor de su alma, y ya que, segun Molina, no esté en uso esta ley, deberán estarlo las novelas citadas, mayormente no hallándose derogadas por las leyes reales; y si el no haber disposicion real que derogue las leyes del derecho comun que dis-

pone en el primer caso, le hace confesar á Molina que deben seguirse, por la misma razon deberán observarse las novelas citadas en el segundo caso, negando á la muger la facultad de disponer de las arras teniendo hijos, sin acudir á si la ley del Fuero está ó nó en uso.

15. Si la muger tuviera la libre facultad que pretende Molina de disponer de las arras teniendo hijos, no hiciera la presente ley de Toro la limitacion que se infiere de sus palabras, «si la muger no oviere fijo,» sino que hablaria con la claridad y especificacion que se ve lo hicieron los que intervinieron en su formacion, en la ley 44 tratando de los bienes adquiridos constante matrimonio, en donde clara y distintamente espresan que aunque cualquiera de los contrayentes pase á segundas nupcias, disuelto el primer matrimonio, del que hayan tenido hijos, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados como de los demas bienes que no hubiesen sido de ganancia.

16. No parece creible que los que hablaron con tanta especificacion en la ley 14, precaviendo las dudas que podian suscitarse de las disposiciones del derecho comun, formasen la ley presente, dándola principio con unas palabras, que si no tienen el significado y sentido que les dan los autores de la opinion negativa, no son del todo supérfluas y vanas.

17. En el tercer caso es donde manifestamente corrige la presente ley la disposicion de la del Fuero en la parte que ordena que si muere la muger sin manda, no teniendo hijos, perciba el marido las arras ó sus herederos, y manda que en tal caso las perciba el heredero de la muger, haga ó no testamento. De estas últimas palabras se infiere que no basta que la muger haga testamento para privar de las arras á sus legítimos herederos, sino que á mas quiere la ley que espresamente disponga de ellas. Que asi la ley del Fuero como la presente ley hablen del caso en que el marido sobrevive á su muger, no admite la menor duda, pues de otro modo ni las arras quedarian á beneficio suyo, segun la ley del Fuero, ni la de Toro podia corregir á la del Fuero en esta parte, y serian ociosas las dos leyes, la una por conceder, y la otra por negar y privar del derecho de percibir las arras á quien no existia; debiéndose tener presente que cuando la ley del Fuero ordena que si la muger no tuviere hijos haga de sus arras lo que quisiere, *quier en vida, quier en muerte*; en la parte que le permite disponer en vida se ha de entender estando viuda, pues viviéndole su marido no puede en vida disponer de las arras ni de la dote, por corresponder al marido el usufructo y administracion de estos bienes para soportar las cargas del matrimonio, como sábiamente observa Rodriguez Suarez en el lugar citado, núm. 72.

Ley 52 de Toro, es la 3.^a, tít. 2.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 2.^a, tít. 3.^o, lib. 40 de la Novísima.

Modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida ó por muerte de alguno de los desposados.

Cualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la oviere besado, la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le óviere dado, y tórnese á los herederos del esposo; pero si cualquiera de ellos muriere despues de consumido el matrimonio, que la muger é sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados, le ovo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento é matrimonio; pero si arras oviere que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos ella muerta tomar las arras ó dejarlas é tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado. Lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y si no escogieren dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.

COMENTARIO A LA LEY 52 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. Esta ley es acaso la mas antigua de cuantas españolas se han conservado hasta nosotros: la formó Constantino, quien la remitió á Tiberiano, vicario de las Españas.—3. Opinion de Masdeu sobre que no se insertó en el Código visogodo primitivo, sino en el Fuero Juzgo castellano.—4. Opinion contraria del señor Lardizabal que la atribuye á Recesvinto.—5 al 14. Se rebate esta opinion de Lardizabal observando que en ninguno de los Códices latinos que tuvo presente la Academia para su edicion se encuentra la citada ley, por lo que debió ser una adicion que se hizo al tiempo de la traduccion, y las demas consideraciones que se espresan.—15. Dicha ley de Constantino se insertó en el código Teodesiano y en el de Justiniano, de donde se tomó para insertarla en la traduccion que se hizo al castellano del Código visogodo latino en el siglo XIII, no á la letra, sino substan-

cialmente.—46. También se halla substancialmente la ley de Partida que se cita.—47. Fazaña del Fuero Viejo que contiene dicha disposición.—48. También se halla dicha ley en el Fuero Real.—49. Finalmente, se insertó en las leyes de Toro según se ve por la disposición de la presente.—20. Esta ley de Toro se dió para aclarar la del Fuero Real que concedía indistintamente la donación esponsalicia y las arras á la muger después de consumado el matrimonio.—21 y 22. Disposiciones del derecho civil romano sobre esta materia.—23. Por nuestro derecho se dispuso lo que se ha espuesto en los números anteriores.—24. Duda sobre si por el beso que precedió á los esponsales adquirirá la esposa la mitad de los bienes de la donación que después le hizo el esposo: opinion por la negativa de Castillo, Palacios Ruvios y Covarrubias.—25 y 26. Duda si cuando la cópula ha precedido á los esponsales podrá adquirir la esposa el todo ó la mitad de los bienes de la donación esponsalicia: opinion de los mismos autores y de Gomez por la negativa; por las razones que se espresan.—27. Duda si cuando habiendo precedido los esponsales y el beso se verificó antes de que el esposo hiciera la donación esponsalicia á la esposa, podrá esta lucrar la mitad de lo que el esposo la hubiera dado: opinion de Gomez y Matienzo por la afirmativa: fundamentos en apoyo de esta opinion de Gomez y del señor Llamas.—28. Duda sobre si cuando la cópula ha precedido á la donación esponsalicia, podrá la muger lucrar los bienes donados en virtud de la disposición de la presente ley: opinion de Castillo por la negativa.—29. Idem de Gomez por la afirmativa, por las razones que espone.—30 al 34. Se rebate esta opinion y las razones en que se funda.—35 y 36. Opinion de Acevedo en el mismo sentido que Gomez: se espone las palabras y razones de este autor.—37. Antes de pasar á rebatir estas razones, se espone lo que es *sponsalitia largitas*.—38. Se recuerda la diferencia entre esponsales de futuro, de presente y matrimonio consumado.—39. Se examina si la virtud que tiene la cópula de consumar el matrimonio rato ó de presente se estiende también á los esponsales de futuro.—40. Resoluciones del derecho canónico sobre este punto.—41. Idem de las leyes de Partida que siguieron á esta.—42. Por real cédula de 12 de julio de 1564, quedaron derogados los capítulos canónicos citados, que ordenaban que los esponsales de futuro pasasen á ser matrimonio consumado por la cópula subsiguiente.—43. Se pasa á esponer los sólidos fundamentos de la opinion contraria á la de Acevedo.—44. Estraneza de que Acevedo después de convenir en que el beso se ha de dar contraídos los esponsales, verifíquese ó no la donación antes ó después del beso, saque la consecuencia de que aun cuando la cópula preceda á la donación y los esponsales lucre la muger lo que se le hubiese dado, porque en ambos casos milita igual razon.—45 y 46. Se rebate dicha consecuencia de que en ambos casos milita igual razon.—47. Se espone las palabras de la ley por las que requiere para que la esposa gane por el beso la mitad de lo que el esposo la hubiese dado, que la donación se haya hecho antes de consumado el matrimonio, por lo que debe entenderse lo mismo para que gane la esposa por la cópula que consuma el matrimonio todo lo que el esposo le hubiese dado.—48. No satisface que diga Acevedo que las palabras de la ley, antes de consumado el matrimonio solo se ponen para diferenciar el caso de la cópula del beso en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar y no por consideración á que preceda el beso y la cópula á la donación, por las consideraciones que se espone.—49. Además la donación esponsalicia trayendo envuelta la condición de que se contraiga el matrimonio, lo que no puede verificarse cuando la cópula precede á la donación, se ha de decir que para que tenga efecto la condición indicada de la donación y la disposición de la ley, se ha de hacer antes que intervenga la cópula.—50. Se objeta que después que la ley real permitió que la donación esponsalicia pudiera tener lugar entre los esposos de presente, cesó aquella condición de que se verificase el matrimonio.—51. Se contesta que no obstante es innegable que en lugar de la condición enunciada substituyó nuestra ley la de que se consumase el matrimonio por las razones que se espone.—52. Trayendo la donación esponsalicia la condición de que se consuma el matrimonio, sería absurdo presumirla en una donación que se hiciese después de consumado éste, por lo que no puede tener lugar en la donación posterior á la cópula por la que se consuma aquel.—53. Se rebate la opinion de Gomez, Ayora y Acevedo de que según costumbre de España, el matrimonio no se dice consumado hasta que se celebren las velaciones, aunque haya precedido la cópula.—54. Opinion de Acevedo sobre que las palabras de la ley *consumado el matrimonio* se deben entender del matrimonio consumado por las velaciones y traslación de la esposa á casa del esposo.—55. Consecuencias que se seguirían de esta doctrina.—56. La donación esponsalicia se concede á la esposa

en la parte ó en el todo por la satisfaccion que ha recibido el esposo por el beso ó cópula, y no resultando al esposo ninguna de estas satisfacciones por el acto de las velaciones, debia cesar la recompensa: tambien se habria de decir que por la presente ley se derogaba la disposicion del derecho civil y real que prohiben la donacion entre marido y muger.—57. Esta ilacion obra mas directamente contra Gomez, cuya doctrina se critica, pues no es conciliable que la donacion que el esposo hace á la esposa de presente, esté comprendida en la prohibicion de la ley de hacerse donaciones marido y muger, y no lo esté la que se hace despues de consumado el matrimonio.—58. Se rebate la doctrina de Acevedo sobre que las palabras antes de consumado el matrimonio, se ponen para diferenciar el caso de la cópula de el del beso en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, pero no en cuanto á la precedencia que haya de tener el beso ó la cópula á la donacion ó esta á aquellos: la ley supone que la donacion ha de haber precedido á la consumacion del matrimonio en el caso que haya de lucrar la mitad de la donacion esponsalicia por el beso.—59. Igual precedencia supone la ley en la donacion en el caso de que despues de consumado el matrimonio se disuelve por la muerte, por el racionio que se espone.—60. Para hacer mas demostrable este racionio se observa que la ley despues de consumado el matrimonio, no da á los casados el nombre de esposo y esposa, sino el de marido y muger.—61. Se rebate el supuesto de Acevedo, de que entre el caso del beso y la cópula no hay mas diferencia que la mayor ó menor cantidad que gana la esposa en uno de ellos, de que infiere que así como en el caso del beso no le impide á la muger para ganar la parte que la ley le señala, el que la donacion haya sido posterior ó subsiguiente á él, lo mismo se ha de decir en el caso de la cópula.—62. Es incomprensible la ilacion que saca Acevedo de las palabras de la ley, pero si cualquiera de ellos muere despues de consumado el matrimonio, diciendo que no pone esta clausula la ley cuando se verifica la muerte antes de la consumacion del matrimonio, con lo que supone que hay distincion entre la cópula y la consumacion del matrimonio en el caso de la ley.—63. Se rebate otra ilacion de Acevedo sobre que para la adquisicion que habia de hacer la muger de lo que el marido le hubiese dado, no hacia distincion si la donacion habia sido antes ó despues del beso ó la cópula.—64. Es pues falsa la opinion de Ayora, Gomez y Acevedo con referencia á lo que se observaba en la época anterior al Concilio de Trento en que se formó esta ley: respecto á la época posterior al Concilio, debe decirse que la donacion hecha despues de haber mediado la cópula, será válida en cuanto á la mitad, que adquirirá la esposa, perteneciendo la otra mitad á los herederos del marido si no llega á celebrarse el matrimonio por la cópula subsiguiente á su celebracion.—65. Se observará en este caso lo mismo que dispone la ley en el del beso, esto es, que supuestos los esponsales, es indiferente para que la esposa lucre la mitad de lo que el esposo le hubiese dado, que el beso sea anterior ó posterior a la donacion, como no se haya verificado la consumacion del matrimonio.—66. Opinion de Gregorio Lopez sobre que si la donacion que hace el esposo á la esposa fuera posterior á la consumacion del matrimonio, nada lucraria la esposa.—67. Si la donacion la hace la esposa al esposo, y esta muere antes de celebrarse el matrimonio, lo donado al esposo debe volverse á los herederos de la esposa, haya ó no intervenido ósculo ó cópula.—68. No debe estrañar lo dicho sobre que por la cópula en los esponsales de futuro, despues del Concilio de Trento, ganara lo mismo la esposa por el beso, por las razones que se alegan.—69 y 70. Error de Febrero al afirmar que si el beso fue anterior á los desposorios nada ganaria la esposa, porque el beso y cópula anteriores á los esponsales estan prohibidos, por lo que ve que se funda en la justicia y moralidad de la accion del beso, siendo así que la ley prescinde de la intencion ó afecto con que el esposo besa á la esposa, y solo exige por título suficiente la cualidad personal de esposos, y como esto no se verifica cuando el beso precede á los esponsales, de aqui que la esposa nada gane por el beso que le dió el esposo antes de tener esta cualidad.—71. Error de los que dan al beso del hombre á la muger una malicia grave y mortífera, aunque no vaya acompañado de delectacion carnal y sensible.—72. Duda sobre si las joyas ó vestidos preciosos que el esposo da á la esposa, contraidos los esponsales ó al tiempo de celebrarse el matrimonio, estarán ó no comprendidos en su disposicion: opinion de Castillo por la afirmativa.—73. Idem de Gomez y Matienzo en igual sentido.—74. Se adhiere el señor Llamas á esta opinion, esponiendo las palabras de la ley.—75. Opinion de Gregorio Lopez por la negativa, fundado en varias leyes civiles.—76 al 78. Se rebate esta opinion, pues dichas leyes civiles tienen por nula la donacion que el esposo hace á la esposa con condicion de

que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio, y la ley real tiene por válida en cuanto á su mitad la donacion que el esposo hace á la esposa de presente despues de verificado el matrimonio.—79. Opinion de Acevedo distinguiendo que si la muger segun la condicion de su estado no puede presentarse en público sin ser notada, sino lleva aquellas joyas y vestidos, los hará suyos, mas no de lo contrario.—80 y 81. No deben admitirse tan voluntarias distinciones, pues las palabras de la ley no admiten distincion de precioso ó no precioso, segun reconoce el mismo Acevedo.—82 al 85. Palacios Ruvios siguió la opinion negativa en un pasaje, pero en otro que se cita, escrito despues, varió su opinion por la afirmativa.—86 y 87. Se comprueba la opinion afirmativa con una ley recopilada que señala la cuota de que no debieran escder las joyas y vestidos escesivos que es lo mismo que preciosos, que el esposo daba á la esposa para que esta los pudiese adquirir, de que se infiere, que no escdiendo de dicha cuota los podia adquirir la muger.—88. Descuido de Gregorio Lopez y Acevedo en no mencionar esta ley.—89. Esta ley recopilada derogó en parte la ley de Toro, pues ordenando que la donacion esponsalicia no pudiese escder de la octava parte de la dote, no se podia hacer cuando la esposa no llevaba dote.—90. Si la esposa hace donacion al esposo, no debe regir la disposicion de la ley recopilada de que la donacion esponsalicia no haya de escder de la octava parte de la dote.—91. Continúa esponiéndose la disposicion de la ley de Toro, por la que se da á entender que hay una diferencia notable entre las arras y la donacion esponsalicia.—92. Las arras se consideran por derecho comun como una prenda que el esposo daba á la esposa en seguridad de que contraeria matrimonio con ella.—93. No se han de confundir las formas de la constitucion de arras con la que pone la ley 87, tit. 48, Part. 3, que corresponde á la donacion *propter nuptias*, á que llama arras.—94. Las arras de que hace mencion la presente ley de Toro, son cosa muy diversa de la que supone el derecho comun y la ley de Partida citada.—95. Las arras son, pues, la donacion que el esposo hace á la esposa antes ó despues del matrimonio en recompensa de la honestidad, virginidad, nobleza ó demas prendas personales.—96. En este concepto habló de las arras la ley del Fuero Juzgo que se cita.—97. En igual sentido dice una ley del Fuero Real, que las arras que se den á la muger no escedan de la décima parte de los bienes del marido.—98. Y en este concepto concede la presente ley de Toro á la muger, que disuelto el matrimonio pueda elegir quedarse con las arras ó con los bienes de la donacion esponsalicia.—99. Acevedo distingue bien las arras en el concepto de prenda ó seguridad, de cuando se hacen por via de donacion remuneratoria de alguna cualidad personal de la muger.—100. La donacion esponsalicia es la que hace el esposo á la esposa con condicion implícita y virtual de que se verifique el matrimonio y no puede escder de la octava parte de la dote.—101. Diferencias por lo espuesto entre las arras y la donacion esponsalicia.—102 y 103. La disposicion de la ley sobre que en caso que el esposo hubiera besado á la esposa, haga esta suyo la mitad de lo que aquel le hubiese dado muriendo antes de haberse consumado el matrimonio, y no habiéndola besado, vuelva la esposa ó sus herederos al esposo ó los suyos, todo lo que este le hubiese dado, debe estenderse al caso en que la muerte de uno de los esposos impidió que se verificase el matrimonio.—104. Si el matrimonio no se celebra por falta de voluntad de uno de los esposos, debe volver la donacion la esposa, si fue por culpa suya, segun la ley de Partidas que se espone.—105 al 108. Si habiendo intervenido ósculo, la esposa se escusa sin justa causa á celebrar el matrimonio, la opinion de que la esposa ganará la mitad de cuanto el esposo la hubiera dado, no deja de presentar alguna apariencia de razon por las consideraciones que se esponen.—109 y 110. Duda sobre qué deberá hacerse cuando el matrimonio no ha llegado á verificarse ó se ha disuelto antes de su consumacion por haber elegido uno de los esposos hacerse religioso: se decide que si no hubo ósculo, el esposo deberá recobrar lo que dió, por las consideraciones que se esponen.—111. Si hubo beso, y es la esposa la que entra en religion, ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y así opinan Covarrubias, Acevedo y Matienzo.—112. Se adhiere el señor Llamas á esta opinion, aunque no tiene por sólido el fundamento de dichos autores.—113. La razon consiste en que por el beso supone la ley que se celebra entre los esposos un contrato oneroso en que el esposo vende la mitad de los bienes donados y la esposa los compra por el beso, y como para la rescision de todo contrato es necesaria la devolucion de la cosa y su precio, no pudiendo devolverse el beso, no puede rescindirse, y cada cual retiene lo que recibió.—114. Cuando es la esposa la que ha hecho la donacion al esposo, deberá este volver los bienes que hu-

biese recibido de la esposa, interviniese ó no ósculo, y cualquiera que sea el que ha entrado en religion.—115. La razon es porque en tal caso el contrato es enteramente lucrativo por parte del esposo que recibió el beso y la donacion, por lo que puede rescindirse.—116. Conformidad con esta doctrina de la ley de Partida que se cita.—117. Razon que da una ley de Partida análoga á la espuesta.—118. Duda sobre si tendrá lugar la ley de Toro en el matrimonio y esponsales putativos.—119 al 124. Si se contrae sabiendo ambas partes el impedimento, gana la muger la mitad de lo que el esposo le dió, habiendo ósculo, por las disposiciones que se esponen.—122. Si hubo mala fé por ambas partes, ninguno ganará lo que la otra le haya dado, interviniese ó no ósculo, porque faltaba el titulo verdadero ó presunto de los esponsales, en cuyo caso el beso no se considera esponsalicio, sino sensual, con lo que está conforme la ley de Partida que se cita.—123. Si la muger sabia solo el impedimento nada puede lucrar de la donacion que le hizo el esposo, haya ó no ósculo, porque este no fue esponsalicio, segun la disposicion análoga de las Partidas que se cita: si solo lo sabia el marido, ganará la muger la mitad de lo que el esposo la hubiere dado, habiendo ósculo.—124. Cita de los autores donde se encuentra la doctrina espuesta.—125. Duda sobre si por la cópula ganará la muger el todo de la donacion que le hubiere hecho el esposo: opinion de Posadilla, sobre que la esposa, asi en los esponsales nulos como en el matrimonio no consumado nulo, conraido de buena fe por la muger, ganará esta la mitad de lo que el esposo le hubiese dado, si hubo ósculo, y en el caso de consumarse el matrimonio no ganará la muger el todo de lo que recibió del esposo: inconsecuencia de Posadilla en esta distincion.—126. Continúa rebatiéndose la opinion de Posadilla, por lo que debe decirse que lo mismo que se ha dicho en el caso de los esponsales y matrimonio rato nulos, se ha de observar en el matrimonio consumado de la misma especie.—127. El mismo Posadilla parece dudar si en los esponsales de futuro, no llegando á verificarse el matrimonio, ganará la muger por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiese dado.—128. Posadilla hubiera depuesto su duda si hubiera tenido presente que la ley de Constantino de que se formó la de Toro, solo dirige su disposicion á los esponsales de futuro, en lo que la copia la ley de Toro, estendiéndola al matrimonio de presente.—129. Claridad de las demas palabras de la ley, por lo que no se comentan.

1. Dispone la presente ley que toda esposa, bien sea de presente, bien de futuro, gane, si el esposo la hubiere besado, la mitad de lo que le hubiere dado antes de consumado el matrimonio, sea ó no precioso; y no habiéndola besado no gane nada. Pero si cualquiera de los esposos muere despues de consumado el matrimonio, la muger ó sus herederos ganen cuanto el esposo le hubiere dado, con tal que no haya arras en dicho matrimonio, pero habiéndolas quede al arbitrio de la muger ó de sus herederos escoger las arras ó lo que el esposo le hubiere dado, cuya eleccion la haya de hacer dentro de veinte dias despues de requerida por los herederos del marido, y no haciéndolo dentro de dicho término tengan estos la eleccion.

2. Merece notarse esta ley por la particularidad de ser acaso la mas antigua de cuantas leyes españolas se han conservado hasta el dia entre nosotros. La formó y sancionó el emperador Constantino Magno en el año de 336, quien la remitió para que la hiciese observar á Tiberiano, vicario de las Españas, que entonces residia en Sevilla, segun se convence del epígrafe de la misma ley en el código Teodosiano, donde despues se insertó, y es la 5, tít. 5, lib. 3 de dicho código, siendo de presumir que se trasladase despues al breviario que formó Aniano, del cual entresacaron los Reyes godos lo que tuvieron por conveniente insertar en su código.

3. Hablando de esta ley el sábio y crítico historiador don Juan Francisco Masdeu en el tomo 11 de su Historia crítica de España, pág. 285 de la impresion de Madrid de 1792, es de parecer que la espresada ley no fue ni estuvo en el código visogodo primitivo ó latino, sino que se insertó despues

en el Fuero Juzgo, y así dice en el lugar citado: «lo que añade el Fuero Juzgo del beso que se daban los contrayentes, debe de ser estilo mas moderno por mas que se ponga bajo el título de la ley de Recesvinto, porque en el código visogodo no hay tal ley ni la menor insinuacion de tal costumbre.»

4. El señor don Manuel de Lardizabal se aparta del dictámen de Masdeu en el docto y erudito prólogo que ha puesto á la edicion que acaba de publicar la real academia de la lengua del código visogodo latino, que es la primera que se ha verificado en España, y opina al fólío 39 que hay buenas razones que persuaden que la citada ley se incluyó en el código visogodo. «Es verdad, dice, que la ley no se halla en ningun código latino; pero todos los castellanos le dan por autor á Recesvinto, y antes se debe creer que se tomó de algun original que no ha llegado á nosotros, que el que habiéndose formado al tiempo de hacerse la version se le hubiese dado un autor supuesto, no descubriéndose razon ni motivo alguno razonable para esta suposicion y falsedad, pues en la misma version hay muchas leyes que carecen de autor, sin que por esto dejen de estar suficientemente autorizadas, y las ya citadas de los denuestos, que ciertamente fueron hechas después de los godos, se ha visto que no tienen autor, sino en la edicion de Villadiego, por una mera voluntad suya. Tambien es cierto (continúa) que en el código visogodo no hay la menor insinuacion de dicha costumbre, pero la habia entre los españoles desde antes que los godos viniesen á España, como lo prueba la ley 5, tít. 5, lib. 3 del código Teodosiano, que contiene á la letra la misma resolucion, y se hizo determinadamente para España.» Hasta aquí Lardizabal.

5. Acerca de esta esposicion del señor Lardizabal conviene observar que en ella se reconoce que en ninguno de los códigos latinos que ha tenido presente la academia para su edicion, que segun confesion de la misma han sido nueve, sin contar el que publicó Lindembrogio, se encuentra la citada ley, ni en el código visogodo se hace la menor mención de dicha costumbre. Si, pues, en los códigos latinos visogodos que debieron haber servido de originales para la traduccion, no se halla la ley que se disputa, ¿qué aprecio deberán merecer unas copias que no estan conformes, sino que discrepan de sus originales?

6. Para precaver este argumento dice el señor Lardizabal que pudo haberse perdido el original de donde se sacó la copia. ¡Miserable efugio á la verdad! El hecho ciertamente cabe en la esfera de posibilidad, pero está muy distante de la verosimilitud y probabilidad.

7. Seria ciertamente una especie de prodigio en los acaecimientos humanos que habiéndose conservado nueve códigos incorrectos y defectuosos se hubiese perdido solo el original ó corregido; pero demos que hubiese existido un código latino en que se hallase la espresada ley, ¿qué fé mereceria este código en contraposicion de tantos otros que no la traían? El mismo señor Lardizabal nos suministra la decision de esta duda en un caso del todo semejante.

8. Hablando al folio 34 de su prólogo de la ley 12, tít. 2, lib. 7, que ningun código latino la atribuye al rey don Rodrigo, y solo uno castellano le da por autor, afirma que no debe dársele crédito. Si habiendo un código castellano que atribuye una ley á un Rey, sin que ninguno de los latinos lo hagan autor de ella, no debe ser creído segun el señor Lardizabal, ¿cuánta mas razon no deberá ser tenuta por legítima y genuina una ley

que aunque la "traen" los códigos castellanos no hace mencion de ella ninguno de los latinos?

9. Todavía era menester para dar alguna apariencia y colorido de probabilidad á la opinion del señor Lardizabal suponer que el código latino de que se copió la ley de que hablamos fuese de época anterior al Alben-dense y Emiltense, que se copiaron poco mas de dos siglos de la muerte del rey Egica, autor de la última coleccion del código visogodo, porque si era posterior, la presuncion y la sana crítica estaban á favor de dichos códigos, como de tiempo mas inmediato al en que se formó el código original. La gallardía de la escritura que se echa de ver en ambos códigos ofrece una presuncion muy fundada de que no seria menor el cuidado y diligencia que pondrian los copiantes en buscar y elegir códigos correctos y exactos que el esmero que tuvieron en copiarlos con exactitud, y escribirlos con elegancia y gallardía.

10. Prescindiendo todavía de estas congeturas, en cierto modo comunes y generales pasemos á otra particular y mas concreta al asunto. Asi la academia como el señor Lardizabal al folio 2 y 40 de sus respectivos prólogos, son de parecer que para la copia ó traduccion que se hizo del Fuero latino visogodo al castellano se tomó por original el código del cabildo de san Isidro de la ciudad de Leon, y otro muy semejantes; si, pues en este no se encuentra la mencionada ley, ¿qué consecuencia puede inferirse mas legítima de que dicha ley fue una adición que se hizo al tiempo de la traduccion?

11. El señor Lardizabal reconoce tambien la legitimidad de esta ilacion al folio 38 de su prólogo, donde hablando de algunas leyes que se hallan en los códigos castellanos sin estar en los latinos, dice lo que sigue: «otras leyes se encuentran entre las castellanas que no se hallan en los códigos latinos, y por consiguiente se formaron é insertaron al tiempo de hacerse la version ó de escribirse los códigos en que se hallan.» Si la ley de que tratamos se halla en el mismo caso, ¿qué causa ó razon puede haber para reputarla como parte integral y legítima de la legislacion visogoda, y negar á las otras esta cualidad ó prerogativa, y no decir de ella lo que se dice de las demas que se formaron é insertaron al tiempo de hacerse la version, ó de escribirse los códigos en que se hallan, sino que se recurre al arbitrio ó medio extraordinario de suponer que se perdió el original latino de que se sacó la copia?

12. Continúa el citado autor contrayéndose á ciertas leyes que en contraposicion á las que se hallan en los códigos castellanos y no se encuentran en los latinos se atribuyen á los godos, y en realidad no fueron sus autores, explicándose en estos términos: «otras hay que aunque suenan hechas por los godos, son posteriores á ellos, tales son todas las leyes de que se compone el título de los denuestos y palabras injuriosas, que los códigos castellanos, que le traen, pues no se halla en todos, ponen por tercero del lib. 12. Aunque dos códigos latinos, que son el legionense y el escurialense 2, traen estas leyes, no por eso se ha de creer que hayan sido hechas por los godos, porque ellas mismas ofrecen una prueba convincente de que se hicieron despues de la invasion de los moros, pues en la 6, se declara por injuria y se castiga como tal el llamar á uno sarraceno no siéndolo, lo que de ningun modo puede convenir ni adoptarse al tiempo de la dominacion de los godos y por consiguiente á su legislacion.» Hasta aqui el Sr. Lardizabal.

43. La prueba que tiene el señor Lardizabal por convincente para probar que las leyes del citado título se hicieron despues de la invasion de los moros deducida de la disposicion de la ley 6, la considero yo muy falible é infundada, porque supuesto que en tiempo del rey Egica, que fue el último compilador del código visogado, habia ya sarracenos en Africa, y que profesaban la secta ó falsa religion del alcorán no era de estrañar que las leyes godas declarasen como injuria y castigasen como tal el llamar á uno sarraceno no siéndolo, por que los de esta raza no son malos por el lugar en que habitan, sino por la religion ó secta que profesan. En comprobacion de esta verdad se puede alegar la ley 4, tít. 23, lib. 42 de la Novísima, en que el rey don Felipe II prohibió bajo de ciertas penas llamar á uno hereje no siéndolo, y sin embargo es bien notorio y constante que en tiempo de dicho soberano no se toleraban los hereges en España, de que se convence que la disposicion de la ley 6, no ofrece ni aun un argumento probable de que se formase despues de la invasion de los moros.

44. Me he detenido á examinar este punto por si acaso puede contribuir á la ilustracion de la historia de nuestra jurisprudencia que con tan poco cuidado y acierto han tratado nuestros sabios anticuarios hasta de medio siglo á esta parte.

45. Pasemos á ver en qué códigos se insertó la ley del emperador Constantino, y qué variedad ó alteracion padeció en ellos. El emperador Teodosio el menor la trasladó á su código en los mismos términos que la sancionó el emperador Constantino y se halla en la ley 5, tít. 5, lib 3 del código Teodosiano: posteriormente la copió en el suyo á la letra el emperador Justiniano en la ley 46, tít. 3 de *donationibus ante nuptias*. De este código de Justiniano es de presumir se tomó esta ley para insertarla en la traduccion que se hizo en el siglo XIII del código latino visogado al castellano, según lo que anteriormente tengo manifestado; pero ya entonces la disposicion de la ley no se copió á la letra, sino en la substancia, reduciéndola á que si muriese el esposo despues de hecha la donacion y dado el beso á la esposa, quedase esta con la mitad de todo lo que el esposo le hubiere dado, y la otra mitad fuese de los herederos del esposo; pero si no intervino el beso la esposa nada debe retener de lo que recibió del esposo, pero cuando la esposa dió algo al esposo, haya ó no intervenido el beso, si llegase á morir aquella todo debia volverse á sus herederos, ley 5, título 4, lib. 3 del Fuero Juzgo.

46. Tambien se encuentra substancialmente, aunque referida con mas estension de palabras, la disposicion del emperador Constantino en la ley 3, tít. 44 de la Partida 4, y como los compiladores de la obra inmortal de las Partidas seguian por lo regular las disposiciones del derecho comun ó civil de los romanos, que en el siglo XIII se estudiaba con esmero en las universidades, se hace muy probable tomasen del código de Justiniano mas bien que de el de Teodosio la ley del emperador Constantino.

47. En el Fuero Viejo de Castilla, que últimamente recopiló el rey don Pedro el año de 1336, en el libro 5, tít. 4 de las arras y donados que da el marido á la muger, se refiere en la ley 4 una fazaña en que una doña Elvira, desposada con un caballero, habia recibido de su esposo ciertos paños, cinteras y otras dádivas, y por no haberse verificado el matrimonio solicitaba el esposo se le restituyese lo que habia dado á doña Elvira, y habiendo comparecido ante don Diego Lopez de Faro, adelan-

tado de Castilla, el caballero y un tío de la esposa, resolvió este que si doña Elvira otorgaba que había besado y abrazado al caballero fuese todo suyo cuanto la había dado el esposo, y sino lo otorgaba que volviese todo lo que había recibido, y por no haber querido otorgar que la había abrazado ni besado volvió al esposo cuanto le había dado, que es la única indicación que se hace en el Fuero Viejo castellano de la ley de Constantino, que probablemente se tomaría del Fuero Juzgo castellano.

18. La ley del emperador Constantino se encuentra también en la 5, tit. 2 del lib. 3 del Fuero Real, donde se hace la misma distinción de haber intervenido ó no el beso entre los esposos para ganar el donatario la mitad de la cosa donada, ó restituirla por entero; se aumenta en la misma ley que si intervinieron arras y llegó á consumarse el matrimonio sean de la esposa ó de sus herederos. Es de presumir que esta ley se tomó del Fuero gótico castellano, por hacerse mención de las arras en el epígrafe de dicha ley, de que no se habla en ninguno de los códigos anteriores.

19. Últimamente se insertó la ley del emperador Constantino en la famosa colección de leyes que formaron los Reyes católicos, publicadas en las cortes de Toro, en que se fijaron los principales puntos de la jurisprudencia española con la siguiente variación. En primer lugar establecieron con arreglo á la ley primitiva que la esposa ganase la mitad de lo que el esposo le hubiere dado antes de consumado el matrimonio si la hubiese besado, y nada sino intervino beso. En segundo quisieron que esta misma disposición rigiese para el caso que el matrimonio se hubiese celebrado, ó fuese de presente sin haberlo consumado; y últimamente ordenaron que si el matrimonio se había consumado ganase la mujer ó sus herederos cuanto le dió el esposo, á no ser que hubiese también recibido arras, en cuyo caso dieron á la mujer ó sus herederos la facultad de poder elegir el quedarse con las arras ó lo que el marido le hubiese dado cuando con ella se desposó, concediéndoles para hacer esta elección el término de veinte días, sin hacer mención del caso en que la esposa hubiese hecho la donación al esposo.

20. Como uno de los objetos de las leyes de Toro fue aclarar varias dudas, ya del derecho civil, ya del real, se viene en conocimiento de que esta ley se propuso declarar la del Fuero Real, que indistintamente concedía la donación esponsalicia y las arras á la mujer después de consumado el matrimonio.

21. Continuando el método que comunmente he observado en estos Comentarios de proponer primero las decisiones del derecho civil ó romano, para descender después á las del real español, digo que una de las varias especies de donaciones se llama esponsalicia, por la cual los esposos en señal de mútua benevolencia se dan alguna cosa con la esperanza del matrimonio que han de contraer; antiguamente las cosas que se daban sino se verificaba el matrimonio no volvían al donante, sino que permanecían en el donatario, á no ser que se pactase lo contrario, como lo manifiesta la ley 7, C. de *donationibus ante nuptias*, y de consiguiente si la donación se había hecho pura y simplemente, sin hacer mención alguna de matrimonio, las cosas donadas no las podía repetir el que las había dado, ley 9 y 10 del mismo título.

22. Posteriormente quiso el emperador Constantino que toda donación que se hiciese entre los esposos llevase en sí embebida la condición de que se verificase el matrimonio, de que se seguía de que no verificándose este

sin culpa del donante tuviese derecho á repetir lo que habia dado, ley 15, *eodem*, y pasando á distinguir la causa que habia impedido la celebracion del matrimonio, dispuso que si uno y otro habian convenido en no contraerlo, cada uno devolviese lo que habia recibido del otro, pero si la causa dimanaba del que habia hecho la donacion, no tuviese derecho alguno para repetir se le volviese lo que habia donado, ley 15, *eodem*. Si la muerte habia impedido el que se llevase á efecto el matrimonio, entonces ordenó el mismo Emperador que si el esposo habia hecho la donacion é intervenido ósculo, solo él ó sus herederos pudiesen repetir la mitad de lo contenido en la donacion, quedando la esposa ó los suyos con la otra mitad, pero no habiendo intervenido ósculo, todo lo que habian dado, bien fuese el esposo ó la esposa, debia restituirse al que habia hecho la donacion, ley 16 del mismo título.

23. Por nuestro derecho real se dispuso en este punto lo que se contiene en las leyes de los varios cuerpos legales que quedan referidas. Pasemos ahora á resolver las dudas que suscitan los autores acerca de la disposicion de la presente ley, y para hacerlo con la debida claridad se pondrán las dudas por su orden y con la debida separacion.

24. Primera duda: si por el beso que precedió á los esponsales adquirirá la esposa la mitad de los bienes de la donacion que despues le hizo el esposo: Diego del Castillo en la glosa á esta ley, verbo besado, Palacios Ruvios en su glosa número 8, Antonio Gomez al fin del número 6 de su Comentario, y Covarrubias en la parte 1.^a de *sponsalibus*, cap. 4. párrafo 4, número 21, resuelven que en el caso propuesto no debe tener lugar la disposicion de la ley, porque no se verificaba que el beso hubiera sido de esposos, sino de personas libres, y de consiguiente ilícito y reprobado, y mas digno de castigo que de premio, cuyo dictámen tengo por muy fundado y conforme á la letra y espíritu de la ley.

25. La segunda duda, muy semejante á esta, consiste en si cuando la cópula ha precedido á los esponsales podrá adquirir la esposa la mitad ó el todo de los bienes de la donacion esponsalicia, y por los mismos fundamentos en que apoyaron la anterior resolucion son de parecer los mismos autores que en el caso propuesto no rige la disposicion de la ley; Castillo alli, Palacios Ruvios, número 9, Antonio Gmez y Covarrubias en el número 24 de los lugares citados, dando por razon que en tal caso la cópula no seria conyugal, sino ilícita y fornicaria, y por lo tanto no era acreedora la muger á recibir ningun lucro de lo que se la habia dado en concepto de esposa.

26. En apoyo de esta opinion citan algunos de los autores espresados el cap. 45 de las Decretales de *sponsalibus*, en que habiendo sido consultado el romano Pontífice sobre un caso en que habiendo intervenido cópula y esponsales, posteriormente el mismo esposo contrajo con otra matrimonio de presente, resolvió su Santidad que debia sostenerse el primer matrimonio, que en realidad no lo hubiera sido por el mero hecho de cópula si no hubieran intervenido los esponsales.

27. Tercera duda: si cuando habiendo precedido los esponsales el beso se verificó antes de que el esposo hiciera la donacion esponsalicia á la esposa, podrá esta lucrar la mitad de lo que el esposo le hubiera dado: Palacios Ruvios se propone espresamente esta duda en el número 10, y la deja sin resolver en el número 15. Antonio Gomez, en el lugar arriba citado, es

de parecer que contraídos los esponsales, bien sea que la donacion esponsalicia preceda al beso, ó este á aquella, siempre lucrará la esposa la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y se funda en que en los dos casos milita la razon de la ley, que es la que indicó al número 4, acaso fundado en que cuando el beso precede á la donacion se ha de considerar esta remuneracion de aquel, y cuando esta precede se ha de considerar aquel como remuneracion de esta; pero á mi parecer el fundamento mas sólido para apoyar la resolucion de Gomez estriba en las mismas palabras de la ley, que hablando de la esposa, bien sea de presente ó de futuro, quiere que gane la mitad de lo que le hubiere dado el esposo si la hubiere besado antes de disolverse el matrimonio, y como esto se verifica tanto en el caso que preceda el beso á la donacion, como esta al beso, debe decirse que segun la espresion literal de la ley ha de regir su disposicion igualmente en uno y otro caso. De la misma opinion es Matienzo en el Comentario á esta ley, glosa 3, número 2.

28. Mayor dificultad presenta la siguiente duda, muy semejante al parecer á la precedente, y en cuya decision varían los espositores, reducida á si cuando la cópula ha precedido á la donacion esponsalicia podrá la muger lucrar los bienes donados en virtud de la disposicion de la presente ley. Diego del Castillo al fin de la columna 7 de su Comentario párrafo, antes de consumido, espresamente resuelve que si el esposo contraídos los esponsales hubiese conocido carnalmente á la esposa, y despues le hiciese alguna donacion, no la adquiriria esta, á causa de que por la cópula ya habia quedado consumado el matrimonio. Palacios Ruvios, aunque se propone esta misma duda al número 10, la deja sin resolver.

29. Antonio Gomez, separándose de la opinion de Castillo, afirma que en el caso de la disputa la muger ganará por la cópula el todo de la donacion esponsalicia: los fundamentos en que apoya su opinion se reducen á que asi como en el caso del beso anterior á la donacion adquiere la muger la mitad de los bienes donados, del mismo modo debe decirse que los adquiere en el caso de que interviene cópula, porque en ambos milita la misma razon, y á mas se presume que el esposo hace la donacion en premio y remuneracion del beneficio recibido. Tambien alega en favor de su opinion el comun uso que supone en España de llamar siempre esposa á la muger cuando no han intervenido las velaciones y bendiciones de la Iglesia, háyase verificado ó no la cópula, y finalmente recurre al arbitrio de que si no puede ser válida esta donacion como hecha á la esposa en virtud de la presente ley, valdria como hecha á la muger despues del primer año del matrimonio, y se confirmaria por la muerte, como lo sienta al número 76 del mismo Comentario, donde se refiere, y cita en comprobacion la ley 3, título 12, lib. 3 del Fuero Real

30. Como tengo por manifiestamente falsa la opinion de este autor, segun lo haré ver despues, paso á indicar cuán débiles y desatendibles son las razones en que intenta apoyar su dictámen. La semejanza y paridad que supone darse entre el caso del beso y de la cópula, es enteramente falsa, como lo probaré despues, bastando indicar ahora la notable diferencia que media entre el beso y la cópula, para no atribuirles los mismos efectos, pues por el primero en nada se alteran los esponsales de futuro, sino que permanecen subsistentes, y en cierto modo se confirman y ratifican, cuando por la cópula enteramente se destruyen los esponsales, pa-

sando á ser un verdadero matrimonio lo que antes solo era una promesa de contraerlo.

31. La presuncion de que el esposo le hace la donacion á la esposa en premio y remuneracion del beneficio recibido, es vana y desatendible, asi como igual presuncion no basta para hacer válidas las donaciones entre marido y muger, no se duda ni es suficiente que el ánimo del esposo sea el que supone Gomez, sino que era necesario que la donacion hecha con este ánimo fuese aprobada y legitimada por la ley, lo que ciertamente no se verifica.

32. Tampoco es cierto lo que asegura de que el comun uso observado en España es llamar esposa á la muger, siempre que no hayan intervenido las velaciones y bendiciones de la Iglesia, y no se ha trasladado á la casa del marido, aunque haya intervenido cópula, porque si eslo fuera como se supone, aun cuando los casados no se hubiesen velado y habitasen en la casa de los padres de la esposa, podrian hacerse válidamente recíprocas donaciones sin contravenir á las repetidas leyes que prohiben y anulan las donaciones entre marido y muger.

33. No es menos desatendible la salida ó efugio con que intenta Gomez apoyar su dictámen suponiendo que si no valia la donacion esponsalicia como hecha á la esposa, seria válida como hecha á la muger despues del primer año del matrimonio, segun la ley citada del Fuero Real, y se confirmaria por la muerte, y la razon es clara, porque en primer lugar era necesario acreditar que la disposicion de la ley del Fuero estaba en uso entre nosotros, pues de otro modo no debe tener observancia, y aun cuando la tuviera, y por la muerte de alguno de los casados se confirmase la donacion, nada aprovecha para el intento que se propone Gomez, porque no se verificaria que el dominio de los bienes donados lo habia adquirido la esposa por la cópula, que es el caso de la disputa, sino por la muerte, lo que nada tiene que ver con la disposicion de la ley de que gane la muger por la cópula cuanto el esposo le hubiere dado. Si esta ganancia ó adquisicion de dominio le previene á la muger de la cópula, es claro que no le puede provenir de la muerte.

34. Es cierto, sin embargo, que la ley dice que si cualquiera de los esposos muriese despues de consumado el matrimonio gane la esposa lo que el esposo la hubiere dado; pero esto en realidad no es decir que gana la esposa por la muerte lo que el esposo le hubiere dado, sino que verificada la muerte se traslada á la muger ó sus herederos irrevocablemente el dominio de los bienes que tenia ya adquiridos en virtud de la cópula, á la manera que por la muerte de uno de los casados se dice que adquiere el sobreviviente la mitad de los gananciales, no para dar á entender que la muerte es el título de adquisicion ó pertenencia, sino para manifestar que por ella entra uno de los consortes en el dominio irrevocable de los bienes que ya tenia adquiridos, y de consiguiente aun cuando por la muerte adquiriese la muger el dominio de los bienes comprendidos en la donacion esponsalicia en el caso que esta fue posterior á la cópula, segun la opinion de Gomez, no se verificaria la disposicion de la ley que señala y declara la cópula como título de adquisicion, sin embargo de que hasta la muerte no entra la muger en la posesion de lo que ya era suyo y tenia adquirido.

35. Acevedo se declara por la opinion de Gomez en su comentario á la ley 4, tit. 2, lib. 5 de la Recopilacion, y como el citado autor es uno de

los de que mas comunmente se valen los letrados para la resolucion de sus dudas, me ha parecido conveniente copiar sus palabras, para que se vea la confusion con que se esplica, y la poca solidez de las razones que alega en apoyo de su opinion. En el número 43, despues de convenir en que el beso se ha de dar contraidos ya los esponsales, segun el señor Covarrubias, bien se verifique antes ó despues de la donacion esponsalicia, como opina Gomez, saca y deduce la siguiente consecuencia: que aun cuando la cópula preceda á la donacion y tambien á los mismos esponsales, lucrará la muger lo que se le haya dado, porque milita la misma razon, bien se verifique la cópula antes ó despues de la donacion, que es el premio del pudor perdido, y de consiguiente debe regir el mismo derecho; á mas de que la ley equipara el caso del beso al de la cópula en cuanto al lucro ó adquisicion de la muger, aunque no en la cantidad; y como en cuanto al lucro se equiparan estos dos casos, y segun la presente ley con respecto al ósculo sea bastante que la donacion esponsalicia se haya verificado despues de contraido los esponsales, bien sea que el ósculo hubiere precedido á la donacion, o seguidose á ella, como se prueba claramente por la ley, luego lo mismo se debe decir cuando interviene cópula, porque es la misma la razon y el derecho de las cosas equiparadas, á mas de que las palabras de la ley «antes de consumido el matrimonio» tan solarmente se ponen para diferenciar y distinguir el caso de la cópula del de el ósculo en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, y no porque se tenga respeto y consideracion á que preceda ó no el ósculo y la cópula, con tal que se hayan contraido los esponsales cuando interviene el ósculo y la cópula, como se colige claramente del versículo de la ley: «Pero si cualquier de ellos muriere despues de consumado el matrimonio;» y sigue: mira como esto se dice para manifestar la diferencia de lo que se dispone cuando la muerte se verifica antes de la consumacion del matrimonio, lo que mas claramente se manifiesta de este mismo versículo, porque si despues de la consumacion del matrimonio muriera inmediatamente la muger, se seguiria que si no lucraba lo que antes se le habia dado, porque habia precedido la cópula, este versículo de ningun modo se podria sostener, lo que es falso, luego su opinion es verdadera, y pasa á continuacion á referir la distincion que hace la ley de cuando en el matrimonio han intervenido tambien arras; y con referencia á sus últimas palabras de que pudiese tomar la muger ó sus herederos lo que el marido le hubiere dado, dice que de aqui se infiere que en cuanto á adquirir el lucro no hizo distincion alguna de que se hubiesen dado las cosas que lucraba antes ó despues del ósculo ó cópula, sino que únicamente atiende á que se hubiesen dado despues de contraido los esponsales, de que infiere que ni él tampoco debe distinguir, y asi afirma que bien el ósculo y cópula precedan ó nó á la donacion, la esposa lucrará las joyalias segun la esposicion de la presente ley.

36. Todavia corrobora su opinion alegando que en la práctica nunca vió se siguiera la opinion contraria, y afirma que posteriormente se alegró de ver que Ayora en el cap. 7, número 37, parte 1.^a de sus tratados de particiones, era del mismo dictámen, y por último tiene la satisfaccion de decirnos que ninguno de los autores que le precedieron habia alegado los fundamentos que él para probar su opinion.

37. Antes de entrar en el exámen de las razones de este autor, conviene tener presente que la donacion esponsalicia, que en latin se llama

sponsalitia largitas, era la que uno de los esposos hacia al otro antes de contraer el matrimonio por palabras de presente, y aunque en tiempo anterior al emperador Constantino, dicha donacion se entendia absoluta si no se espresaba en ella que se hacia con condicion de contraer matrimonio, segun la ley 10, C. *de donationibus ante nuptias*, por dicho Emperador se ordenó que la referida donacion se presumiese hecha con esperanza del futuro matrimonio cuando otra cosa no se espresaba, ley 15, C. *eodem titulo*.

38. Tambien es indispensable recordar la diferencia entre esponsales de futuro, esponsales de presente, y matrimonio consumado. Esponsales de futuro se llaman asi porque envuelven la promesa y obligacion de contraer despues matrimonio; esponsales de presente son aquellos por los que efectivamente se contrae el matrimonio por palabras de presente, el que comunmente se llamó rato, segun los canonistas. De unos y otros esponsales hace mérito la primer parte de nuestra ley, debiéndose advertir que los esponsales en uno y otro caso siempre son de presente, esto es, que encierran y contienen una obligacion actual y absoluta, y el llamarse de futuro y de presente es solo con relacion al matrimonio que esperan contraer y al que han contraido. Matrimonio consumado es el que recibe su complemento y perfeccion por la cópula carnal. En los dos casos primeros de los esponsales de futuro y de presente tiene lugar la disposicion de la ley, que ordena que si el esposo hubiese besado á la esposa, gane esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado.

39. Se ha dicho que el matrimonio consumado es el que se perfecciona y consuma por la cópula carnal; resta examinar si la virtud que tiene la cópula de consumar el matrimonio ó rato ó de presente, se estiende tambien á los esponsales de futuro, de cuyo exámen ha de resultar el acierto de la resolucion de la duda que estamos tratando.

40. Como este punto pertenece propia y peculiarmente al derecho canónico, debemos con preferencia consultar sus resoluciones en esta materia. En el capítulo 15 y 30 *de sponsalibus*, y en el 8 *de desponsatione impuberum*, se declaró por los Pontífices Alejandro III y Gregorio IX que los esponsales de futuro pasan por la cópula á hacerse no solo esponsales de presente, sino matrimonio consumado; en tanto grado pasan á ser matrimonio consumado por la cópula los esponsales, que no se puede disolver por la profesion religiosa, segun se declara en los capítulos 7 y 14 de las *Decretales de conversione conjugatorum*.

41. Nuestras leyes de Partida, que rara vez se apartan de las decisiones canónicas, las han seguido escrupulosamente en este punto, como se echa de ver en la ley 4, tít. 1, y en la 4 y 5, tít. 10 de la Partida 4, y particularmente se hace notable la ley 3 del tít. 1, donde tratándose del modo de venir en conocimiento si los esponsales contraidos por los menores de edad por las palabras de presente, pasaban á matrimonio ó rato despues de haber cumplido la edad correspondiente para contraer matrimonio, una de las señales que propone para adquirir este conocimiento es si el esposo y obiese con la esposa como varon con muger. Mas claramente se esplica todavia la siguiente ley, en que se propone la diferencia que hay entre el matrimonio de presente y el consumado, por estas palabras: «diferencia nin departimiento ninguno no ha para ser el matrimonio valedero, entre aquel que se face por palabras de presente, é el otro que es acabado ayuntándose

carnalmente el marido con la muger... Pero el un matrimonio es acabado de palabra, é de fecho, é el otro de palabra tan solamente.»

42. Esta disciplina de la Iglesia de que los esponsales de futuro pasasen á ser matrimonio consumado por la cópula subsiguiente, se observó en España hasta el año de 1564, en que el rey don Felipe II por su real cédula de 12 de julio del espresado año encargó y mandó á los arzobispos, obispos y demas prelados á quienes tocase publicar y guardar lo dispuesto en el santo Concilio de Trento, por el cual se declararon irritos y nulos los matrimonios que no fuesen celebrados ante el propio párroco ú otro que ejerciese sus veces, y de dos testigos á lo menos, en el capit. 1, de la sesion 24, *de reformatione matrimonii*, en virtud de cuya disposicion quedaron derogados los capítulos canónicos citados, que ordenaban que los esponsales de futuro pasasen á ser matrimonio consumado por la cópula subsiguiente.

43. Supuesto estos antecedentes, paso á manifestar los sólidos é incontestables fundamentos de la opinion contraria á la de Acevedo, y al mismo tiempo haré ver la obscuridad y confusion con que se esplica este autor, y el sentido tan estraño y equivocado que intenta aplicar á las palabras de la ley.

44. En primer lugar se hace muy notable que dicho autor despues de convenir en que el beso se ha de dar contraidos los esponsales, verifiquese ó no la donacion antes ó despues del beso, segun dice que opina Gomez, saca la consecuencia de que aun quando la cópula preceda á la donacion y tambien á los mismos esponsales, lucrará la muger lo que se le hubiere dado, porque milita la misma razon. Si Gomez espresamente dice que los esponsales han de preceder al beso, ¿en qué juicio cabe inferir que si para que la muger lucre por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado han de preceder los esponsales, aun quando la cópula preceda á estos producirá el efecto que señala la ley?

45. Todavia es mas estraño que apoye esta ilacion en que milita en un caso y otro la misma razon. Si Gomez, á quien sigue Acevedo, tiene por requisito indispensable que los esponsales precedan al beso, ¿cómo cabe pretender que en el caso de la cópula, cuando esta precede á los esponsales, ha de militar la misma razon que en el beso? Es tan claro este error de Acevedo, que él mismo reconoce en la esposicion que se ha referido arriba que para que el beso produzca los efectos que la ley le atribuye, ha de ser subsiguiente ó posterior á los esponsales, de que debía haber inferido que otro tanto debia decirse en el caso de la cópula.

46. Preguntemos á Acevedo si la opinion que defiende es con referencia al tiempo anterior al Concilio de Trento, y es indispensable responda que sí, porque es la misma que la de Antonio Gomez, y este publicó su obra en el año de 1555, algunos años antes de la publicacion y observancia del Concilio de Trento en España, como se ha visto, de que se deduce que en aquella época los esponsales de futuro pasaban á ser matrimonios de presente, y consumado por la cópula subsiguiente, en cuya suposicion era indispensable reconocer que la donacion hecha á la esposa despues de verificada la cópula, era una verdadera donacion *inter vir. et uxorem*, prohibida por las leyes civiles y reales, y por lo tanto no podia adquirirla la muger, sin que aproveche alegar que dicha donacion se confirmaba por la muerte de uno de los contrayentes, porque como ya se ha dicho arriba, el

título de la adquisicion no seria la cópula, que es el que señala la ley, sino la muerte de uno de los consortes.

47. Solo la eficacia de este argumento bastaba para destruir la opinion de Gomez y Acevedo, y hacer demostrable su falsedad, pero todavia hay otro mas convincente, como fundado en las mismas palabras de la ley; dice esta: «cualquiera esposa ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio gane, si el esposo la hubiere besado, la mitad de todo lo que el esposo le hubiere dado antes de consumido el matrimonio, ora sea preciso ó nó:» en cuyas palabras espresamente requiere la ley para que la esposa gane por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, que la donacion se haya hecho antes de consumado el matrimonio, con que siguiendo el mismo espíritu, para que gane la esposa por la cópula que consuma el matrimonio todo lo que el esposo le hubiere dado, era necesario que la donacion se hubiera verificado antes de la consumacion del matrimonio, pues si, como reconoce Acevedo, en uno y otro caso milita la misma razon, asi como en el caso del beso se requiere que la donacion preceda á la cópula, del mismo modo en el caso de esta deberá tambien preceder la donacion.

48. Ni satisface decir, como quiere Acevedo, que las palabras de la ley, *antes de consumido el matrimonio*, tan solamente se ponen para diferenciar el caso de la cópula del beso en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, y no porque se tenga respeto y consideracion á que preceda el beso y la cópula á la donacion, ó sea subsiguiente, porque media la notabilísima diferencia de que tanto en el caso de que el beso preceda á la donacion, como en el que sea subsiguiente, siempre se verifica que la donacion se hace del esposo á la esposa de futuro ó de presente antes de haberse consumado el matrimonio, lo que no sucede cuando la cópula ó consumacion del matrimonio ha precedido á la donacion, porque entonces ya no es del esposo á la esposa, sino de marido á la muger.

49. Todavia hay otra razon muy notable que confirma el anterior concepto: la donacion esponsalicia trae consigo envuelta la condicion de que se contraiga el matrimonio, y como esto no puede verificarse cuando la cópula precede á la donacion, porque entonces ya está el matrimonio contraido, es preciso decir que para que tenga efecto la condicion indicada de la donacion y la disposicion de la ley, y pueda ganar la muger ó sus herederos todo lo que el esposo le hubiere dado, se ha de hacer antes que intervenga la cópula, porque siendo posterior se seguiria el absurdo y una contradiccion manifiesta, que despues de consumado el matrimonio hiciese donacion un esposo á otro, bajo la condicion de que este se verificase.

50. Diráse acaso para eludir la fuerza de este argumento, que despues que nuestra ley real permitió que la donacion esponsalicia pudiera tener lugar entre los esposos de presente, cesó aquella condicion que presumia el derecho civil de que se verificase el matrimonio, pues de lo contrario se seguiria el mismo absurdo que hemos notado arriba, á saber, que habiendo contraido matrimonio de presente donase á su esposa bajo la condicion de que se efectuase el matrimonio.

51. Esta respuesta, aunque á primera vista parezca sólida é ingeniosa, no alcanza á disolver el argumento propuesto, pues aunque es cierto que la condicion que presumia el derecho civil en la donacion esponsalicia no pueda tener lugar despues que por nuestra ley se estendió la facultad

de hacer dicha donacion á los esposos de presente, es innegable que en lugar de la condicion que se suponía por el derecho civil, substituyó nuestra ley la de que se consumase el matrimonio, como lo persuade claramente la distincion que hace la ley de cuando se disuelve el matrimonio antes de consumarse ó despues de consumado, disponiendo que en el primer caso todo se vuelva al esposo sino hubo ósculo, y en el segundo que todo lo gane la esposa, pues á no presumir la ley real que la donacion esponsalicia se hacia con la condicion de que se consumase el matrimonio, del mismo modo la ganaria la esposa cuando se disolvía el matrimonio antes de su consumacion que despues de ella, debiéndose advertir que esta misma condicion se presume en los esposos de futuro, sin que baste para que la esposa gane la donacion esponsalicia el que se haya verificado el matrimonio de presente, sino ha llegado á consumarse por la cópula.

52. Resumiendo, pues, el argumento digo, que la donacion esponsalicia en virtud de nuestra ley trae la condicion de que se consume el matrimonio, y seria un absurdo presumirla en una donacion que se hiciese despues de consumado el matrimonio, luego no puede tener lugar en la donacion posterior á la cópula, por la que se consuma aquel.

53. Pretende Gomez, á quien sigue Ayora en el lugar citado y Acevedo en el número 26, que segun costumbre de España el matrimonio no se dice consumado hasta que se celebren las velaciones, sin embargo de que haya precedido la cópula, pero como ni prueban esta práctica ni alegan razones en que fundarla, basta negarla para destruir su eficacia, debiendo advertir de paso que la ley 6, *cum in te*, C. de *donationibus ante nuptias*, que cita Ayora para persuadir que la esposa conserva este nombre hasta que sea llevada á la casa del esposo, aunque antes haya sido conocida carnalmente por él, no prueba nada en el asunto, pues en ella se trata si la donacion se ha hecho ó no en tiempo hábil, y para esto distingue entre si la esposa permanecia en su casa ó habia sido trasladada á la del esposo, infringiendo en el primer caso, que el matrimonio era de futuro, y en el segundo que habia sido de presente, á fin de que no pudiera ella ganar la donacion, sin que se haga la mas mínima mencion de si habia ó no intervenido cópula, de que se convence cuán impropriamente alega Ayora la espresada ley, en la que se trataba de una donacion que solo podia ser válida en el caso de esponsales de futuro, que llevaba envuelta la condicion de que se siguiese el matrimonio, para intentar persuadir con ella que en el caso de la presente cuestion la cópula no consumaba el matrimonio.

54. La misma doctrina espone Acevedo al número 26, donde despues de reconocer que la opinion contraria á la suya es mas fundada en derecho, aunque el vulgo ignorante muchas veces admite indistintamente que la donacion hecha antes ó despues de la cópula la gane la esposa, y tambien se observe en la práctica, queriendo satisfacer á las palabras de la ley, *antes de consumido el matrimonio*, que se oponen directamente á su doctrina, pretende que se deben entender del matrimonio consumado por las velaciones y traslacion de la esposa á casa del esposo. Aqui se ve que reconoce Acevedo que la opinion contraria á la suya es mas fundada en derecho, y lo que alega de la práctica ya queda rebatido arriba.

55. De esta doctrina se seguiria que si al tiempo de contraerse el matrimonio de presente intervenian las solemnidades espresadas, no podria

el esposo hacer donacion á la esposa, ni esta la ganaria aunque hubiera sido hecha antes de verificarse la cópula, por reputarse ya consumado el matrimonio por el mero hecho de haber intervenido las velaciones y bendiciones de la iglesia, y la traslacion de la esposa á casa del esposo. Tambien se seguiria que en el caso de que muriese cualquiera de los contrayentes sin haberse celebrado las velaciones, lo que no pocas veces sucede, ni trasladándose la esposa á casa del esposo, no podria aquella ganar la donacion esponsalicia, porque no habia sido consumado el matrimonio, aunque de él hubieran tenido hijos, y últimamente si hubiera sido esta la práctica comun de España, no se hace creible se hubiese valido la ley de la espresion de consumado el matrimonio, de que usa el derecho canónico, sin espresar el significado que queria se diese á esas palabras.

56. La donacion esponsalicia se concede á la esposa, segun los espositores, en la parte ó en el todo, por la satisfaccion que ha recibido el esposo por el beso ó cópula, y como ninguna de estas satisfacciones le resulta al esposo del acto de las velaciones debia cesar la recompensa. Tambien habria de decirse que por la presente ley se derogaba enteramente la disposicion del derecho civil y real, que prohiben la donacion entre el marido y la muger; y la razon es clara, porque en los dos casos en que está prohibido hacerse son en el matrimonio de presente y en el consumado; en el primero puede tener lugar como donacion esponsalicia en virtud de la espresion literal de nuestra ley, y segun la comun opinion de los autores de una y otra sentencia; en el segundo se considera tambien donacion esponsalicia por los autores de la opinion que impugnamos, de que se deduce concluyentemente que la presente ley levantó y derogó la prohibicion de la donacion *int. vir. et uxorem*, ó marido y muger.

57. Esta ilacion obra mas directa y concluyentemente contra Gomez, quien en el número 66 de su Comentario, párrafo *advertendum tamen*, dice que parece que todas las razones que alegan para prohibir las donaciones entre marido y muger deben entenderse cuando la donacion se hace despues de celebrado el matrimonio, consumándose, y se ha verificado la traslacion de la esposa á casa del esposo, pero no cuando solo interviene el matrimonio de presente, porque aunque en realidad se verifica que son marido y muger, no se presume haya entre ellos tanto amor y afecto, por lo que parece cesar la razon fundamental de la prohibicion, y de consiguiente será válida la donacion, y cita en comprobacion varios autores y comentadores del derecho civil, pero en seguida dice, que sin perjuicio del aprecio de los referidos autores, él es de contraria opinion, y que la donacion que se hace entre los esposos de presente antes de haberse consumado el matrimonio y trasladándose la esposa á casa del esposo, está tan comprendida en la prohibicion como la otra que se ha dicho se hace entre marido y muger, y cita varias leyes del derecho civil en su comprobacion, y algunos comentadores, pues este mismo autor en el número 6 de su Comentario hemos visto declara y sostiene la opinion de que la donacion que hace el esposo á la esposa despues de haber intervenido la cópula y consumándose el matrimonio es válida y subsistente; si la cópula entre los esposos de futuro hace que el matrimonio no solo sea de presente, sino que lo consuma, ¿cómo es conciliable que la donacion que el esposo hace á

la esposa de presente esté comprendida en la prohibicion, y no lo esté la que se hace despues de consumado el matrimonio?

58. No ha sido mas feliz Acevedo en la explicacion ó interpretacion que en el número 14 intenta dar á estas palabras: «antes de consumido el matrimonio,» pretendiendo ó diciendo que se ponen para diferenciar el caso de la cópula de el del beso en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, pero no en cuanto á la precedencia que haya de tener el beso ó la cópula á la donacion, ó esta á aquellos, cuya interpretacion es arbitraria y manifestamente opuesta y contraria á las palabras de la ley, porque aunque sea cierto que hay diferencia en la cantidad que ha de lucrar la esposa en el caso del beso ó en el de la cópula, en uno y otro supone la ley que la donacion la ha de haber hecho antes el esposo, y asi dice hablando del caso del beso, que gane la esposa la mitad de lo que el esposo le hubiera dado antes de consumido el matrimonio, luego supone la ley que la donacion ha de haber precedido á la consumacion del matrimonio, en el caso que haya de lucrar la mitad de la donacion esponsalicia por el beso.

59. La misma precedencia supone la ley en la donacion en el caso que despues de consumado el matrimonio se disuelve por la muerte, en cuyo caso dice: «que la muger y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados le hubo el esposo dado.» Con lo que claramente manifiesta que la donacion la habia hecho el esposo cuando aun conservaba esta cualidad, siendo constante que la cualidad añadida á un acto debe intervenir al tiempo que se hace, segun la ley 4, párrafo 1, ff. *de noxalibus actionibus*, es asi que la ley supone que la donacion la habia hecho el esposo, luego todavia conservaba esta cualidad cuando la hizo, y como la misma se pierde, como queda demostrado, por la consumacion del matrimonio, se sigue necesariamente que la donacion se habia hecho antes de la consumacion.

60. Para hacer mas demostrable la solidez de este raciocinio, conviene observar que la ley despues de consumado el matrimonio no da á los casados el nombre de esposo ó esposa, sino de marido y muger, y hablando de la eleccion que se da á esta, habiendo arras en el matrimonio, de escoger estas ó la donacion esponsalicia, dice: «pero si arras obiere que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos... tomar las arras... ó dejarlas... y tomar todo lo que el marido le hubo dado siendo con ella desposado;» donde se ve que usa de la palabra marido y muger, y no la de esposo y esposa, y en cuanto al hecho de la donacion se refiere al tiempo en que se hizo, que era en el que tenian la cualidad de esposos, y asi añade, lo que le hubo dado siendo con ella desposado.

61. Supone Acevedo que entre el caso del beso y de la cópula no hay otra diferencia sino la mayor ó menor cantidad que gana la esposa en uno de ellos, de que infiere de que asi como en el caso del beso no le empece á la muger para ganar la parte que la ley le señala el que la donacion haya sido posterior ó subsiguiente á él, del mismo modo no le debe empecer en el caso de la cópula que la donacion haya sido posterior á ella. Aunque ya dejo manifestado arriba la gran diferencia que interviene entre estos dos casos, pues por el beso en nada se alteran los esponsales, y por la cópula enteramente se destruyen, voy á formar un argumento contra Acevedo bajo su misma suposicion: en el caso del beso y de la cópula milita la misma razon, sin mas diferencia que la notada de la mayor ó menor cantidad que

gana la muger, es asi que en el caso del beso la donacion ha de ser anterior á la consumacion del matrimonio, segun la espresion literal de la ley, luego en el caso de la cópula debe tener la donacion la misma anterioridad y precedencia á la consumacion del matrimonio.

62. Se hace al parecer incomprensible la ilacion que saca Acevedo de las palabras de la ley: «pero si cualquiera de ellos muriere despues de consumido el matrimonio; diciendo, mira cómo se dice esto,» á diferencia de lo que dispone cuando se verifica la muerte antes de la consumacion del matrimonio, porque si despues de la consumacion de él muriere inmediatamente la muger, se seguiria que las cosas anteriormente donadas no las lucraria, porque habia precedido la cópula, de que se deduce que este versículo de la ley de ningun modo se podia sostener, lo que es falso, luego nuestra opinion es verdadera: hasta aqui Acevedo. He dicho que esta esposicion se hace al parecer incomprensible, porque habiendo dispuesto la ley que si el esposo hubiere besado á la esposa lucraba esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado antes de consumado el matrimonio, pasa á decidir lo que debia ejecutarse caso que la esposa ó el esposo muriesen despues de consumado el matrimonio, y afirma que lucraria la esposa cuanto el esposo le hubiera dado; supuesto esto cómo puede inferir Acevedo que si la esposa muriese inmediatamente despues de la consumacion del matrimonio, se seguiria que no lucraria lo que antes se le habia dado, dando por razon porque habia precedido la cópula, con lo que se manifiesta el craso error que comete en suponer que hay distincion entre la cópula y la consumacion del matrimonio, cuando son una idéntica y misma cosa, y así si la donacion fue posterior á la cópula, no podia ser anterior á la consumacion del matrimonio, por lo que es una vergonzosa implicancia suponer que si moria la muger inmediatamente despues de la consumacion del matrimonio, no lucraria lo que antes se le habia dado, porque siendo la cópula la consumacion del matrimonio, era imposible que la donacion hecha despues de la cópula fuese anterior á la consumacion del matrimonio.

63. Es vana y desatendible la otra ilacion que saca del versículo «pero si arras,» tomada de las palabras «todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado,» infiriendo de ellas que para la adquisicion que habia de hacer la muger de lo que el marido le hubiese dado no hacia distincion si la donacion habia sido antes ó despues del beso ó la cópula, porque como hemos manifestado arriba, las palabras «lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado,» se refieren al tiempo en que permanecian los esponsales, y de consiguiente denotan una época anterior á la consumacion del matrimonio. La satisfaccion que dice le resultó de ver que Ayora era de la misma opinion que la suya, no prueba que una y otra no fuesen fundadas y contrarias á la letra y espíritu de la ley.

64. Hemos visto que la opinion de Gomez, Ayora y Acevedo y de los que los siguen es conocidamente falsa con referencia á lo que se observaba en la época anterior á la publicacion del santo Concilio de Trento, en que se formó la presente ley; réstanos ahora ver qué deberá decirse en la época posterior al referido Concilio: es constante que por este se declararon nulos ó írritos los matrimonios clandestinos, esto es, aquellos matrimonios privados que no se celebraban en la faz de la iglesia con asistencia del propio párroco y dos testigos á lo menos. En virtud de dicha dis-

posicion quedaron derogados los capítulos canónicos anteriormente citados, que suponian que los esponsales de futuro pasaban á ser matrimonio de presente, y consumado por la cópula subsiguiente, supuesto lo cual debe decirse, siguiendo el espíritu de la ley, que la donacion hecha despues de haber mediado la cópula entre los esposos, será válida en cuanto á su mitad que adquirirá la esposa, y la otra mitad pertenecerá á los herederos del marido sino llega á verificarse el matrimonio y consumarse por la cópula subsiguiente á su celebracion.

65. En una palabra, en la época posterior al Concilio de Trento deberá observarse sin la mas mínima diferencia, lo mismo que dispone la ley se observe en el caso del beso, esto es, que supuestos los esponsales sea indiferente para que la esposa lucre la mitad de lo que el esposo le hubiere dado que el beso sea anterior ó posterior á la donacion, con tal que no se haya verificado la consumacion del matrimonio; la razon es porque la cópula posterior á los esponsales ya no consuma el matrimonio, y por lo tanto no puede ganar la esposa toda la donacion, sino meramente la parte que ganaria por solo el beso, como sábiamente lo advierte el P. Molina en el tratado segundo, disputa 290, núm. 2, de *justicia et jure*, donde juiciosamente distingue las dos épocas anterior ó posterior al santo Concilio de Trento, en los términos que quedan espresados.

66. Aun Gregorio Lopez, que publicó su glosa á las Partidas en 1535, algunos años antes del Concilio Tridentino, en la glosa 5 á la ley 3, título 11, Part. 4, teniendo presente las palabras de la ley de Toro que exige haya intervenido cópula para que la esposa gane todo lo que el esposo le hubiere dado, infiere á *contrario sensu* que si la donacion que hace el esposo á la esposa fuera posterior á la consumacion del matrimonio nada lucraria la esposa.

67. Por último, debe advertirse en este punto que si la donacion la hace al esposo la esposa, y esta muriese antes de haberse celebrado el matrimonio, en tal caso las cosas donadas al esposo deberán devolverse á los herederos de la esposa, sin hacer diferencia en que haya intervenido beso, segun la ley 16, C. de *donationibus ante nupt.*, y la 3, tit. 11, Partida 4, y lo mismo deberá decirse en el caso que haya intervenido cópula despues de la publicacion del Concilio, segun el cual la cópula entre los esposos de futuro no consuma el matrimonio.

68. Si alguno repara en que he dicho que por la cópula en los esponsales de futuro despues del Concilio de Trento ganará lo mismo la esposa que por el beso, estrañando que por un acto ilícito le conceda premio la ley, advieria que por esa razon ni por el beso deberia lucrar cosa alguna la esposa, porque tambien es ilícito y pecaminoso siempre que haya deleitacion carnal y sensible, aunque no se presuma peligro de ulterior consentimiento y de polucion, como se ve por la proposicion 40 de las condenadas por la santidad del papa Alejandro VII, concebida en estos términos: *Est probabilis opinio, quae dicit esse tantum veniale osculum, habitum ob delectationem carnalem, et sensibilem, quae ex osculo oritur, secluso periculo consensus ulterioris et pollutionis.* De que se convence que cuando el beso va acompañado de deleitacion carnal y sensible, aunque no haya peligro de ulterior consentimiento, será ilícito y pecaminoso, y como el beso que el esposo da á la esposa ni escluya dicha deleitacion, ni sea incompatible con ella, de aqui es que aun cuando en el referido

caso intervenga deleitacion carnal y sensible, y de consiguiente sea ilícito y pecaminoso el beso, ganará la esposa, disuelto el matrimonio, la mitad de lo que el esposo le hubiere dado.

69. Se hace notable la equivocacion con que en este punto procedió Febrero en la Librería de Escribanos, parte segunda de los cinco juicios, tomo 4.º, lib. 1, cap. 6, párrafo 1, núm. 32, donde recopilando la disposicion de la presente ley, afirma que si el beso fue anterior á los desposorios nada ganará la esposa, dando por razon porque el beso y cõpula anteriores á los esponsales están prohibidos.

70. Donde se echa de ver que este autor constituye el derecho de la muger para adquirir parte de lo que el esposo le hubiere dado en la justicia ó moralidad de la accion del beso, y como esta no tiene una connexion necesaria con él, sino que depende del afecto interior con que lo hace, se habia de decir que siempre que en el beso que el esposo da á la esposa intervenia deleitacion carnal y sensible no adquiria esta la mitad de lo que el esposo le hubiera dado, y siendo este conocimiento peculiar del ministro del sacramento de la penitencia, quien está inhibido de manifestar lo que se le confiesa, vendriamos á parar en que la donacion de la ley dependia de la manifestacion que hiciese el esposo del efecto ó sensibilidad que habia experimentado en el beso, lo que seria un manifesto absurdo en sujetar la disposicion de la ley á la intencion y sensibilidad interna de un acto esterno. La ley prescinde del afecto é intencion con que el esposo besa á la esposa, y solo exige por título suficiente para la adquisicion de lo que se le concede á la esposa que entre ambos medie la cualidad personal de esposos, y como esto no se verifica cuando el beso precede á los esponsales, de aqui dimana que la esposa nada gane por el beso que el esposo le hubiere dado antes de tener esta cualidad.

71. Si hubo quienes intentaron eximir de culpa grave al beso dado por deleitacion carnal y sensible nacida del mismo, no faltaron otros que arrastrados en el extremo opuesto cometieron el error de dar al beso del hombre á la muger una malicia grave y mortífera, aun cuando no fuese acompañado de deleitacion carnal y sensible, fundado en que la naturaleza no estimula este acto, cuyo error justamente se condenó por el papa Clemente V en el concilio de Viena, segun consta del capítulo 3.º de *hereticis*, de las clementinas, por estas palabras: *septimo, quod mulieris osculum (cum ad hoc natura non inclinet) est mortale peccatum::: nos, sacro aprobante concilio, sectam ipsam cum premissis erroribus damnamus et reprobamus*. La cual secta fue de los burgados y bequinas, hereges del siglo XIV.

72. Otra duda suscitan los autores acerca de la inteligencia de la presente ley, reducida á si las joyas ó vestidos preciosos que el esposo da á la esposa contraidos los esponsales, ó al tiempo de celebrarse el matrimonio, estarán ó no comprendidos en su disposicion. Diego del Castillo en su Comentario, verbo, *sea precioso ó no*, es de opinion que la esposa por el beso antes de la consumacion del matrimonio lucrará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, aunque sea cosa preciosa y de valor considerable, y es de sentir que la ley quiso declarar y terminar las dudas á que en este punto daban ocasion las leyes del derecho comun.

73. Antonio Gomez en el número 5 de su Comentario es del mismo

dictámen que Castillo, y tambien Palacios Ruvios en la repetición de la rúbrica de *donationibus inter virum et uxorem*, párrafo 6, número 43, con quienes conviene Matienzo en la glosa 3 de la presente ley.

74. Son tan terminantes las palabras de la ley en este punto, que parece no dejaban el menor arbitrio para suscitar duda alguna; «De cuanto el esposo hubiere dado á la esposa (dice) gane la mitad si la hubiere besado antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó no lo que le hubiere dado». Si la ley espresamente comprende en su disposición tanto las cosas preciosas como las que no lo son, ¿cómo podrá tenerse por duda racional y fundada la que exima las cosas preciosas de la ley, y la limite y contraiga á las que no lo son?

75. Gregorio Lopez comentando la ley 23, tit. 11 de la Partida 4, que dice: «Si la muger tuviere paños escusados que su marido le haya dado, si él muere luego, debe ella tornar tales paños con sus aparejos á los herederos del marido: é ella torna para sí los paños que traye:» afirma en la glosa 9 que Montalvo en la ley 6, título de las herencias, libro 3 del Fuero Real, sigue la opinion de cierto doctor llamado Rodrigo Alvaro, que distinguia en si los vestidos que el varon da á la muger al tiempo de casarse son de tal condicion que no pueda dejar de dárselos sin incurrir en nota de mezquino y deshonor, los adquiere la muger; pero si eran de tal clase que no podia notarse su falta por ser demasidamente preciosos, como si fueran de púrpura, los deberia volver al marido ó á sus herederos, cuya opinion la tiene Gregorio Lopez por conforme á lo dispuesto en la ley 32 de Toro, y á continuacion dice que él siempre dudó de la verdad de dicha opinion, alegando por fundamento que los vestidos nupciales no se dan á la esposa como esposa, ni como donacion esponsalicia sino como á muger, segun la ley 4 y 6, C. de *donationibus ante nuptias* de que infiere no parece debe tener lugar en este punto la decision de la ley de Toro.

76. La primera de las leyes que cita Gregorio Lopez á favor de su dictámen, ordena que la donacion que el esposo hace á la esposa bajo la condicion de que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio no sea válida, y la segunda coincide con lo mismo. De estas leyes se deduce que la donacion que el esposo hace á la esposa condicionalmente de que no adquiere el dominio de los bienes hasta verificar el matrimonio, la reputa la ley en virtud de la condicion como una donacion *inter virum et uxorem*, y pregunto ¿será esta concluyente razon para inferir y sostener que en este caso no debe tener lugar la resolucion de la ley de Toro?

77. Dispone dicha ley en términos espresos que la mitad de los bienes que el esposo da á la esposa de presente los adquiera esta si la hubiere besado, y pregunto en este caso, ¿puede dudarse que no se haya verificado el matrimonio antes de hacerse la donacion? Si, pues, la ley real aprueba y tiene por válida en cuanto á su mitad la donacion que el esposo hace á su esposa despues de verificado el matrimonio habiéndola besado, ¿quedará el menor arbitrio para poner en duda que la donacion que haga el esposo á la esposa, bajo la condicion de que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio, sea válida y subsistente en cuanto á su mitad segun la ley real?

78. En una palabra, las leyes civiles que alega Gregorio Lopez para fundar su opinion tienen por nula la donacion que el esposo hace á la esposa con condicion de que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio, y la ley real reputa por válida en cuanto á su mitad la donacion que el esposo hace á la esposa de presente despues de verificado el matrimonio, en que se echa de ver una manifiesta contrariedad entre el derecho civil y real, y en estos términos sostener la decision del derecho civil en contraposicion del real, ¿no será negar virtualmente en los Soberanos de España la potestad de derogar las leyes romanas? Siendo muy notable haya incurrido en este error uno de los mas sabios jurisconsultos españoles, que se ha hecho célebre por sus Comentarios ó notas, con que ha ilustrado la obra de las Siete Partidas, el código mas sabio y completo de la nacion española, por lo que con razon se admira Matienzo en el lugar citado que Gregorio Lopez, siendo un varon tan grave y de tanta autoridad, siga la opinion contraria.

79. Acevedo en el número 29 del lugar citado sigue el dictámen de Gregorio Lopez, y afirma que así lo practicó él y aconsejó muchas veces y que otros tambien lo aconsejaron, y despues de referir la opinion de Julio Claro, que era de sentir que las alhajas y vestidos preciosos se dan á la muger para su uso y adorno, pero no para que los haga suyos, añade de ageno caudal ó invencion la siguiente distincion: si la muger segun la condicion de su estado no puede presentarse en público sin ser notada sino lleva aquellas joyas y vestidos, los hará suyos aunque sean preciosos segun la disposicion de nuestra ley, aunque no sean cotidianos; pero si puede salir sin ellos en dias festivos sin nota de indecencia, si son preciosos no lucrará, segun Montalvo en la ley 6, tít. 7, lib. 3 Fuero Real, glosa 2, columna 2 al fin, y da la razon por qué en el primer caso efectivamente no se pueden decir preciosos, y en el segundo sí, atendida la cualidad de la muger.

80. Véase ahora de qué servirían las disposiciones claras y terminantes de las leyes si se admiten tan voluntarias y caprichosas distinciones. La ley nos dice que si el esposo hubiere besado á la esposa ganará esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, sea precioso ó no, sin admitir diferencia en uno y otro caso; ¿pues de dónde se deduce la distincion de que si puede la muger presentarse en público sin nota de indecencia ó deshonor sin aquellas alhajas, no las hará suyas si son preciosas, cuando la ley espresamente dice que aun cuando lo sean las adquiera la esposa si el esposo la hubiere besado?

81. El mismo Acevedo en la nota que hace á las palabras de la ley «precioso ó no» llama la atencion á dichas palabras, y dice nada se escluye en ellas, y así estan comprendidas las cosas preciosas, y las lucrará la esposa segun el tenor de nuestra ley, y esto no obstante pone despues la esquisita y preciosa distincion que se ha referido.

82. Cita Acevedo en el número de los que siguen su opinion á Palacios Ruvios en el párrafo 11 de la rúbrica de la reeleccion al título de *don. inter virum et uxorem*, al fin del número 3, en donde dice que se debe admitir distincion entre las joyas y vestidos preciosos y no preciosos adquiriendo la muger los segundos y no los primeros, y segun ella se declaraba y juzgaba en la audiencia real, como él mismo lo vió muchas veces.

83. Es constante que en el lugar citado por Acevedo sigue Palacios Ruvios la opinion que supone Acevedo, y dice lo que este espresa; pero debia haber tenido presente el mismo Acevedo que Palacios Ruvios varió de opinion en el párrafo 6, número 13 de la repeticion de la rúbrica del título *de donationibus inter virum et uxorem*, donde despues de haber referido las opiniones de varios autores desde el número 1 hasta el 13, acerca de si lo que el esposo daba á la esposa era para solo el uso, ó con ánimo de que lo hiciese suyo, y apoyádo las con diversos testos del derecho civil, sigue y abraza la de aquellos que eran de parecer que lo que el esposo daba á la esposa se presumia que lo hacia mas bien para que se presentase adornada y compuesta cuando se iba á casar, que no para que lo adquiriese é hiciese suyo y despues de esto añade en el número 13 las siguientes palabras: «Despues de escrito esto se publicó la ley del reino hecha en Toro, en cuya formacion intervine yo con otros consejeros, y para quitar dichas dudas se estableció que de todas las cosas, aunque fueran preciosas, que el esposo diera á la esposa aunque fuera de futuro, consiguiera esta la mitad si habia intervenido beso, y si no nada», y para mayor declaracion de su dictámen ó manifestar mejor su opinion en este punto, concluye con las siguientes palabras: «asi lo dispone la citada ley 52, á la cual se debe estar como que es la última.»

84. Con el dicho de un testigo presencial de la autoridad y gravedad de un hombre tan respetable como Palacios Ruvios, era de esperar que todos cuantos escribieran despues de él hubieran seguido la opinion de Castillo y Antonio Gomez, aun cuando las palabras de la ley no fueran tan claras y decisivas como queda manifestado; pero Acevedo, cerrando los ojos á un golpe tan claro de luz, no obstante de haber leído la retractacion de Palacios Ruvios, como lo manifiesta en el número 28, donde cita el párrafo 6, número penúltimo del espresado Palacios, en que se halla, pretende que este mismo autor en el párrafo 11, número 3 enseñó lo contrario, sin hacerse cargo de que la obra de Palacios Ruvios de su Comentario ó repeticion al título *de donationibus inter virum et uxorem*, salió á luz por la primera vez, segun don Nicolás Antonio en su biblioteca, el año 1503 en Valladolid, y la ley de Toro se publicó en el de 5, dos años despues, y en otra edicion de la citada obra en Salamanca el año de 1523, corregida y aumentada por él mismo, retractó su primera opinion en vista de la nueva disposicion de la ley de Toro, sin haber creído deber suprimir la opinion que antes habia seguido, y las razones en que la habia fundado, y asi cuando trató el mismo punto en el párrafo 11, se refiere á lo que dejaba dicho en el párrafo 6, tanto en cuanto á su anterior opinion, como á la que siguió despues de la formacion de la ley de Toro, y la prueba que convence esta presuncion ó congetura es la de que en el párrafo 11 no retractó lo que habia dicho en el párrafo 6 acerca de la causa ó motivo con que se formó la ley de Toro.

85. En una palabra, por la razon que no suprimió en la segunda edicion lo que habia dicho en el párrafo 6 antes de poner la decision de la ley de Toro, por la misma no omitió lo que tenia dicho en el párrafo 11, que fue el manifestar la solidez con que habia probado su primera opinion con arreglo á las leyes civiles y sus comentadores.

86. Otra prueba de la preocupacion y falta de reflexion con que procedieron en su opinion Gregorio Lopez y Acevedo presenta la ley 6, título

lo 3, lib. 10 de la Novísima, que señala y prescribe la cuota ó cantidad de que no puede esceder la donacion esponsalicia, cuyas palabras son las siguientes: «Y por que los que se desposan ó casan suelen dar al tiempo que se desposan ó casan á sus esposas ó mugeres joyas y vestidos escesivos..... mandamos que de aqui adelante ninguno ni algunos de estos nuestros reinos que se desposaren ó casaren, no pueda dar ni dé á su esposa y muger en los dichos vestidos y joyas, ni en otra cosa alguna mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella rescibiere.»

87. Ahora bien, supuesta la decision de esta ley formo el siguiente raciocinio: ó la ley de Toro comprendió en su disposicion las joyas y vestidos preciosos, ó no las comprendió: si lo primero, es falsa la opinion de Gregorio Lopez y Acevedo: si lo segundo, era bien escusado y ocioso que la ley de la Recopilacion fijase el valor de las joyas y vestidos escesivos, que es lo mismo que preciosos, en la octava parte de la dote que recibiere con su muger, pues sin ella lo mismo hubiera sucedido segun la opinion de los referidos autores, á mas de que por el mismo hecho de fijar el valor de que no debieran esceder las joyas y vestidos preciosos que el esposo daba á su esposa, para que esta los pudiese adquirir, se infiere necesariamente, á contrario sensu, que siempre que las joyas y vestidos preciosos no escedian la cuota señalada los podia adquirir la muger.

88. Se hace reparable el descuido de Gregorio Lopez en este punto en no hacer la mas mínima mencion de la espresada ley, no obstante que es del año 1534, y de consiguiente veinte y un años anterior al de 1555, en que publicó y dió á luz su célebre glosa ó Comentario á la ley de Partida. Mas culpable es aun Acevedo en no haber citado una ley decisiva en la materia, siendo asi que no pudo menos de tenerla presente, pues no solo fue anterior á su voluminosa obra de los Comentarios del derecho civil á las constituciones reales, sino que fue una de las comprendidas en sus glosas ó Comentarios: lo que hace sospechar si su omision en citar la fue mas afectada que verdadera.

89. Esta ley recopilada deroga en parte la disposicion de la ley de Toro, pues por ella se dejaba en libertad al esposo de poder hacer la donacion esponsalicia sin limitarle la cantidad de que no debia esceder, y por la ley recopilada se ordenó que la donacion esponsalicia no pudiese esceder de la octava parte del valor de la dote de la muger, de que se infiere que cuando esta no trajese dote quedaba el esposo inhibido de poder hacer donacion esponsalicia á su esposa; pero en tal caso le quedaba al esposo la facultad de dar arras á su esposa, la que ninguna relacion guarda con la dote de la muger, aunque sí con los bienes del marido, como se establece por la ley del Fuero Real, confirmada por la ley 50 de Toro.

90. Tambien debe observarse que en caso que la esposa haga donacion al esposo, como supone la ley 3, tít. 11, Partida 4, no deberá regir la regla establecida por la ley recopilada de que la donacion esponsalicia no haya de esceder de la octava parte de la dote, porque el esposo ó marido no la trae, y aunque por identidad de razon parecia que no debia tener lugar en este caso la donacion esponsalicia de la esposa, como no habla de él ni la ley de Toro ni la recopilada, me inclino á que en dicho caso debe regir lo dispuesto en la ley de Partida, que ninguna limitacion pone á la donacion que la esposa hace al esposo.

91. Continúa la ley disponiendo que si cualquiera de los esposos mu-

riere despues de consumado el matrimonio gane la muger ó sus herederos todo lo que el esposo le hubiere dado, á no ser que hubiese tambien habido constitucion de arras, en cuyo caso concede á la muger ó á sus herederos la facultad de escoger quedarse con las arras ó con lo que el esposo le hubiese dado, con lo que claramente da á entender que hay una diferencia notable y esencial entre las arras y donacion esponsalicia, y como por lo comun nuestros Comentadores no se detienen á manifestar en qué consiste esta diferencia, ó no la hacen con la debida claridad, no será fuera de propósito que me detenga á indicarla.

92. Las arras, como he dicho en el Comentario á la ley 50 de Toro, se consideraban por el derecho comun como una prenda que el esposo daba á la esposa en seguridad de que contraeria matrimonio con ella, segun la ley 3, C. de *sponsalibus*, y en prueba de ello es que ordena la misma ley que se deberian restituir al esposo las arras si no se verificaba el matrimonio, á no ser que de su parte hubiera estado en no cumplir lo que habia prometido.

93. En el mismo concepto habla de las arras la ley 4, tít. 44, Partida 4, y con alusion á él se establece en la ley 84, tít. 18 de la Partida 3, las cláusulas con que debe estenderso la escritura de constitucion de arras. No se ha de confundir las clausulas ó fórmulas de la constitucion de arras con la que pone la ley 87 del mismo título y Partida que corresponde á la donacion *propter nuptias*, á que llama arras, en lo que concuerda la ya espresada ley 4, tít. 44, Partida 4, asegurando que la donacion *propter nuptias* es la que en España propiamente se llama arras.

94. Prescindiendo del concepto y sentido que el derecho comun da á las arras, que es el de prenda en seguridad de cumplir la promesa de contraer matrimonio, como de otra cualquiera obligacion ó contrato, y de la identidad que pretende la Ley de Partida hay entre las arras y la donacion *propter nuptias*, que en realidad ha quedado anticuada y abolida en España, segun la opinion comun de los mas clásicos autores nacionales, lo cierto es que las arras de que hace mencion la presente ley de Toro son cosa muy diversa de lo que supone el derecho comun y la ley citada de Partida.

95. Las arras, segun el derecho nacional y la práctica generalmente recibida en España, y atestiguada por los autores, es la donacion que el esposo hace á la esposa antes ó despues de contraído el matrimonio en recompensa de la virginidad, honestidad, juventud ó de su nobleza, ó de otra cualquiera prenda personal, de forma que vienen á ser en realidad una donacion que el esposo hace á la esposa en remuneracion y agradecimiento de cualesquiera de las cualidades personales que se han indicado.

96. En este concepto habló de las arras la ley 6, tít. 4 de los casamientos, núm. 3 del Fuero Juzgo, en que se ordena por punto general que cualquiera principe de la corte del Rey ó de los principales de la nacion goda no puedan dar por razon de arras á la muger con quien pretendia casarse, sea virgen ó viuda mas que la décima parte de los bienes que tuviese, de cuyas arras si la muger no tuvise hijos pueda disponer como quisiere y segun su voluntad; cuya disposicion convence hasta la evidencia que las arras no suponía la ley por prenda ó seguridad del cumplimiento de la promesa, pues verificado este la prenda quedaba libre y continuaba en el dominio del que le habia constituido, lo que no es com-

patible con que la muger pudiera hacer de ella lo que quisiere si no tenia hijos.

97. En igual sentido y bajo la misma disposicion establece la ley 4, tít. 2 de las arras, lib. 3 del Fuero Real, que las arras que se den á la muger no escedan de la décima parte de los bienes del marido, bajo pena de nulidad, y que pueda disponer de ellas la muger cómo le pareciere, si no tuviere hijos, y en tanto grado hacia la muger suyas las arras que el marido le habia dado, que segun la disposicion de la ley 4 del mismo título, no podia este enagenarlas, aunque diese para ello su consentimiento la muger, ni ella misma podia hacerlo despues de la muerte del marido si tenia hijos, limitándose su facultad á disponer únicamente de la cuarta parte del valor de las arras.

98. Siguiendo el mismo concepto que las leyes citadas del Fuero Juzgo y Real, concede la presente de Toro á la muger, que disuelto el matrimonio pueda elegir quedarse con las arras ó con los bienes de la donacion esponsalicia, pues de otro modo no podia tener la muger derecho alguno á las arras en clase de prenda ó seguridad del matrimonio, como se ha dicho.

99. Acevedo en el Comentario á la ley 2, tít. 2, lib 5 de la Recopilacion, núm. 4 y siguiente, explica bastante bien la naturaleza de las arras segun la práctica observada en España, distinguiendo las arras en el concepto de prenda ó seguridad de cuando se hacen por via de donacion remuneratoria de alguna cualidad personal de la muger, en cuyo sentido afirma se constituye en Castilla y en toda España; pero comete el descuido de suponer que se pueden dar las arras antes de contraer los esponsales, lo que manifiestamente es un error, porque las arras suponen y son secuela de los esponsales. Las arras, pues, segun la doctrina que se ha senalado, son una donacion que hace el esposo ó marido á su esposa ó muger en remuneracion, premio ó galardón de alguna cualidad personal de la misma.

100. La donacion esponsalicia, como se ha dicho arriba, es la que hace el esposo á la esposa con condicion implicita y virtual de que se verifique el matrimonio, y por lo comun consiste en alhajas ó vestidos que se dan á la esposa para su adorno y lucimiento de su persona, principalmente en el dia de la celebracion de las bodas, y dicha donacion no puede esceder de la octava parte del valor de la dote que la muger aporta al matrimonio.

101. De esta breve descripcion que acaba de hacerse de las arras y donacion esponsalicia aparece la diferencia que media entre ellas en dos puntos principales, cuales son, que las arras, segun las leyes citadas del Fuero Juzgo y Real, no pueden esceder de la décima parte de los bienes del que las da, y la donacion esponsalicia no debe pasar de la octava parte de la dote que trae la esposa que la recibe, segun la ley 6, tít. 3, lib. 10 de la Novísima. He dicho en dos puntos principales, porque hay otros de menor monta en que tambien se diferencian; las arras comunmente se entienden que las da el esposo á la esposa, y la donacion esponsalicia puede hacerla igualmente la esposa al esposo que el esposo á la esposa, segun la ley 3, tít. 11 de la Partida citada. Las arras se hacen de la muger verificado el matrimonio, y la donacion esponsalicia tiene que volverla la esposa si por muerte del esposo no se ha verificado el

matrimonio, ó no ha llegado á consumarse si no ha intervenido beso, por lo que con razon la presente ley de Toro supone que son cosas diversas las arras y la donacion esponsalicia, en cuya suposicion le concede á la muger ó á sus herederos la facultad de elegir quedarse con las arras ó con la donacion esponsalicia cuando se disuelve el matrimonio, despues de consumado, por la muerte de uno de los consortes. Debiendo notar de paso que la donacion esponsalicia que la citada ley de Partida supone que debe hacerse antes de que se verifique el matrimonio, por la presente ley de Toro se puede hacer aunque ya se haya contraido.

402. Resta resolver algunas dudas, que aunque de menor importancia que las anteriores, servirán de satisfacer los deseos de los curiosos. Dispone la ley que si cualquiera de los esposos muriese antes de haberse consumado el matrimonio, vuelva la esposa ó sus herederos al esposo ó á los suyos todo lo que le hubiese dado. De esta regla exceptúa la ley el caso en que el esposo haya besado á la esposa, en el cual le concede á esta que gane y haga suya la mitad de cuanto el esposo le hubiera dado.

403. Si en el caso de que la muerte haya impedido á los esposos de presente la consumacion del matrimonio, quiere la ley que se observe la distincion que se ha referido, por igual razon debe suponerse dispuso la ley que se observarse lo mismo cuando la muerte de uno de los esposos impidió que se verificase el matrimonio.

404. Mayor dificultad presenta la duda contraida, no al caso de la muerte, sino á la falta de voluntad de uno de los esposos para celebrar el matrimonio ó consumarlo, y como de este caso ni habla la presente ley ni la 16, C. de *donationibus ante nuptias*, de donde se tomó, es forzoso recurrir á la ley 3, tit. 41, Part. 4, donde espresamente se propone y resuelve, mandando que el que recibe la donacion vuelva lo que ha recibido, si por su culpa no se verifica el matrimonio, véanse sus palabras: «E como quier que tal don como este se diese sin condicion, pero siempre se entiende quel debe tornar aquel que recibe, si por su culpa finca que el matrimonio no se cumpla,» cuya decision está tomada de la ley 15, C. del citado título, la que parece no ser disonante á la razon.

405. De la resolucion de esta duda resalta otra mas sutil y delicada, á saber, si habiendo intervenido beso entre los esposos, la esposa se escusa sin justa causa á celebrar el matrimonio, la que parece tiene contra sí la decision de las leyes 15 y 3 citadas del Código y Partida, pues verificándose que la esposa por su culpa deja de contraer el matrimonio, segun las espresadas leyes, debia volver lo que habia recibido. Esto no obstante, á primera vista la opinion de que la esposa en el caso de la disputa ganará la mitad de cuanto el esposo le hubiese dado, no deja de presentar alguna apariencia de razon.

406. La causa en que fundan las leyes el derecho de la esposa para adquirir la mitad de lo que hubiere recibido del esposo, la hacen consistir en el beso que el esposo dió á la esposa, y como esta causa se verificó y subsiste, aun cuando la esposa sin justa causa y por su mera voluntad se escuse á celebrar el matrimonio, parecia que subsistiendo el título que señala la ley para la adquisicion debia esta verificarse; pero bien meditado este punto debe decirse lo contrario.

407. La donacion esponsalicia que el esposo hace á la esposa lleva consigo la condicion virtual ó implícita de que se haya de verificar el matri-

monio, con que no celebrándose este por culpa de la esposa, es claro que faltó la condicion con que se hizo la donacion, y tambien de consiguiente faltó igualmente la condicion con que la ley concedió á la esposa la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y la que tuvo el esposo en dar el beso á su esposa. Si las condiciones contingentes que no se verifican eximen al promitente ó donante de cumplir lo prometido, ¿con cuánta mas razon obrará este mismo efecto la falta de cumplimiento de una condicion potestativa que está en manos y voluntad del promisario ó donatario verificarla?

108. El beso por si no es título legítimo y legal para adquirir sino en fuerza de la virtud que le atribuye la ley cuando se verifica entre los esposos, y como estos lo son por la mútua promesa que se han hecho de contraer el matrimonio, es á todas luces claro que faltando la esposa sin justa causa á su cumplimiento, no se verificó la condicion de celebrar el matrimonio, bajo la cual se le concedia la adquisicion de la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y así el beso en tal caso, atendido el espíritu de la ley, cesó de ser título legítimo y legal para adquirir.

109. Supuesta esta doctrina es duda algo complicada, qué deberá decirse cuando el matrimonio no ha llegado á verificarse, ó se ha disuelto antes de su consumacion, por haber elegido uno de los esposos hacerse religioso, profesando en una religion aprobada: para la resolucion de esta duda conviene distinguir si despues de los esponsales intervino ó no beso; en este último caso deberá decirse lo mismo que en el de la muerte, de la duda antecedente, esto es, que el esposo deberá recobrar lo que dió, y la esposa devolver lo que recibió. La razon de equipararse este caso con el de la muerte es porque así como en este no interviene en ninguno de los contrayentes culpa que pueda imputárseles, tampoco en el presente.

110. Así en el contrato de esponsales como en el de matrimonio se entiende implícitamente inherente la condicion de que pueda disolverse por la profesion religiosa, y de consiguiente la facultad que á cualquiera de los esposos compete de usar del derecho que por dicha condicion se les concede ningun perjuicio causa ó irroga al esposo que queda en el siglo, y por lo tanto ni el que entra en religion tiene justo título ó derecho para adquirir, ni el que permanece en el siglo obligacion de perder.

111. Mas estrecha la resolucion de esta duda cuando ha intervenido beso, y contrayéndome al caso de que la donacion la haya hecho el esposo, y la esposa elija entrar en religion, opina Palacios Ruvios en el número 3 del Comentario á la ley de Toro, que la esposa ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, aunque en el párrafo 3 de la repeticion á la rúbrica *de donationibus inter virum et ux.*, número 5, deja dudosa la resolucion de esta duda, como observó Covarrubias *de matrimonio*, parte 2, cap. 7, párrafo 4, número 17, donde espresamente se declara por la opinion de que la muger ó esposa ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y lo mismo resuelve Acevedo en el Comentario á esta ley, número 9, y Matienzo en la glosa 2 á la misma, número 4.

112. Yo soy del mismo dictámen, sin embargo de que no tengo por suficiente y adecuado el fundamento en que los citados autores apoyan su opinion, reducido á alegar varios textos canonicos y civiles que suponen ó declaran que así los esponsales de futuro como el matrimo-

nio rato se disuelve lícita y justamente por la profesion religiosa, cuya razon á mi parecer nada conduce al punto de que tratamos, de si la esposa haciendo voto solemne de castidad lucrará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, porque es constante, y está fuera de toda duda, que cuando no ha intervenido beso entre los esposos, aunque cualquiera de ellos elija el estado religioso, ni la esposa lucrará parte de los bienes donados, ni el esposo la perderá, sino que deberá devolversele íntegramente todo lo que donó como en el caso de la muerte de uno de ellos, por lo que se hace preciso buscar otra razon mas análoga y concreta al caso de la disputa que sirva de fundamento á la opinion indicada.

413. Esta á mi parecer no es otra sino la de que por el beso supone la ley, que se celebra entre los esposos un contrato oneroso semejante al de compra y venta, en que el esposo vende la mitad de los bienes donados y la esposa la compra por el beso, de forma que la donacion del esposo es la finca que se vende, y el beso de la esposa el precio que se da por ella, y como la rescision de cualquier contrato, y en particular el de la compra y venta, no se pueda verificar sin la mútua y respectiva devolucion de la cosa y su precio, de aqui es que no pudiendo devolverse el precio, que consiste en el beso, que es un acto transeunte que pasó y dejó de existir, no puede tener lugar la rescision del contrato, y cada una de las partes retiene lo que recibió: siendo pues imposible la devolucion del beso, en que, como se ha dicho, consiste el precio que, la esposa dió por los bienes que habia recibido, la repeticion del beso tan lejos estaria de considerarse como devolucion del precio, que antes bien en realidad seria aumento del mismo.

414. De lo que se ha dicho en el caso de que el esposo ha hecho la donacion á la esposa, fácilmente se infiere y deduce lo que deberá decirse cuando esta ha sido la que ha hecho la donacion al esposo, en el que deberá devolver este los bienes que hubiese recibido de la esposa interviniere ó no beso, y sea cualquiera de los dos el que haya elegido el estado religioso. La razon en que se funda esta resolucion estriba en los mismos principios que la duda antecedente.

415. En esta se dijo que cuando se rescinden los contratos recíprocamente onerosos por causa justa y legal, deben devolverse los contrayentes mútuamente lo que recibieron; en el presente caso el contrato es puramente lucrativo de parte del esposo que recibió el beso y la donacion y enteramente oneroso de parte de la esposa que dió uno y otro; que segun este principio la razon exige que rescindido el contrato en virtud de la profesion religiosa devuelva el esposo á la esposa los bienes que recibió de ella, ya que en el beso no cabe devolucion por ser un acto esencialmente transeunte.

416. Conformar esta doctrina con lo que dispone la ley 16, C. de *donationibus ante nuptias*, y la 3, tít. 11, Partida 4, las que hablando del caso en que la esposa haya hecho donacion al esposo, y antes de celebrarse el matrimonio haya sobrevenido la muerte de uno de los esposos, ordenan que el esposo ó sus herederos devuelvan á la esposa ó los suyos los bienes que recibió de ella, haya ó no intervenido beso.

417. Queriendo la ley de Partida indicar la razon de la diferencia que se nota entre el caso que el esposo haya hecho la donacion á la esposa, ó esta al esposo, para que en el primero hiciere la esposa interviniendo

do beso, la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y en el segundo nada retenga el esposo, sino que los bienes donados íntegramente se devuelvan á la esposa, alega las razones siguientes «Porque la desposada da el beso á su esposo y no se entiende que lo recibe de él. Otro sí cuando recibe el esposo el beso ha ende placer, é es alegre, é la esposa finca en vergonzada», cuyas dos razones aluden á que el contrato ha sido lucrativo respecto del esposo, y oneroso á la esposa.

118. Todavía resta para la entera esposicion de esta ley examinar si tendrá lugar su disposicion en el matrimonio putativo, en lo que comprendo tambien los esponsales de la misma especie, pues lo que se diga del matrimonio debe extenderse á los esponsales.

119. El matrimonio putativo puede contraerse con buena fé de ambas partes, ó siendo sabedoras las mismas del impedimento; tambien puede suceder que una sola lo sepa y la otra lo ignore, y en todos estos casos son diversas las resoluciones.

120. En el matrimonio que se contrae con buena fé de ambas partes deberán regir las mismas disposiciones que en el legítimo y verdadero, esto es, que habiendo intervenido beso la muger ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado. El fundamento de esta resolucion se deduce del cap. 14 de las Decretales de Gregorio IX, *qui filii sint legitimi*, en el que habiendo sido consultado el Pontífice Inocencio III si un hijo que habia tenido una muger que con buena fé habia casado con un hombre que ya lo era, respondió que el hijo debia tenerse por legítimo. Si la buena fé de uno de los contrayentes basta para legitimar á un hijo procreado en un matrimonio presunto, con mayor razon bastará para que se transfiera el dominio de la mitad de lo que el esposo hubiere dado á la esposa; en comprobacion de esta ilacion obra la ley 4, título 6, libro 3 del Fuero Real, por la que se declara corresponde á la muger que con buena fé casó con otro que ya lo estaba la mitad de los gananciales que adquirieron durante el tiempo que vivieron en sociedad.

121. Si la buena fé de una de las partes basta para legitimar los hijos y da justo título para adquirir la mitad de los gananciales, por igual ó mayor razon deberá decirse que la buena fé de ambos contrayentes ha de producir los mismos efectos, y de consiguiente que la esposa adquirirá la mitad de lo que el esposo le hubiere dado si intervino beso, por no ser menos legítima y legal la adquisicion de esta mitad en los esponsales de presente ó de futuro, que lo es la de la adquisicion de la mitad de los gananciales en el matrimonio verdadero.

122. Si la mala fé ha sido de ambas partes, ninguna ganará lo que la otra le haya dado, interviniese ó no beso, porque faltaba el título verdadero ó presunto de los esponsales, cuya cualidad es indispensable, segun la ley, para que la esposa adquiera la mitad de lo que le hubiere dado el esposo interviniendo beso, en cuyo caso el beso no se consideraria esponsalicio, sino de amor impuro y sensual. Está conforme esta doctrina á la resolucion de la ley 31, tit. 14 de la Partida 5, en que se ordena que lo que dos se dan por razon de casamiento con conocimiento de que entre ellos habia impedimento, que segun derecho impedia el casamiento, no lo pueden repetir, sino que se hace de la cámara del Rey.

123. Los otros dos casos indicados arriba, reducidos á cuando una de las partes ignoraba el impedimento y la otra lo sabia, deben resolverse por

los mismos principios con la siguiente distincion, que si la muger era la que sabia el impedimento nada podia lucrar de la donacion que le hizo el esposo aunque interviniese beso, porque este no era esponsalicio, como se ha dicho, sino sensual. Es muy análoga á esta resolucion la decision de la ley 50, tít. 14 de la Partida 5, donde tratándose del caso en que una muger sabedora del impedimento se casa con otro que lo ignoraba, si le diese en dote alguna cosa, se resuelve que no la podria demandar, ni estaria obligado el que la recibió á tornarla, dando por razon porque face ella muy gran torpedad en trabajarse á sabiendas de casar con tal hombre, con quien no podria casar con derecho, é por ende no puede demandar aquello que le dió; lo que impide recobrar lo que se ha dado, con mayor razon impedia adquirir lo que se ha recibido. Si el marido era sabedor del impedimento, y lo ignoraba la muger, por igual razon ganaria esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado habiendo intervenido beso.

124. La doctrina que dejo espendida en estos casos se encuentra substancialmente, aunque no con tanta individualidad y especificacion, en Palacios Ruvios, en la rubrica de *donationibus inter vir. et ux.*, párrafo 36, número 2; en Covarrubias de *sponsalibus*, parte segunda, cap. 7, párrafo 4, número 8; en Acevedo en la ley 4, tít. 2, lib. 5 de la Recopilacion, número 9; en Matienzo en la misma ley y título, glosa 2.^a, y en otros varios.

125. Como las dudas que acaban de resolverse se limitan á los esponsales de futuro y de presente antes de la consumacion del matrimonio, podrá dudarse si despues de esta deberá regir la misma doctrina, esto es, si por la cópula ganará la muger el todo de la donacion que le hubiere hecho el esposo. Don Juan Alvarez Posadilla, hablando de esta ley, aunque es de parecer que la esposa, asi en los esponsales nulos como en el matrimonio no consumado de la misma especie, contraído de buena fé por parte de la muger, ganará esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado si intervino beso, opina que en el caso de consumarse el matrimonio no ganará la muger el todo de lo que recibió del esposo, alegando que la ley no lo dice, ni hay razon para que se entienda que sea extensiva la validacion de estas donaciones al matrimonio consumado caso de que sea nulo, con lo que incurre en la inconsecuencia de conceder que en el matrimonio nulo de presente ganará la esposa por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado y tambien en el matrimonio consumado de la misma especie, sin estenderse en este caso al todo de la donacion, fundado en las palabras de la ley, que hablando del matrimonio consumado en que gana la muger el todo de la donacion, dice, disuelto que sea el matrimonio, y el matrimonio nulo no se puede disolver; sin reflexionar que de la misma espresion usa la ley en el matrimonio rato y no consumado, diciendo que la esposa de presente ó de futuro si la hubiese besado el esposo gane lo que le hubiere dadouelto el matrimonio.

126. Si en el matrimonio rato nulo la espresion,uelto el matrimonio, no impide, en el concepto de Posadilla, que la esposa gane la mitad de lo que el esposo le hubiere dado si intervino beso, ¿qué razon puede tener para afirmar que esta misma espresion, en el caso del matrimonio consumado, prive á la muger de lucrar el todo de la donacion? En ambos casos la muger adquiere por título oneroso, y como la ley reputa que es título

mas eneroso el de la cópula que el beso, con razon concedió en el primer caso el todo de la donacion, y en el segundo la mitad. Debe, pues, decirse que lo mismo que se ha dicho en el caso de los esponsales y matrimonio ratos nulos, se ha de observar en el matrimonio consumado de la misma especie.

427. El mismo Posadilla manifiesta dudar si en los esponsales de futuro no llegando á verificarse el matrimonio ganará la muger por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, fundado en que la ley dice disuelto el matrimonio, lo que no se puede verificar en los esponsales que no han pasado de futuro, y aunque despues con alguna desconfianza admite que la disposicion de la ley tendrá tambien lugar en este caso, deberia haberla depuesto del todo si hubiera reflexionado que la ley en sus primeras palabras comprende bajo la misma disposicion los esponsales de futuro y de presente, y seria bien escusado é inútil que hubiese hablado de los esponsales de futuro si solo podia verificarse su resolucíon en el caso que se disolviera el matrimonio, pues en los esponsales de futuro nunca podia verificarse esta condicion ó cualidad.

428. Tambien le hubiera servido para deponer su duda el haber tenido presente que la ley del emperador Constantino, de que se formó la de Toro, únicamente dirige su disposicion á los esponsales de futuro, y en esta parte la copió la ley de Toro, y á mas la hizo estensiva al matrimonio de presente; de que se convence que la espresion de que usa, disuelto el matrimonio, no fue para restringir y limitar su disposicion al matrimonio de presente, con esclusíon de los esponsales de futuro, sino antes bien para estender la disposicion de la ley de Constantino, que solo hablaba de los esponsales de futuro, al matrimonio de presente.

429. Las demas palabras de la ley, por las que da á la muger la facultad de elegir las arras ó donacion esponsalicia, y le señala y prescribe el tiempo en que debe hacerlo, son tan claras que seria oscurecerlas pretendiendo comentarlas.

Lev 53 de Toro; es la 8.^a, tit. 9.^o, lib. 3.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tit. 3.^o, lib. 10 de la Novísima.

Modo de pagar la dote ó donacion *propter nuptias*, prometida al hijo por marido y muger durante el matrimonio.

Si el marido é la muger durante el matrimonio casaren algun fijo comun, é ambos le prometieren la dote, ó donacion *propter nuptias*, que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimo-

nio, é si no los oviere, que basten á la paga de la dicha dote y donacion *propter nuptias*, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en cualesquiera manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dola, ó hace donacion *propter nuptias* á algun fijo comun, y del tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere, y si no las oviere, que la tal dote, ó donacion *propter nuptias* se pague de los bienes del marido, é no de la muger.

COMENTARIO A LA LEY 53 DE TORO.

SUMARIO.

Parrafo 4. Resumen de la ley.—2. La razon en que se funda la primera parte de la ley, segun Covarrubias, Matienzo, Acevedo y Gomez, es porque la promesa de dote ó donacion *propter nuptias*, hecha en tiempo del matrimonio, es una deuda contraida constante matrimonio, que debe satisfacerse de los bienes gananciales de este.—3. Leyes en que fundan esta razon.—4. No bastando los bienes gananciales para pagar la dote ó donacion, se paga de los demas bienes, incluso los dotales.—5. Se espone la segunda parte de la ley.—6. Duda sobre si ofreciendo el padre solo, disuelto el matrimonio, la dote ó donacion deberá pagarse de los bienes gananciales de marido y muger, ó solo de los de este: opinion en el primer sentido de Covarrubias, Gregorio Lopez, Matienzo y Acevedo.—7. Opinion de Gomez por el segundo extremo.—8. Se inclina el señor Llamas á la opinion de Gomez, á quien siguen Ayo-ra y Molina, pero á quien combate Baeza.—9. Contestacion de Baeza al argumento sobre que exigiendo la ley al permitir que la dote ó donacion se haga de los bienes gananciales, que sea constante matrimonio, parece que disuelto el matrimonio no debe regir la disposicion de la ley, diciendo, que la razon de decir la ley constante matrimonio, es para declarar el caso mas dudoso, cual era que teniendo la muger el dominio y posesion de la mitad de los gananciales, constante matrimonio, parecia dudoso que el marido, contra la voluntad de la muger, pudiese dotar á la hija de los bienes gananciales que pertenecian á la muger, pero disuelto el matrimonio, no parece dudoso que el padre dote á la hija con los bienes que adquirió con su propio sudor.—10. Se contesta á estas razones observando que mas razon habia para que la ley espresamente concediese al marido la facultad de disponer de los bienes gananciales, disuelto el matrimonio, que constante matrimonio, puesto que en el primer caso no solo tiene la muger el dominio y la posesion, sino la libre administracion, y en el segundo le compete esta al marido, segun las disposiciones legales y consideraciones que se esponen.—11. Nuevas razones en favor de lo espuesto.—12. Se espone una ley romana en apoyo de lo mismo.—13. Se contesta á la razon en que funda Covarrubias su opinion, consistente en la práctica de los tribunales.—14. Se contesta á otro fundamento del mismo reducido á que del primer matrimonio dimanó al padre la obligacion de dotar á la hija, y así esta carga debe reputarse contraida constante matrimonio, aunque se prometa ya disuelto, y las deudas de la sociedad deben pagarse del caudal que le pertenece, observando que la obligacion que tiene el padre

de dotar á la hija no la causa el matrimonio, por las razones que se esponen.=15. Se observa contra la razon de Baeza sobre que los gananciales se adquieren á costa del sudor del marido, que tanto puede suceder que los gananciales provengan de los frutos de los bienes de la muger como de la industria del marido.=16. Duda de Baeza sobre si en caso que dote el padre solo á la hija, constante matrimonio, y se paga la dote de los gananciales, debe traer á colacion por muerte del padre toda la dote ó solo la mitad, reservando la otra para la muerte de la madre: opinion del mismo sobre que debe colacionar toda la dote.=17. Opinion de Gomez sobre que debe colacionar la mitad de la dote perteneciente al padre, á la cual se adhiere el señor Llamas por las razones que se esponen.=18. De no satisfacer estas razones, se aconseja á la muger que no deje de prometer la dote al marido, por las ventajas que se esponen.

4. Dispone la presente ley que si el padre y la madre durante el matrimonio casan á algun hijo comun y le prometen la dote ó donacion *propter nuptias*, la paguen de los bienes ganados en el matrimonio, y si no hubiere bastantes lo satisfagan por mitad de los demas bienes que les pertenezcan en cualquier manera que sea; pero si el padre solo durante el matrimonio hace alguna de las dichas donaciones á algun hijo comun que se pague de los bienes gananciales del matrimonio si los hubiere, y no habiéndolos que lo satisfaga de sus bienes, y no de los de la muger.

2. Acerca de la primera parte de la presente ley se detienen ó indagan los autores la razon de decidir, y Covarrubias en las varias, lib. 3, cap. 49, núm. 3, afirma que la razon es porque la promesa de dote ó donacion *propter nuptias* hecha en tiempo del matrimonio, es una deuda contraida constante matrimonio, y de consiguiente debe satisfacerse de los bienes gananciales del matrimonio. Matienzo en la glosa 7, número 8, de la ley 3, tit. 9, lib. 5 de la Recopilacion, y Acevedo en la presente ley, núm. 6, siguen á Covarrubias, con quien convienen Palacios Ruviros, *in rubrica de donationibus inter vir. et ux.*, párrafo 66, núms. 2 y 7, y Gomez al núm. 24.

3. Fundan esta razon en la ley 44, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real, que dice así: «Todo deudo que marido ó muger ficieren en uno páguenlo, otro sí, en uno.» Tambien se sirven de la ley 208 de estilo; pero siendo preciso probar el uso de las leyes del Fuero para que tengan fuerza de ley, como se ha dicho en otra parte, y no acreditándose al presente este uso no debe fiar mucho de su autcridad.

4. No siendo bastante á satisfacer la dote ó donacion los gananciales, quiere la ley que se pague de los demas bienes, así del padre como de la madre, en que no se duda deban comprenderse los dotales; pero se ofrece algun reparo en si estos deberán ser invertidos habiendo parafernales, y aunque ninguno de los autores que he visto susciten esta duda, atendiendo á que la constitucion de la dote ó donacion trae su origen del matrimonio, y que los bienes dotales se reputan destinados á soportar las cargas de este, parece mas conforme que los bienes dotales sean mas análogos para satisfacer esta deuda que los parafernales.

5. En la segunda parte quiere la ley que si el padre solo ofrece la dote ó donacion se pague igualmente de los bienes gananciales, y en defecto de estos de los propios del mismo padre, y nunca de los de la madre; lo que es conforme á las disposiciones de derecho, pues estando obligado el padre, segun la ley penúltima, *C. de dotis promissione*, y la 8, tit. 41, Part. 4, á dotar á la hija, no debe contribuir la madre

de sus propios bienes no habiéndose obligado voluntariamente á la satisfaccion de la dote.

6. De aqui pasan á inferir los autores si en el caso que disuelto el matrimonio el padre solo ofrece la dote ó donacion deberá satisfacerse de los bienes gananciales de marido y muger, ó únicamente de los del marido. Covarrubias en el lugar citado afirma que debe pagarse la dote ó donacion de los gananciales de marido y muger, y se funda en que esta opinion está recibida en la práctica por comun dictámen de los jueces, debiéndose presumir que se hace esta promesa de dote ó donacion de los bienes que se adquirieron constante matrimonio, lo que se comprueba con la misma ley real que atendió á la carga de la misma sociedad y comunión conyugal; procedió, pues, esta carga de constituir dote ó donacion á los hijos del mismo matrimonio, en el que se procrearon, y por esto aunque á los hijos se les dé dote ó donacion disuelto el matrimonio, esta solucion es una satisfaccion de la deuda legal, contraida en tiempo del matrimonio y por causa de él. Hasta aqui Covarrubias, de cuya opinion es Gregorio Lopez en la ley 6, tít. 1, parte quinta, glosa 1; Matienzo en la ley 3, tít. 9, glosa 7, núm. 9, y Acevedo en el lugar citado, núm. 48, y siguen á Covarrubias y Gregorio Lopez.

7. Antonio Gomez, citando á Diego Castillo, afirma al núm. 24 que si el padre disuelto el matrimonio promete la dote ó donacion, aunque haya bienes gananciales, no debe satisfacerse de estos sino de los del padre solo, porque cesan las razones de la presente ley, y porque disuelto el matrimonio ya los bienes no se dicen adquiridos y multiplicados, sino maternos y propios del hijo ó hija, segun la ley 10, ff. *de vulg. substit.*, párrafo 2.

8. En esta diversidad de opiniones mi dictámen es que la de Gomez se halla mas conforme y arreglada á la disposicion y palabras de la ley real, como así le pareció á Ayora, parte segunda de *partitionibus*, cuestion 40, núm. 41, y del mismo sentir es Molina de *justitia et jure*, disput. 424, núm. 9, por cuya razon me detendré á examinar los fundamentos de una y otra opinion, teniendo presente á Baeza, de *non meliorandis dotis ratione fil.* cap. 11, núm. 97, en donde estensamente trata la cuestion y satisface á los fundamentos de la sentencia de Gomez, y propone los que favorecen á la de Covarrubias, á quien sigue.

9. Se hace cargo Baeza que en los dos casos en que nuestra ley permite que la dote ó donacion se haga de los bienes gananciales, espresamente pide que sea constante matrimonio, de que parece se infiere que disuelto el matrimonio no debe regir la disposicion de la ley, segun el valor que dan los eruditos á la repeticion de palabras en la ley, y queriendo satisfacer á este argumento dice en el núm. 120 que la razon de hablar la ley, constante matrimonio, es para declarar el caso mas dudoso cual era que teniendo la muger el dominio y posesion de la mitad de los gananciales, constante matrimonio, parecia cosa dudosa que el marido contra la voluntad de su muger pudiese dotar á la hija de los bienes gananciales que pertenecian á la muger por dominio y posesion; pero disuelto el matrimonio por la muerte de la muger, no parece duro que el padre dote á la hija de los gananciales que adquirió con su propio sudor. Y por eso este caso como menos dudoso no se decide por la ley.

10. Para conocer la poca solidez de esta respuesta basta tener pre-

sente que por la ley real 5, tít. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilacion se le concede al marido la libre disposicion de los bienes gananciales sin consentimiento de su muger durante el matrimonio, con tal que no lo haga en fraude de la misma. Si despues de la decision terminante y clara para que el marido durante el matrimonio pudiese enagenar á su arbitrio los bienes gananciales, sin embargo de que la mitad de ellos pertenecian á la muger en cuanto al dominio y posesion, le pareció á Baeza que era necesario que la presente ley de Toro espresamente declarase que podia el marido enagenar constante matrimonio dichos bienes por razon de dote ó donacion, para quitar la duda de si podia competirle al marido esta facultad en tiempo que tenia la muger el dominio y posesion de la mitad de los gananciales; con igual y aun con mayor razon se ha de decir era preciso que la presente ley espresamente concediese al marido la misma facultad en el caso de haberse disuelto el matrimonio, despues que por la ley 6, tít. 4, lib. 10 de la Nov. Recop., que es la 14 de Toro, se ordena que disuelto el matrimonio pueda cualquiera de los consortes disponer libremente de la mitad de los gananciales que le hayan cabido, sin tener que reservar á los hijos propiedad ni usufructo aunque pase á segundas nupcias; dije con igual y aun mayor razon, porque antes de la disposicion de la presente ley, para que el marido pudiese dotar ó hacer donacion constante matrimonio de los gananciales, estaba la ley 5 citada, que generalmente le permitia la enagenacion de los mismos, con tal que no lo hiciese en fraude de la muger; pero ni por la presente ley de Toro ni por alguna otra anterior ni posterior se halla derogada la disposicion de la ley 6 citada, en que se concede á los consortes la libre disposicion de la mitad de gananciales disuelto el matrimonio, como de los otros bienes libres, de que se convence era mas necesario que la presente ley de Toro hubiera declarado la facultad que competia al marido de disponer de los gananciales en el caso de haberse disuelto el matrimonio que en el de continuarse, supuesto que en el primero no solo tiene la muger el dominio y la posesion, sino la libre disposicion, y en el segundo le compete esta al marido, con lo que se ve que la respuesta y solucion de Baeza está destituida de fundamento, y de consiguiente que el argumento queda en su vigor y fuerza. Este solo argumento bastaba para convencer la certeza de la sentencia de Gomez; pero no es menos eficaz el siguiente.

44. Cuando el padre disuelto el matrimonio dota á la hija, ó se ha de sacar la mitad de esta dote de los gananciales que cupieron á la madre ó de la parte que tocó á la hija en las particiones con sus hermanos; si lo primero se seguiria que se debian despojar y privar los demas hijos de la parte de gananciales que les habia cabido por disposicion de su madre, lo que dice una conocida repugnancia, pues es privar á un hijo de parte de la herencia que le ha tocado de su madre por acrecentar la de otro contra la espresa voluntad del testador; si lo segundo se seguiria que no bastando la parte de gananciales que cupo á la hija para completar la mitad de la dote que le ha de dar su padre, deberia este suplirla ó de la parte de gananciales que le tocó en la particion con su muger, ó de sus propios bienes, en uno y otro caso se verificaba que en el caso de que disuelto el matrimonio promete el padre la dote, no se satisface esta de por mitad de los gananciales habidos constante matrimonio que correspon-

dieron á marido y muger, como vemos se observa cuando se promete la dote constante matrimonio en virtud de la presente ley; y si su disposicion ha de regir, como lo pretenden los autores de la sentencia contraria, en el caso de haberse disuelto el matrimonio, era preciso decir que se habia de satisfacer la dote de por mitad de los gananciales que pertenecieron á la muger, y la razon es clara, porque no perdiendo los bienes gananciales la naturaleza de tales por la disolucion del matrimonio, como lo reconocen los autores de la contraria, se ha de decir que del mismo modo que constante matrimonio se paga la dote que ofreció el padre de por mitad de los gananciales que pertenecian á la muger, debe pagarse disuelto el matrimonio de por mitad de los que tocaron á la muger, aunque se hayan ya dividido entre los demas hijos, y así se incurre en el inconveniente y absurdo que notamos en la primera parte del dilema de que se compone el presente argumento.

42. La ley última, *C. de dotis promissione* presta no leve fundamento á favor de la opinion de Gomez; declaró en ella Justiniano que si el padre prometió á la hija ó hijo disuelto el matrimonio la dote ó donacion se debe presumir que la prometió el padre de sus bienes propios, y no de la hija ó hijo. Si espresó que queria satisfacer ó prometer la dote de sus bienes y de los maternos, en tal caso dispuso que si el padre carecia del todo de bienes se creyese que le señalaba la dote ó donacion de los bienes que pertenecian á la hija ó hijo; pero si el padre tenia suficientes bienes para satisfacer la dote ó donacion, quiso el Emperador que se entendiese ofreció pagar la dote de su patrimonio el padre, sin embargo de haber espresado su intencion. Supuesta esta disposicion del derecho comun se ve que la presente ley de Toro no es correctoria en parte de dicha disposicion ni en el todo, antes bien deja en su vigor y fuerza su resolucion, limitándose y ciñéndose á declarar que en el caso de que constante matrimonio el padre ofreciese la dote ó donacion á su hijo ó hija, sin espresar de qué bienes, se entienda que la debe satisfacer de los bienes gananciales si los hubiese, y no habiéndolos de sus bienes propios, con lo que se ve que la presente ley de Toro en nada alteró la disposicion de la ley del código que resolvía en el caso de que se hubiera disuelto el matrimonio, como se puede colegir de la espresion que hace de si el hijo ó hija tenia bienes maternos; y cuando se insista en que la ley de Toro corrigió á la del código, deberá ser solo en la parte que espresaba que si el padre sin otra espresion ofrecia la dote ó donacion, se entendiese que la ofrecia de sus bienes, disponiendo la ley de Toro que en tal caso se pagase la dote ó donacion de por mitad de los bienes multiplicados durante el matrimonio, y como en el caso de que disuelto el matrimonio ofreciese el padre la dote ó donacion no dispone espresamente nuestra ley de Toro de los bienes que se debe satisfacer, es preciso decir que en esta parte se ha de estar á lo dispuesto por la ley del código ínterin no se pruebe su derogacion.

43. Resta ahora responder á los fundamentos de Covarrubias, y en cuanto al primero de la práctica de los tribunales lo dejo al juicio de los jueces, que deberán observar si es constante y cierta la práctica que se alega, de que por ahora no puedo formar concepto ni asegurarla por hallarme en Aragon, donde no rigen las leyes civiles de Castilla.

44. El segundo fundamento se reduce á que del matrimonio dimanó al padre la obligacion de dotar á la hija, y así esta carga debe reputar-

se contraida constante el matrimonio, aunque se prometa la dote ó donacion en tiempo que se haya disuelto, y las deudas contraidas en tiempo de la sociedad deben satisfacerse del caudal que le pertenece. A esto respondiendo que la obligacion que tiene el padre de dotar á la hija no la causa el matrimonio. Esta distincion, que parece aérea y frívola, disuelve sólidamente el argumento. Si el matrimonio fuera la causa de esta obligacion no habiendo matrimonio cesaria dicha carga, lo que vemos es falso, hallándose tambien obligado el padre á dotar á la hija natural, como lo afirma Covarrubias con otros en la parte segunda de *matrim.*, cap. 8, párrafo 6, número 14, y por el contrario habria obligacion de dotar en los que habian tenido hijos legítimos, lo que vemos no procede en la madre. El que el matrimonio sea ocasion de esta obligacion no basta para que se pueda afirmar que se contrae constante matrimonio cuando despues de disuelto se promete la dote, y la razon es obvia, porque el padre no promete y debe la dote sino cuando trata de casar la hija, y siempre que esto sucede disuelto el matrimonio se verifica que dicha obligacion no se contrae constante matrimonio, y por tanto no debe satisfacerse de los bienes gananciales adquiridos en tiempo del matrimonio. La obligacion que contrae el padre por la generacion de la hija es remota y en abstracto, que de nada sirve ni aprovecha para constituirlo propia y realmente obligado si no se concreta á la promesa del padre y casamiento de la hija, á la manera que desde que cada uno nace se pueda tambien decir que está obligado á pagar las deudas que contraiga, sin que por esto se pueda pretender que por el nacimiento se obliga uno propia y realmente á pagar las deudas que contraiga, aunque sea cierto que si no hubiera nacido no se habria obligado, como es igualmente cierto que si el padre no hubiera engendrado á la hija no tendria obligacion de dotarla al tiempo de casarla. A esto se aumenta que la obligacion del padre de dotar á la hija le proviene por derecho comun y por razon de equidad, como observa Molina de *justitia et jure*, trat. 2, disp. 424, número 9, estableció la presente ley de Toro que como por derecho real los bienes gananciales se dividen por mitad entre marido y muger, pudiese aquel enagenar estos bienes para dotar á la hija comun de ambos, y como la ley solo concede esta facultad constante matrimonio, no parece debe estenderse al caso en que la dote se prometió disuelto el matrimonio, aunque á primera vista parezca milita la misma razon en un caso que en el otro, pues si se le da valor á esta razon de equidad deberia decirse que despues que por derecho real se estableció la division de gananciales entre marido y muger, debia haberse estendido á esta la obligacion de dotar y constituir donacion á sus hijos en el caso de que hubiera gananciales, y que se verificase la muerte del marido antes de dar á sus hijos.

15. Las otras razones que trata Baeza de que los gananciales se adquieren á costa del sudor y trabajos del marido, y no de la muger, como lo supone á los números 112, 115 y 124, no son tan ciertas y fundadas como manifiesta; pues por la ley 3, tit. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, se dispone que aunque la muger lleve muchos mas bienes al matrimonio que el marido, parta este por iguales partes con ella las ganancias, de que se convence que tanto puede suceder que los gananciales provengan de los frutos de los bienes de la muger como de los trabajos é industria del marido, sin que estas circunstancias particulares puedan ser-

vir de alterar la disposicion de la ley real, que fundada en una presuncion general quiso que los gananciales se dividiesen por iguales partes entre los consortes, suponiendo que provenian de los bienes, trabajos é industria de ambos, y asi carece de fundamento legal la suposicion de Baeza para pretender que al trabajo del marido se le deben los gananciales, y que puede disponer de ellos para dotar á sus hijos aun despues de disuelto el matrimonio.

16. Pregunta Baeza en el número 126 del citado capítulo 11 si en el caso que el padre solo dota á la hija constante matrimonio, y se satisface dicha dote de los gananciales, deberá traer á colacion por la muerte del padre toda la dote ó sola la mitad, reservando la otra para la muerte de la madre, y responde que toda la dote debe traerse á colacion por la muerte del padre, fundándose en que el padre solo es el que dota, como se ve por la espresion literal, *pero si el padre solo*; y aunque la dote se dé de los bienes gananciales, los cuales son comunes entre marido y muger, con todo desde el dia que los enagena el padre salen de dominio de la madre como si nunca hubieran existido, y asi la madre ni sus herederos no pueden pedir lo enagenado, sino lo que se encuentre al disolverse el matrimonio es lo que se ha de dividir, pues lo demas que ha enagenado el padre sin dolo no se presume lo ha dado la madre, de lo que infiere al número 129 que aunque el padre da los gananciales deben traerse á colacion, y como tales dividirse entre marido y muger los que se encuentren al tiempo de disolverse el matrimonio, por presumirse adquirido *illo constante*.

17. Antonio Gomez al fin del número 24 propone esta cuestion, y resuelve, citando á Palacios Ruvios, cuya cita no he hallado, que solo debe traerse á colacion la mitad de la dote perteneciente al padre, reservándose la otra mitad para la herencia y sucesion de la madre, segun la ley 14, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real. Esta resolucion de Gomez me parece mas conforme á derecho que la de Baeza, y me fundo en que de otro modo estaria en arbitrio del padre privar á la madre del todo ó de parte de su mitad de gananciales, y adquirirla él aumentando su herencia, como necesariamente se verificaria si toda la dote que da el padre constante matrimonio de los bienes comunes se tragese á colacion en su herencia, lo que seria contra la disposicion de la ley real que concede al padre la enagenacion de los gananciales, con tal que no sea en fraude de su madre. Ni esto se desvanece con que el padre solo es el que da la dote, pues se debe estender á los bienes de que la da, que son comunes á marido y muger, y por tanto la mitad de ellos son y se reputan de la madre, y deben traerse á colacion en su herencia, sin que á esto se oponga que en el dia que da la dote el marido salen los bienes del dominio de la madre, como si nunca hubieran existido, pues igualmente salen del dominio del padre, y con todo no se reputan como si nunca hubieran existido, sino que deben traerse á colacion. El espresar la ley el caso de cuando el padre solo da la dote no es para privar á la madre y sus herederos del derecho de colacion que tiene á la mitad de la dote constituida de los gananciales, y seria un absurdo que lo que dispuso la ley en favor de la madre se convirtiese en daño y perjuicio suyo, y asi se ha de decir que la facultad que concede la presente ley al padre es de que aunque sea solo pueda constituir la dote á la hija de los bienes comunes, pero no el que estos se conside-

ren como propios suyos para efecto de traerlos á colacion en su herencia.

18. Si estas razones no satisfacen, aconsejaria á la muger que nunca dejase de prometer la dote con su marido, pues si conocia que para satisfacerla bastaban los gananciales, nada perdía en prometerla, pues aunque no la prometiese se habia de pagar de los mismos gananciales, y ganaba por otra parte el que se trajese á colacion la mitad de ella en su herencia y si veía que la dote que iba á prometer era mayor que los gananciales debia prometerla en cuanto alcanzasen los gananciales y de ese modo conseguía el que se trajese á colacion en su parte de gananciales, sin obligarse á satisfacer la cantidad que escudiese á los gananciales.

Ley 54 de Toro; es la 1.ª, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 40, tít. 20, lib. 40 de la Novísima.

Aceptacion y renuncia por la muger con licencia de su marido y sin ella.

La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento ni abintestato, pero permítimos que pueda aceptar sin la dicha licencia, cualquier herencia ex testamento é abintestato con beneficio de inventario, y no de otra manera.

COMENTARIO A LA LEY 54 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley. = 2. Esta ley se dirige á favor del marido, y se separa del derecho romano en cuanto permitía á la muger renunciar sin licencia del marido el derecho que habia de adquirir. = 3. La renuncia de la herencia hecha por la muger sin consentimiento de su marido, es nula. = 4. Lo que dispone la ley sobre la

herencia se extiende al legado y donacion *inter vivos* por la razon que se espone.==
 5. La segunda parte de la ley precabe el daño que podria experimentar el marido, si la muger aceptase la herencia sin su consentimiento, pues quedaria obligada á los acreedores, y por eso solo se le permite á la muger la aceptacion á beneficio de inventario.==6. Opinion de Matienzo sobre que la muger que acepta sin inventario y sin consentimiento del marido, queda obligada *in solidum* á sus acreedores, y que no puede aceptar sin inventario el fideicomiso universal, y que si el inventario no se ha hecho en tiempo, no queda obligada: Acevedo combate esta opinion.==7 y 8. Si la muger, disuelto el matrimonio, contrae segundas nupcias, no puede sin licencia de su segundo marido, aceptar los gananciales ni renunciar á ellos, por las razones que se esponen.==9. Menchaca deja indecisa esta duda.

1. Dispone la presente ley que la muger durante el matrimonio no pueda renunciar sin consentimiento de su marido la herencia que le venga ex testamento ó abintestado; pero bien puede aceptarla con beneficio de inventario, aunque no intervenga la licencia de su marido.

2. Es innegable que la disposicion de esta ley se dirige á favor del marido, no solo para no causarle perjuicio, sino tambien para no privarle del beneficio y utilidad que le pudiera provenir por medio de su muger, en lo que se separa nuestra ley de la disposicion del derecho comun, el que permitia á la muger renunciar sin licencia de su marido el derecho que habia de adquirir, fundándose en que el derecho de admitir cualquier herencia no se reputaba entre los bienes, ni por patrimonio nuestro, pues no se disminuía este renunciando de ella, ley 6, tít. 8, lib. 42, habiendo una notable diferencia entre no adquirir y perder renunciando lo adquirido, conforme á la ley 5, párrafo *si maritus* 13, ff. de *donationibus inter virum et uxorem*.

3. Siendo, pues, nuestra ley tan favorable á los maridos, que no quiere privarlos sin su consentimiento del lucro que podian tener por medio de sus mugeres aceptando estas la herencia, se sigue necesariamente que la renuncia de la muger, hecha sin consentimiento de su marido, es nula y no tiene efecto alguno hasta que la apruebe el marido, dependiendo de la voluntad de este el que la admita ó la renuncie, Matienzo, glosa 2 á esta ley, número 4.

4. Lo que dispone nuestra ley acerca de la herencia debe tener lugar en el legado y donacion *inter vivos*, y la razon es tan obvia como clara, porque si la herencia, solo por poder ser útil al marido, no quiere la ley que la renuncie la muger sin licencia de este, con mas razon ha de exigir el mismo requisito en el legado y donacion, que por su naturaleza siempre son lucrosos al que los recibe, sin que en ningun caso le puedan perjudicar, á no ser cuando el padre deje el legado á la hija que priva de la herencia injustamente, con ánimo de quitarle el remedio de la querella *inofficiosi testamenti*, segun observa Menchaca, citado por Matienzo, glosa 3, número 3.

5. La segunda parte de esta ley se dirige á precaver el daño que podia experimentar el marido si la muger aceptase la herencia sin su consentimiento, pues en tal caso quedaria obligada á los acreedores, y de consiguiente se perjudicaria al marido en los frutos que producirian los bienes de la muger que habian de servir para satisfacer á los acreedores, y así únicamente le permite nuestra ley á la muger que pueda aceptar la herencia con beneficio de inventario, porque por este medio no se obliga la

muger á mas que lo que alcanza la herencia, segun la ley 5, tít. 6, Partida 6, y de consiguiente no perjudica al marido.

6. Matienzo en la glosa 3, número 4 y 2, parece inclinarse á que la muger, aceptando la herencia sin inventario y sin consentimiento de su marido, queda obligada *in solidum* á los acreedores; pero claramente dice en el número 3 que la muger no puede aceptar sin inventario el fideicomiso universal, porque este está sujeto á las cargas hereditarias, y lo mismo espresa en el número 5, donde resuelve que si el inventario no se ha hecho en tiempo, no queda obligada, y se funda en que la adición de la herencia no vale con perjuicio de su marido. Acevedo en el número 49 impugna la opinion de Matienzo del número 4 y 2 citados, segun esta ley. Lo mismo dispone la ley 55 de Toro, que le prohíbe á la muger casada hacer contrato ó cuasi contrato sin licencia de su marido, y la adición de la herencia la reputa por contrato la ley 3, párrafo 2, ff. *quibus et causis in possessionem eatur*.

7. Como por la ley 14, tít. 20, lib. 3 del Fuero Real los consortes deban pagar por mitad las deudas contraídas durante el matrimonio, á no ser que la muger renuncie de los gananciales, que entonces queda libre de esta obligacion, segun la disposicion de la ley 60 de Toro, se infiere que en el caso de que la muger, disuelto el matrimonio, contraiga segundas nupcias, no puede sin licencia de su segundo marido aceptar los gananciales. ni renunciar de ellos, lo primero por no gravar al marido y lo segundo por no privarle del beneficio que le podia resultar.

8. Si se intenta persuadir que en este caso no es necesario el consentimiento del segundo marido, porque por el hecho de no renunciar la muger de los gananciales del primer matrimonio se entiende que los acepta, digo que siempre es indispensable el consentimiento del marido, porque supuesto que á la muger se le señala tiempo para deliberar la aceptacion ó la renuncia, como se ha dicho en la ley 60 de Toro, es preciso que hallándose casada con el segundo marido, al tiempo de esta deliberacion preste este su consentimiento para la aceptacion ó renuncia, segun la presente ley.

9. Propone esta duda Menchaca, lib. 4 de *testament. potentia*, pár. 4, número 50 al fin, y aunque pone las razones que persuaden la necesidad del consentimiento del segundo marido, la deja indecisa por decir que para él es una cuestion nueva.

Ley 55 de Toro, es la. 2.ª, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 41, tít. 4.º, lib. 40 de la Novísima.

La muger sin licencia de su marido no puede celebrar contrato ni separarse de él ni presentarse en juicio.

La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no puede hacer contrato alguno, assi mismo no se pueda apartar ni desistir de ningun contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda hacer casi contrato, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido, é si estobiere por sí ó por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.

COMENTARIO A LA LEY 55 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Esta ley se dirige á evitar que los maridos esperimenten algun perjuicio por medio de sus mugeres.—3 y 4. Duda sobre si podrá la muger hacer donacion *mortis causa*: opinion de Matienzo por la afirmativa.—5. Idem de Covarrubias y Acevedo por la negativa, rebatiendo las razones de Matienzo.—6. Duda si el contrato hecho por la muger sin licencia de su marido será válido, si es útil á la muger: opinion de Gomez por la afirmativa, por las razones que espone.—7. Idem de Matienzo en el mismo sentido, á que se adhiere el señor Llamas, porque en tal caso no puede perjudicarse al marido que es el fin de la ley.—8. Duda sobre si para contratar la muger sin licencia de su marido, será necesaria la licencia de éste: opinion de Gomez y Matienzo por la negativa: idem de Acevedo y Avendaño de que se pida licencia á la justicia.—9. Se inclina el señor Llamas á la opinion de Matienzo.—10. Opinion de Gregorio Lopez sobre que en tal caso no basta la licencia del marido.—11 y 12. Se rebate esta opinion y sus fundamentos.—13. Duda sobre si el contrato hecho sin licencia del marido será válido, ó convalerá muerto éste: opinion de Matienzo á que si no esperimentan los hijos perjuicio en los bienes dotales de su madre es válido: estraneza de que no afirme lo mismo cuando el perjuicio lo sienten en los bienes adquiridos constante matrimonio: opinion de Acevedo sobre que el tal contrato es nulo por su naturaleza: remision á dicho autor en la duda sobre si basta la licencia tácita ó espresa.—14. Despues de esta ley no hay duda que al que se le prohibe contratar se le prohibe quasi contratar.—15. La pena de nulidad que impone

la ley á la muger que comparece en juicio sin licencia de su marido, como demandante ó demandada, recae sobre comparecer en juicio por sí ó por procurador, y sobre los contratos y demas que se prohiben por la ley.—16. La sentencia que haya obtenido en juicio la muger aunque litigue sin licencia de su marido, es válida por las razones por que lo son los contratos que celebre á su favor sin dicha licencia.—17. Duda sobre si la muger necesita licencia de su marido para responder en juicio criminal de que es acusada: opinion de Acevedo sobre que en el uso no es necesaria, pero sí por la ley: opinion del señor Llamas sobre que sin contravenir á la ley puede decirse que no es necesaria la licencia, pues el juez puede decirse suple sus veces, y por las demas razones que se espresan.

4. Dispone la presente ley que la muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido celebrar algun contrato, ni separarse de los que hubiere contraído, ni libertar de ellos á otro. Que tampoco pueda sin dicha licencia hacer cuasi contrato, ni parecer en juicio, bien sea demandando ó respondiendo, y si se presentare por sí ó por procurador sea nulo lo que hiciere.

2. Supuesto que la disposicion de esta ley, segun el comun sentir de nuestros comentadores, se dirige á favorecer á los maridos, y evitar que puedan experimentar algun perjuicio por medio de sus mugeres, se sigue claramente que la muger se halla escluida de contratar, cuasi contratar, y eximir de la obligacion á cualquiera que sea, sin licencia de su marido.

3. Valiéndose de esta razon de la ley, que mira al beneficio de los maridos, será fácil resolver las muchas dudas que proponen los autores, especialmente Acevedo, contentándome con resolver algunas de las mas fundadas.

4. Pregunta Matienzo en la glosa 1 número 2, si podrá la muger hacer una donacion *mortis causa*, y responde que sí, fundado en la ley 4, tít. 11, Partida 5, en donde se ordena que el que puede testar puede donar *mortis causa*; y como la muger no necesita de la licencia de su marido para testar, tampoco debe serle necesaria para hacer la donacion.

5. Antonio Gomez, de *cont.* cap. 4, número 16, el señor Covarrubias en la parte 3 de la *rúbrica de test.*, número 15, y Acevedo en la presente ley, número 6, defienden lo contrario, y al argumento de Matienzo satisface Acevedo diciendo, que aunque le sea permitido á la muger donar *mortis causa*, lo ha de hacer conformándose con la disposicion de nuestra ley, asi como el mismo Matienzo reconoce en el número 10 de dicha glosa 4, que la muger no puede dotar á la hija sin licencia de su marido, y sin embargo la ley 53 de Toro le concede la facultad de dotarla. Reduciendo á concordia estas dos opiniones, digo que la de Matienzo es verdadera si la cosa donada no se entrega al donatario hasta la muerte del marido, porque en este caso ningun perjuicio se le sigue de la donacion, que fue lo que quiso precaver la ley, y á esto alude lo que dice Matienzo de que no se le sigue perjuicio al marido, y que caso que se haya entregado la cosa donada puede el marido revocar la donacion en cuanto al usufructo.

6. Antonio Gomez en el núm. 2 propone la duda de si el contrato hecho por la muger sin licencia de su marido será válido, si es útil y ventajoso á la muger, y resuelve que es válido, fundándose en el ejemplo del menor, cuyo contrato es válido y subsistente aunque lo haya celebrado sin la autoridad del tutor, si le es útil y provechoso, segun la ley 14, título 13, lib. 2, *cod.* Se hace cargo del argumento que podia sacarse de

la ley 59 de Toro, que dispone que cuando la causa para contratar la muger le sea útil, pueda en ausencia de su marido obtener la licencia de la justicia, de donde parece inferirse que aun en caso de utilidad es necesaria la licencia para que en todo tiempo sea válido el contrato, aunque despues no se verifique la utilidad; pero en el caso de la cuestion la utilidad debe acreditarse, y probarse despues de concluido el contrato.

7. Matienzo es de la misma opinion en la glosa 1, núm. 13 y siguientes, y nos parece la mas fundada, pues siendo el fin de esta ley el que no sienta perjuicio el marido por parte de su muger sin su consentimiento, no pudiéndose verificar en este caso dicho perjuicio, parece debe cesar la disposicion de la ley, siendo esta ilacion tanto mas fundada, cuanto es conforme á la ley 54 de Toro, la que sin embargo de prohibir que la muger pueda admitir la herencia sin consentimiento de su marido, la permite admitirla con beneficio de inventario, cuya disposicion se funda en que en tal caso no puede temerse le resulte daño alguno á su marido, de que se comprende que cuando para algun acto se exige en el derecho cierta solemnidad por favor de alguna persona, aunque falte dicha solemnidad debe reputarse por válido el acto si resulta ser útil á la persona en cuyo favor se requeria. El señor Covarrubias en sus prácticas, cap. 28, núm. 10, refiere varios ejemplos favorables á esta doctrina.

8. Tambien suelen dudar los autores si para contratar la muger con su marido será necesaria la licencia de éste, y aunque Gomez y Matienzo, glosa 1, núm. 12, resuelven que no, Acevedo en el núm. 13 y siguientes se manifiesta dudoso en el partido que deberá elegir, y abraza la cautela que propone Ayendaño de que en tal caso se pida licencia á la justicia.

9. Posteriormente me ha parecido mas fundada la opinion de Gomez y Matienzo, por la sospecha de que el marido no la perjudicará, ó que ella consintiera impelida del temor, y asi se ve que la ley 61 prohibe que la muger se obligue de mancomun con su marido.

10. Gregorio Lopez en la ley 5, tit. 11, Part. 4, glosa 3, párrafo *item et 4*, no solo duda si es necesaria la licencia del marido, sino que se inclina á que no, basta dicha licencia, porque la interpone en un acto propio, y á mas, porque el estatuto de que la muger no contraiga sin licencia del marido, no solo mira el favor de este, segun Baldo, sino tambien se dirige á precaver la imbecilidad y fragilidad, segun Ludovico Romano.

11. Satisfaciendo á esta dificultad, digo no puedo menos de estrañar que un comentador que se pone de intento á esplicar nuestras leyes reales se apoye del estatuto de que habla Baldo para resolver una cuestion, cual es si la muger constante matrimonio puede renunciar los gananciales, que depende de la decision de la ley 60 de Toro, olvidándose de las leyes 54 y 55 de Toro, en que manifiestamente se indica, segun el comun sentir de nuestros autores, que la prohibicion que hacen dichas leyes á la muger de contratar sin licencia de su marido, únicamente se dirige á favor del mismo, como se convence de la limitacion de que usan las espresadas leyes al tiempo que dura el matrimonio; indicio cierto de que disuelto este cesa la prohibicion, y de consiguiente que esta no atiende á remediar la fragilidad de la muger, no habiendo ninguna ley real que le prohiba generalmente el contratar libremente en estado de soltera, de que se mani-

fiesta el ascendiente que tiene en nuestros nacionales la autoridad de los comentadores del derecho comun, y sus leyes, y el poco aprecio que se hace de nuestras leyes reales, y supuesto que el fin de la presente ley sea el no perjudicar al marido sin su consentimiento por el contrato de la muger, se concibe fácilmente que el marido renuncia de este beneficio por el hecho de contratar con su muger, sin que pueda y deba reputarse esta licencia como una autoridad, segun pretende Gregorio Lopez, que no se puede prestar en un acto propio, siendo constante que aunque á las mugeres por las leyes se les concede el beneficio de no poder obligarse, tienen la facultad de renunciar de este favor, siempre que enteradas de él quieran renunciarla, segun la ley 3, tít. 12, Part. 5.

42. Para mayor convencimiento de la verdad de la resolucion de esta duda supongamos una de dos cosas, que el contrato que celebra el marido con su muger es favorable á este, y perjudicial á aquella, ó al contrario, favorable á esta, y perjudicial á aquel: si se verifica lo primero el contrato es válido, porque la ley, como queda dicho, no se dirige á precaver el daño de la muger, sino del marido, y en este caso no lo experimenta: si sucede lo segundo, tambien debe ser válido, porque se entiende que el marido renuncia del favor que le concede la ley, no habiendo alguna disposicion legal que le impida hacer dicha renuncia.

43. Otra de las dudas que suscitan los autores es si el contrato hecho sin licencia del marido será válido, ó convalecerá muerto este, en la cual, por no detenerme mas, me contento con decir que Matienzo al número 14 de la glosa 4 se halla indeciso, y se inclina á que si no experimentan los hijos perjuicio en los bienes dotales de su madre es válido, y es de estrañar que no afirme lo mismo cuando el perjuicio lo sienten en los bienes adquiridos constante matrimonio, en cuyo caso dice quedará obligada la muger, pero no si ha de satisfacer la obligacion de los bienes dotales, y encarga que en este caso se reflexione y examine. Acevedo en el núm. 46 afirma espresamente, citando á otros, que el tal contrato es nulo por su naturaleza, y que asi no se puede revalidar por la muerte del marido, al que se podrá consultar sobre esto, como tambien acerca de si basta la licencia tácita, ó se requiere la espresa, de que trata en el núm. 9 y siguientes.

44. Como nuestra ley iguala los cuasi contratos á los contratos en cuanto á no poderse celebrar por la muger sin licencia del marido, cesa la duda que habia entre los autores, de si al que se le prohibe el contratar se debe entender inhibido de celebrar cuasi contratos, que son aquellos que se contienen en el tít. 28, lib. 3, *Institut.*, por lo que es ocioso detenerme en este punto, como tambien le pareció á Matienzo, glosa 4.

45. La última parte de la ley prohibe á la muger comparecer en juicio sin licencia de su marido, demandando ó demandada, aunque intervenga procurador en su nombre, bajo pena de nulidad. Conviene advertir aqui que esta pena de nulidad recae sobre comparecer en juicio por sí ó su procurador, como se manifiesta por el contesto de la ley, la que despues de referir las cosas á que se estiende su prohibicion, entre las cuales numera el parecer en juicio demandando ó demandada, continúa diciendo: «y si estuviere por sí ó por su procurador, mandamos que no valga lo que hiciere» pero no por esto se ha de inferir que no comprende la pena de nulidad á los contratos y demas cosas que se prohiben por la ley, no

interviniendo la licencia del marido, como lo sientan nuestros esposilores, y Acevedo al núm. 29, donde cita á algunos.

16. De esto se infiere que las mismas razones con que he persuadido ser válido el contrato celebrado por la muger sin licencia de su marido si le era favorable, militan para sostener es válida y subsistente la sentencia que haya obtenido en juicio la muger, aunque litigase sin licencia de su marido, conforme á la ley 14, tít 13, lib. 2, C., donde el emperador Gardiano declara que la sentencia dada á favor de una menor que habia litigado sin curador era válida, y da una razon muy adaptable á nuestro propósito «*Minoribus enim aetas, dice, in damnis subvenire non in rebus prospere gestis obesse consuevit.*»

17. Se ofrece la duda de si la muger necesitará de la licencia de su marido para responder en el juicio criminal en que está acusada, y resuelve Acevedo, núm. 108, que el uso ha introducido no se necesite de dicha licencia, aunque segun nuestra ley se deba decir lo contrario; pero á mi me parece que sin contravenir á la disposicion de la ley puede decirse no es necesaria la licencia del marido, pues suple sus veces el juez, de cuya orden responde, á mas que en tal caso se ve la muger en la necesidad de satisfacer los cargos que se la hagan, y si cuando tiene que hacer una enagenacion necesaria reconoce Acevedo al número 81 que no es necesaria la licencia del marido, por la misma razon se ha de decir que tampoco lo es en el caso presente, evidenciándose esto con lo que disponen las leyes 77 y 78, que permiten que por el delito de la muger casada pierda esta en parte ó en el todo sus bienes, de cualquier especie que sean; prueba nada equívoca de que en tal caso no tienen lugar la ley presente y las demas que favorecen al marido, exigiendo su licencia para que la muger pueda enagenar y contratar, pues de otro modo se habria de decir que la disposicion de las leyes 77 y 78 dependia de la voluntad del marido, el cual seguramente nunca prestaria su consentimiento para semejantes enagenaciones.

Ley 56 de Toro, es la 3.ª, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 12, tít 1.º, lib. 10 de la Novísima.

Valgan los contratos y demas que haga la muger con licencia general de su marido para cuanto sin ella no podria hacer.

Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger, para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin licencia, y si el marido se la diere vala todo lo que su muger ficiere por virtud de la dicha licencia.

COMENTARIO A LA LEY 56 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resúmen de la ley.—2. En fuerza de la licencia general ó especial de su marido, no puede la muger enagenar en parte ó en todo los bienes dotales: esta ley debe entenderse limitada á solo aquellas cosas que las leyes anteriores prohibian á la muger enagenar sin licencia especial de su marido.—3. Duda sobre si valdrá la enagenacion de la dote hecha por el marido ó la muger: resolucion de Gomez por la negativa, á no que jurase la muger: se rebate esta limitacion, pues dicha enagenacion debe ser nula, aunque intervenga juramento: la limitacion de Gomez es en caso que el marido diese su consentimiento.

4. Por la presente ley se le concede al marido la facultad de poder dar licencia general á su muger para hacer todo lo que se le prohibe sin su licencia en las leyes 54 y 55 de Toro, y quiere que en virtud de dicha licencia valga todo lo que la muger hiciere.

2. La decision de esta ley es tan clara que nada necesita para su cabal inteligencia, y asi me contentaré con advertir que en fuerza de la licencia general ó especial de su marido no puede la muger enagenar en parte ó en el todo los bienes dotales, como entre otras leyes espresamente se resuelve en el párrafo inicial del tít. 8, lib. 2, *Institut.*, y lo comprueban Cifuentes en la presente ley, donde se pueden ver algunas limitaciones que pone, y Acevedo, número 6, y Gomez al número 57 de la ley 53 de Toro, debiéndose entender la disposicion de esta ley, segun Cifuentes, limitada á solo aquellas cosas que las leyes anteriores prohibian á la muger enagenarlas sin licencia especial de su marido; y como la enagenacion de la dote no se le concede á la muger en dichas leyes, aunque sea con licencia de su marido, estándole inhibida á este la enagenacion de la dote de su muger en la ley 7, tít. 14, Partida 4, de aqui se sigue que en virtud de la licencia general, que puede el marido conceder á su muger por la disposicion de la presente ley, no puede esta pasar á enagenar su dote.

3. Pregunta Gomez en el lugar citado si valdrá la enagenacion de la dote hecha por el marido ó por la muger, ó por uno y otro; y aunque resuelve que no, á continuacion pone esta escepcion, sino es que jurase la muger, cuya escepcion me parece falsa en el caso presente, pues aunque es cierto que el juramento confirma el contrato prohibido en favor del que jura, con tal que no intervenga perjuicio de tercero, ni redunde en perjuicio del

alma, segun el capítulo *cum contingat de jure jurando*, y Covarrubias en la parte 2, *Rel. quamvis pact.*, párrafo 2, número 13 y 14, en nuestro caso la enagenacion hecha por la muger de los bienes dotales, sin consentimiento de su marido, es en perjuicio de este, segun las leyes reales espresadas, y de consiguiente debe ser nula, aunque intervenga juramento; pero reconociendo Gomez en el número 8 de la ley 55, igualmente que Acevedo en dicha ley, número 87, y Covarrubias, *de matrimonio*, parte 2, cap. 7, párrafo 1, número 3, que el contrato hecho por la muger sin licencia de su marido es nulo, aunque intervenga juramento, en virtud de las leyes 54 y 55 de Toro, se debe decir que cuando Gomez afirma que la enagenacion de la dote hecha por la muger es válida si mediaba juramento, era en la suposicion de que el marido prestase su consentimiento, en cuyo caso se entendiend renuncia este del favor que dichas leyes le conceden.

Ley 57 de Toro; es la 4.^a, tít. 8.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 13, tít. 1.^o, lib. 40 de la Novísima.

El juez puede dar licencia á la muger en defecto de la del marido para hacer con causa legítima y necesaria lo que no podria sin ella.

El juez con conocimiento de causa legítima, ó necesaria, compela al marido que dé licencia á su muger, para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, é si compelido no gela diere, que el juez solo se la pueda dar.

COMENTARIO A LA LEY 57 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafos 1 y 2. Resumen de la ley.—3. El conocimiento de causa que pide la ley se ha de hacer en juicio ordinario con citacion del marido: modos como puede apremiarse al marido á dar su consentimiento, segun Matienzo.

4. Dispone la presente ley que pueda el juez con conocimiento de causa compeler al marido á que dé licencia á su muger para todo aquello que no

puede hacer por sí sin dicha licencia, y si compelido no se la quisiese dar, que se la dé el juez por sí.

2. Negándose el marido á dar licencia á su muger para hacer lo que se le prohibe en las leyes anteriores, quiere la presente ley que el juez reciba informacion sobre la urgencia de la muger y contradiccion del marido, y resultándole que la causa es legitima ó necesaria, proceda á compeler al marido, para que preste su consentimiento, y resistiéndose á darlo lo supla el juez por su parte.

3. Este conocimiento de causa que pide la ley se ha de hacer en un juicio ordinario con citacion del marido, recibiendo la causa á prueba, y admitiendo las escepciones y réplicas que las partes quieran proponer, segun Acevedo en esta ley, número 9. Cuando en virtud de este juicio aparece que la muger tiene legitima causa para pedir la licencia, cual seria si disminuyéndose el caudal del marido, la muger pidiese su dote, segun Matienzo, glosa 4, número 4, ó necesaria, como por deuda urgente, segun el mismo Matienzo, número 3, deberá el juez apremiar al marido por multa pecuniaria ó por cárcel, conforme al sentir de Matienzo en la glosa 2, para que preste su consentimiento, y en caso que esto no baste, deba el juez por sí habilitar á la muger con su licencia, en la que deberá hacerse mencion de la discusion de la causa que ha precedido, conforme al sentir de Acevedo, número 4, y á lo mismo alude lo que dice Gomez en el tomo 2.º, cap. 14, número 13, hablando de la enagenacion de los bienes del menor hecha con decreto del juez.

Ley 58 de Toro, es la 5.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 14, tít. 1.º lib. 40 de la Novísima.

El marido puede ratificar lo hecho por su muger sin su licencia.

El marido pueda ratificar lo que su muger oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general, ó especial.

COMENTARIO A LA LEY 58 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.==2. Dificultad que ofrece esta ley, fundada en que cuando la ley exige el consentimiento de alguna persona para la validacion de un acto, no basta que lo preste con posterioridad á él.==3. Palacios Ruvios haciéndose cargo de esta dificultad, de que la naturaleza de la licencia es que preceda al acto, dice que la razon de esta ley consiste en que la licencia que exige no es propiamente tal, sino mas bien consentimiento, la cual puede subseguir al acto.==4. Matienzo defiende que cuando se requiere el consentimiento *pro forma* para algun acto, debe preceder al mismo: no se requiere *pro forma*, segun el mismo, cuando se pide por favor de aquel que lo ha de prestar, y entonces basta que subsiga: se exige *pro forma* ó solemnidad cuando se pide á aquel á quien nada le interesa que se celebre ó no el acto, y debe prestarse al tiempo del acto.==5. Disponiendo pues la ley que basta el consentimiento del marido despues del acto celebrado por su muger sin su licencia: se convence que la ley exige el consentimiento para que no se le perjudique al marido, por lo que puede ratificar lo que hizo su muger sin su licencia: opinion de Acevedo análoga á la anterior.==6. La ratificacion subsiguiente al acto ha de ser antes que la parte contraria reclame la nulidad del contrato ó del juicio.==7. La comparecencia en juicio por la muger sin licencia de su marido está comprendida en la presente ley, y se revalida para la ratificacion de este.==8. Uniformidad entre la ley 42 de Toro y la presente, no obstante hallar Gomez entre ellas diferencia.==9. La licencia posterior á la fundacion de mayorazgo no basta sino se espresa que se dirige á confirmarlo segun la ley 42, y por la misma razon no basta el consentimiento y licencia del marido para que se entienda ratificado el contrato anterior de la muger si el marido ignoraba dicho contrato, y no se dirigia la licencia á ratificarlo.

1. Dispone esta ley que el marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, bien sea la ratificacion general ó especial.

2. A primera vista se ofrece contra la decision de esta ley una dificultad de no pequeña magnitud, fundada en que cuando la ley exige el consentimiento é intervencion de alguna persona para la subsistencia y validacion de un acto, no basta que posteriormente al acto se interponga y preste el consentimiento, como se echa de ver en los contratos celebrados por el menor sin la autoridad del tutor ó curador, que no se revalidan por el posterior consentimiento, segun la ley 9, párrafo tutor, ff. de *auctoritate tutorum*, y del párrafo 2, tít. 21, lib. 1, *institutionum*, omitiendo otros casos que refiere el Gomez en la ley 42 de Toro; por lo que se hace preciso detenernos á examinar la razon de decidir de esta ley.

3. Palacios Ruvios despues de afirmar en el número 4 que él y los demás consejeros que asistieron á la formacion de esta ley examinaron ple-

nísimamente la doctrina de varios autores acerca de cuando deba preceder concomitar ó subseguirse al acto el consentimiento, el consejo, la autoridad y la licencia, de cuya doctrina se pudiera tomar la razon de dudar que les movió á la formacion de esta ley; en el número 2, haciéndose cargo de que se requiere para la validacion del acto ejecutado por la muger la licencia del marido, de cuya naturaleza es que deba preceder al acto, y si debe preceder no puede bastar el que le subsiga, estando lo contrario dispuesto por la ley, dice que la razon es porque no es esta propiamente licencia, sino que con mas razon se ha de llamar consentimiento, ó por lo menos se arrima á la naturaleza del consentimiento, y cita la ley 2, tít. 14, Part. 1, en donde se espresa que licencia en latin y otorgamiento en romance todo es una cosa, añadiendo que algunos sábios antiguos en los contratos celebrados por la muger juntamente con su marido, decian que eran hechos con licencia, autoridad, otorgamiento y espreso consentimiento, por lo que afirma que todos los consejeros reales estuvieron conformes en el establecimiento de esta ley; que la licencia, como de la naturaleza del consentimiento, podia subseguirse al acto.

4. Matienzo en la glosa 1, número 4, defiende que cuando se requiere el consentimiento *pro forma* ó solemnidad para algun acto, debe intervenir al mismo tiempo, y cita los capítulos *auditis, quia propter de electione*. En el número 3 pasa á examinar cuando el consentimiento se requiere *pro forma* ó no, y sienta con Tiraquelo que cuando el consentimiento se pide por favor de aquella persona que lo ha de prestar, entonces se entiende que no se requiere *pro forma*, porque solo mira á la utilidad particular del que ha de consentir, y en tal caso no es necesario que preceda al acto, sino que basta que subsiga, pero al contrario si el consentimiento se exige de aquella persona á quien nada le interesa que se celebre ó no el acto, entonces se ha de decir que el consentimiento se exige *pro forma* y solemnidad, porque se dirige á legitimar y autorizar la persona del que ha de celebrar el acto, y debe necesariamente prestarse al tiempo del acto.

5. Pasando en el número 7 á contraer esta doctrina al caso presente, infiere á *posteriori*, que disponiendo la ley que basta el consentimiento del marido despues del contrato ó acto de la muger celebrado sin su licencia, se convence claramente que exige la ley el consentimiento para que no se le perjudique al marido, y así no es de admirar que pueda el marido en perjuicio suyo ratificar lo que su muger hizo sin su licencia, y en virtud de la ratificacion valdrá el acto, no solo desde que fue ratificado, sino desde el instante que se celebró. Acevedo en el número 4 de esta ley dice que la razon de su decision se funda en que la licencia del marido no se requiere por la ley para autorizar la persona de la muger, sino para evitar que no se le siga perjuicio al marido, lo que coincide con la doctrina referida del Matienzo, de que la licencia no se requiere *pro forma et solemnitate*, sino por favor del marido.

6. Con esta doctrina queda disuelta la dificultad que puse al principio, notándola de singular Matienzo en la glosa 2, número 2, y debe tenerse presente que la ratificacion subsiguiente al acto ha de ser antes que la parte contraria reclame la nulidad del contrato ó del juicio, pues despues de reclamado el acto no servirá ni producirá efecto el consentimiento ó vo-

luntad del que quiere confirmar el acto, segun Matienzo, ley 2, glosa 1, número 15, tít. 3, lib. 5 de la Recopilacion.

7. Como la ley establece por regla general que en virtud de la ratificacion general ó especial subsista el acto que habia celebrado la muger sin licencia de su marido, y entre los actos de esta especie se prohiba la comparecencia en juicio, bien sea demandando ó respondiendo, segun la ley 53, se sigue claramente que tambien esta especie de actos celebrados por la muger sin licencia de su marido son comprendidos en la presente ley, y se revalidan por la ratificacion de este.

8. Antes de concluir este Comentario me ha parecido notar la diferencia que observo entre la presente ley y la 42 de Toro, en la que manifiesta Gomez al número 4 que en dicha ley debe preceder la licencia del Principe para la fundacion del mayorazgo, y que no sucede lo mismo en la licencia del marido para la validacion del contrato de su muger, segun la presente ley, que dispone basta que subsiga; pero sin embargo de este parecer del Gomez, mi dictámen es que hay una total uniformidad entre las dos leyes; en uno y otro caso de la fundacion del mayorazgo y del contrato de la muger se requiere previamente la licencia del Principe y del marido, ley 42 y 55 de Toro, de que se infiere que no basta que subsiga, mayormente no espresándose en dichas leyes lo contrario, y al mismo tiempo se ve que la ley 42 dispone que la licencia posterior que se dirige á confirmar y á aprobar el mayorazgo anteriormente fundado, sea válida y eficaz para confirmar dicho mayorazgo, cuya disposicion es totalmente conforme con la de la presente ley 58, que ordena que el marido pueda ratificar lo que su muger haya hecho sin su licencia, bien sea la ratificacion general ó especial, y asimismo se ha de decir que en virtud de la ley 42 puede el Principe confirmar generalmente los mayorazgos fundados hasta tal tiempo ó por tales personas, ó especialmente el fundado por tal sugeto, á la manera que la licencia del marido se dirige á ratificar y confirmar espresamente los contratos anteriormente celebrados por la muger.

9. Siendo, pues, conformes las disposiciones de las dos leyes, se ha de decir que así como no basta la licencia posterior á la fundacion del mayorazgo, si no se espresa que se dirige á confirmarlo, segun la ley 42, por la misma razon se ha de decir que no basta el consentimiento y licencia del marido para que se entienda ratificado y confirmado el contrato anterior de la muger, si el marido ignoraba dicho contrato y no se dirigia la licencia á ratificarlo.

Ley 59 de Toro; es ia 6.^a, tít. 3.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 45, tít. 4.^o, lib. 4.^o de la Novísima.

Valga lo hecho por la muger con licencia del juez cuando supla la del marido en ausencia de éste.

Quando el marido estuviere absente, y no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legitima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger la que el marido le habia de dar, la cual ansi dada vala, como si el marido se la diese.

COMENTARIO A LA LEY 59 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resumen de la ley.—2 y 3. Duda sobre si podrá el juez ratificar el contrato de la muger celebrado en ausencia del marido: resolucion de Acevedo por la negativa, á que se adhiere Llamas: puede no obstante ser perjudicial esta resolucion en el caso que se espresa.—4. Duda sobre si siendo conocidamente útil á la muger el contrato, tendrá necesidad de la licencia del juez: opinion del señor Llamas por la negativa.—5. Doctrina de Acevedo sobre que la presente ley habla del caso en que el marido esté ausente y no se espera que haya de venir en breve, y entonces se requiere la licencia del juez precedida informacion de utilidad, pero no en el caso de hallarse el marido presente en el territorio, y que esta ley se ha de entender con la limitacion de que el contrato sea notoriamente útil á la muger, pues entonces será válido esté ó no el marido ausente del territorio, sin necesidad de la licencia del juez pero no hallándose ausente del territorio el marido valdrá el contrato aunque este no consienta, si resulta útil á la muger: mas en el caso de la ausencia del marido no valdrá el contrato sin la licencia del juez, aunque sea útil á la muger.—6. Se rebate la esplicacion de Acevedo, pues consistiendo la dificultad en indagar por qué es válido el contrato celebrado sin consentimiento del marido, si es útil á la muger, y en el caso de la ausencia del marido, requiere la ley ademas de la utilidad, la licencia del juez, se disuelve diciendo, que en ambos casos es válido el contrato celebrado sin consentimiento del marido presente, y en ausencia de este sin la del juez, con tal que el contrato sea útil y provechoso á la muger.—7. Se rebate la limitacion que hace Acevedo, pues la informacion de utilidad se requiere que preceda antes que el

juez dé su licencia para que el contrato sea válido desde que se celebró con este requisito, aunque se verifique despues de la utilidad, pero cuando esta se esperimenta despues de celebrado el contrato, se hace este válido aunque no haya precedido la informacion de utilidad ni la licencia del juez.—8. Remision de lo que dice Castillo sobre cuando se ha de tener la causa por legítima ó necesaria.

4. Dispone la presente ley que en ausencia del marido, que no se espera haya de venir en breve, y siguiéndose peligro en la tardanza, pueda la justicia, con conocimiento de causa legítima ó necesaria ó provechosa á la muger, dar licencia á esta, como se la daría su marido, y que valga del mismo modo como si se la diese su marido.

2. Dos dudas se ofrecen á primera vista de esta ley. La una es si podrá el juez ratificar el contrato de la muger celebrado en ausencia del marido, y la otra se reduce á si siendo notoriamente útil á la muger el contrato tendrá necesidad de la licencia del juez. De una y otra trataremos con separacion.

3. La primera duda la propone Acevedo al número 4 de la presente ley, y resuelve que no, fundado en que por la ley no se le concede al juez la facultad de ratificar el contrato anterior, antes bien supone la ley que la licencia del juez ha de preceder al contrato, como se manifiesta del conocimiento y exámen que exige la ley para averiguar si la causa es legítima é útil á la muger, á fin de que el juez conceda la licencia. Ni vale decir que el juez sucede en lugar del marido, y de consiguiente ha de poder lo mismo que este, porque se ha de decir que el juez solo sucede al marido en el caso que espresa la ley, y como este no es el de la ratificacion, sino el de la licencia anterior, no es de estrañar no pueda el juez todo aquello que al marido se le concede. A esto se reducen las razones de Acevedo, con cuyo dictámen me conformo, aunque es preciso confesar que no se precavia por esta ley todo el perjuicio que podia resultarle á la muger, pues si esta hubiese celebrado en ausencia de su marido un contrato que le fuera favorable, y se temiera que la otra parte sabedora de la nulidad de dicho contrato se separase de él, seguramente no podria el juez en virtud de esta ley socorrer á la muger en este caso, ratificándole un contrato que conocidamente le era favorable y lucroso.

4. En cuanto á la segunda duda, digo que si el contrato es útil y provechoso á la muger no es necesaria la licencia del juez para su validacion, por la misma razon que no se necesita de la licencia del marido en igual caso, como dejo dicho en la ley 55 de Toro, á donde me remito.

5. Acevedo en la presente ley, número 12, haciéndose cargo de que el contrato útil á la muger es válido sin necesitar del consentimiento del marido, entra á examinar por qué exige la presente ley la licencia del juez, precediendo antes informacion de la utilidad del contrato. Para disolver esta dificultad dice que la presente ley se ha de entender que habla del caso de que el marido esté ausente del territorio, donde se ha de celebrar el contrato, cuya ausencia del territorio quiere que se supla con la licencia del juez, pero no estando ausente el marido será válido el contrato útil á la muger sin necesitar de la licencia del juez, aunque no haya intervenido la del marido. A mas añade que la presente ley se ha de limitar, y no se ha de creer que habla de cuando el contrato es notoriamente útil ó no dañoso á la muger, porque en tal caso será válido el contrato,

esté el marido ausente ó no del territorio, sin necesitar de la licencia del juez, pero no hallándose ausente del territorio el marido, valdrá el contrato, aunque este no consienta, si en realidad resulta útil á la muger, y de consiguiente al marido. Mas en el caso de la ausencia del marido no valdrá el contrato sin la licencia del juez, aunque sea útil á la muger, fundándose Acevedo para esta doctrina en que en la ausencia del marido, mas facilmente podrá cualquiera engañar á la muger, que en el caso que aquel se hallase en el territorio, donde con mas facilidad podia tener noticia del contrato.

6. Cualquiera de las dos esplicaciones que hace Acevedo para satisfacer la dificultad que se habia propuesto, me parece no tienen el menor apoyo y fundamento, pues la primera se reduce á decirnos que la presente ley habla del caso en que el marido esté ausente y no se espera que haya de venir en breve, y entonces se requiere la licencia del juez, precedida la informacion de utilidad, pero no en el caso de hallarse el marido presente en el territorio. Cuya esplicacion no es otra cosa en realidad que repetir la dificultad que se habia propuesto resolver, pues la dificultad se reduce á indicar por qué es válido el contrato celebrado sin consentimiento del marido, si es útil á la muger, como confiesa Acevedo, y en el caso de la ausencia del marido requiere la ley ademas de la utilidad la licencia del juez; la que se disuelve claramente diciendo que en uno y otro caso es válido el contrato celebrado sin consentimiento del marido presente, y en ausencia de este sin la del juez, con tal que el contrato sea útil y provechoso á la muger, como se convence de este raciocinio. No menos se quiere por la ley 55 el consentimiento del marido para que el contrato celebrado por la muger sea válido, que la licencia del juez segun la presente ley para el mismo fin en ausencia del marido; es asi que el contrato útil y provechoso á la muger es válido, aunque no haya intervenido el consentimiento del marido, luego tambien deberá ser válido y subsistente el contrato útil á la muger celebrado sin licencia del juez en ausencia del marido, mayormente siendo sin la menor duda mayor la autoridad que por la ley 55 se le concede al marido acerca de los contratos de su muger, pues no se necesita para prestar su consentimiento que preceda la informacion de ser la causa legítima útil ó necesaria, que la que por la presente ley se otorga al juez, que va limitada con la informacion que debe preceder.

7. Ni es mas fundada la otra esplicacion de que la presente ley se ha de entender con la limitacion de que no habla, cuando el contrato es notoriamente útil á la muger, pues asi como en el caso de la ley 55 no se requiere que el contrato sea notoriamente favorable á la muger, sino que basta se esperimente ser útil para que valga sin el consentimiento del marido, por la misma razon ha de bastar en la presente ley que el contrato se esperimente útil á la muger, aunque esta utilidad no haya sido notoriamente reconocida por tal antes de la celebracion del contrato, siendo como dejo dicho mayor la autoridad del marido, y mas necesaria y precisa su licencia y consentimiento para autorizar el contrato de su muger que la del juez, y asi repitiendo lo que dije en la ley 55, digo que la informacion de utilidad se requiere que preceda por esta ley antes que el juez dé su licencia, para que el contrato sea válido desde el instante que se celebró con este requisito, aunque en realidad no se verifique despues la uti-

lidad ; pero cuando esta se reconoce y experimenta despues de la celebracion del contrato, se hace este válido y subsistente, aunque no haya precedido la informacion de utilidad, ni la licencia del juez, debiéndose observar que el contrato útil á la muger, celebrado sin licencia de su marido, es en tanto grado válido y subsistente, que no se anula aunque el marido no lo ratifique y la parte quiera separarse de él, lo que es contra el dictámen de Acevedo en la ley 54, número 14, y la razon en que me fundo es porque la prohibicion de estas leyes no se dirige á favorecer á los que contraen con la muger, sino al marido de esta, y seria cosa irregular que el beneficio introducido á favor de uno le fuera perjudicial.

8. Cuándo se ha de tener la causa por legítima ó necesaria lo trae Castillo, á quien se refiere Acevedo, número 11.

Ley 60 de Toro, es la 9.^a, tít. 9.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 9.^a, tít. 4.^o, lib. 40 de la Novísima.

La muger no pague las deudas hechas por el marido durante el matrimonio, si renunciare los gananciales.

Cuando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere fecho durante el matrimonio.

COMENTARIO A LA LEY 60 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. La renuncia de la muger puede verificarse cuando se contrae el matrimonio, contraido este, ó disuelto.—3. El primer caso no ofrece dificultad.—4. Segun Matienzo, no pudiendo lucrar la muger en este caso los frutos de los bienes del marido, tampoco puede lucrar este los frutos de los bienes de la muger, por la ilacion que se espone, la cual combate el señor Llamas porque la muger por la renuncia solo dimite el derecho que le competia á participar de los gananciales concediéndoselos por entero á su marido, sin eximirles por este medio de contribuir á sostener las cargas del matrimonio con los frutos de sus bienes, y solo no queda obligada la muger por la renuncia á pagar las deudas contraidas

en el matrimonio.=5. Nueva razon que hace mas perceptible esta doctrina.=6. Dificultad sobre si puede la muger renunciar los gananciales, constante matrimonio, pues que adquiriendo la muger *ipso jure* el dominio de su parte de gananciales, seria válida la donacion entre esposos, la cual resulta de la renuncia.=7 y 8. Opinion de Gregorio Lopez y Molina por la no renuncia en tal caso por la razon espuesta.=9. Opinion de Antonio Gomez y Matienzo por la afirmativa, pues la adquisicion de dichos bienes por la muger no es por acto verdadero y natural, sino ficto y revocable por la ley y demas razones que se espresan.=10. Disposicion de una ley recopilada que ratifica la doctrina espuesta.=11. No se debe traer á consecuencia para invalidar la renuncia que sea nula la donacion de remision de la deuda hecha por alguno de ellos en favor del otro, pues en este caso el donante pierde de su patrimonio y se hace mas pobre, lo que no sucede en la renuncia de gananciales, segun convienen Covarrubias y Palacios Ruvios.=12. La renuncia, disuelto el matrimonio, no ofrece dificultad, y tambien seria válida la renuncia que hiciese la muger al tiempo de su muerte, viviendo su marido.=13. Se examina la doctrina de Matienzo sobre si la renuncia de los gananciales la podrá hacer alguno de los consortes, caso que este tenga acreedores: opinion de Covarrubias por la afirmativa: idem de Matienzo, quien no la cree cierta si se hace de los gananciales ya adquiridos y las deudas se contrajeron durante el matrimonio, pues deben pagarse de aquellos.=14. Se rebate el fundamento de Matienzo, pues si las deudas son mayores, no hay gananciales, y si menores que estos no perjudica la muger á sus acreedores en la renuncia, puesto que el marido queda obligado á pagarlas.=15. Si la renuncia la hace el marido á favor de su muger tampoco tiene lugar la opinion de Matienzo, por las razones que se esponen análogas á las anteriores.=16. Razon por que se ha puesto el caso de la renuncia del marido, no obstante que se opone á nuestras leyes, pues por la presente solo se concede á la muger el eximirse de pagar las deudas si renuncia de los gananciales.=17. El tiempo, dentro del cual debe la muger aceptar ó repudiar los gananciales es el de cien dias, que podrá reducirse.=18. Duda sobre si constante matrimonio podrá la muger renunciar los gananciales en perjuicio de la legitima de los ascendientes ó descendientes: resolucion por la negativa segun Olea.=19. Opinion del mismo autor sobre que puede alguno de los consortes renunciar de la mitad de los gananciales que espera tener durante el matrimonio en perjuicio de los acreedores, mas no de los ya adquiridos.

4. Dispone la presente ley que cuando la muger renunciare las ganancias no esté obligada á sastifacer las deudas contraidas constante matrimonio.

2. Esta renuncia de la muger puede verificarse en uno de tres tiempos: cuando se contrae el matrimonio; contraido ya este, cuando se conoce que hay bienes gananciales, y finalmente al tiempo de disolverse el matrimonio, por lo que para mayor claridad hablaré de cada uno con separacion.

3. En el primer caso no parece puede ofrecerse dificultad en que la renuncia sea válida, pues por ella renuncia la muger de los bienes que habia de lucrar ó adquirir, cuando aun no existen, del mismo modo que puede renunciar de la herencia, legado ó del fideicomiso.

4. Matienzo en la glosa 2, á esta ley, núm. 2, advierte que asi como en este caso la muger no puede lucrar los frutos de los bienes del marido, tampoco ha de poder este lucrar los frutos de los bienes de la muger, y se funda en que si en virtud de la tácita sociedad contraida entre los casados se hacen comunes los frutos, disuelta esta sociedad ó no contraida desde el principio por razon de la renuncia, debe cesar la comunicacion de frutos como efecto de la sociedad que es su causa; pero en mi dictámen Matienzo padece notable equivocacion en la ilacion que forma, porque la muger por la renuncia únicamente hace dimision del derecho que le competia á participar de los gananciales concediéndoselos por entero á su marido sin eximirles por este medio en manera alguna de contribuir á sostener las car-

gas del matrimonio con los frutos de sus bienes, segun la ley 7 y 40, párrafo 3, ff. *de jure dot.*, y la 20 del Cod. del mismo título, con las que están conformes la ley 18 y 25, tit. 11, Part. 4, no debiendo la muger pretender otra exencion en virtud de su renuncia que el no quedar obligada á satisfacer las deudas contraidas en el matrimonio.

5. Se hace mas perceptible esta doctrina reflexionando que en fuerza de la renuncia que hace la muger de los gananciales queda reducida la sociedad matrimonial á los términos del derecho comun de los romanos, por el cual el marido adquiere el dominio de los frutos de los bienes de la muger, especialmente de los dotales, y algunas veces de los parafernales, conforme á la ley 17 del mismo título.

6. Mayor dificultad aparece en el segundo caso cuando la muger constante matrimonio renuncia de los gananciales, mayormente si al tiempo de la renuncia aparece que los hay. Esta dificultad resulta de que adquiriendo la muger *ipso jure* el dominio de su parte de gananciales, segun la ley 2, tit. 9, lib. 5 de la Recopilacion, y los autores que la comentan, y lo que dije en la ley 16 de Toro, se seguiria que era válida la donacion *inter virum et uxorum*, pues por dicha renuncia daba la muger al marido una cosa de que actualmente le pertenecia el dominio.

7. Gregorio Lopez en la ley 5, tit. 11, Part. 4, glosa 3, movido de esta razon y de otras de menor entidad, afirma que en tal caso la muger no puede renunciar de los gananciales.

8. Del mismo dictámen es Molina *de justicia et jure*, tratado segundo, disputa 289, núm. 19, donde siguiendo y citando á Gregorio Lopez en el lugar espresado, dice que debiéndose á la muger por derecho real la mitad de los gananciales en virtud del contrato de matrimonio, y siendo inválida entre los casados la donacion de remision de la deuda, segun la ley *si sponsus* párrafo *circa venditionem*, ff. *de donationibus inter virum et uxorem*, se sigue por consecuencia que es inválida la renuncia que hace la muger de los gananciales despues de contraido el matrimonio.

9. Antonio Gomez en la presente ley, núm. 4, y Matienzo en la glosa 1 de la ley 9, tit. 9, lib. 5 de la Recopilacion, citando á otros varios autores se hacen cargo de esta dificultad, y responde que aunque es cierto que la muger adquiere *ipso jure* el dominio y posesion de la mitad de los gananciales, no hace esta adquisicion por un acto verdadero y natural sino ficto y revocable por la ley, y de consiguiente puede renunciar y no adquirir dicha mitad de gananciales asi como puede renunciar y no adquirir la herencia ó legado que *ipso jure* se le defiende á alguno sin adiccion ni inmisión, lo que es conforme á la disposicion de la ley 5, tit. 11, Part. 4, en la que se declara que en los dos casos espresados de herencia ó legado puede el heredero ó legatario renunciar de dicha herencia ó legado para que pase á su consorte, que es llamado en su defecto, sin que se pueda reputar por donacion *inter virum et uxorem* y la razon en que se funda la ley, es en que el que renuncia no se hace mas pobre en virtud de la renuncia por no estar aun en tenencia de la cosa, que es lo que se ha pretendido evitar con la prohibicion de la donacion *inter virum et uxorem*, á diferencia de la prohibicion que se le hace al menor por la ley 5, párrafo *si fundum* ff. *de rebus eorum*, de repudiar el legado de una cosa inmueble, aunque sea con la autoridad del tutor, sino interviene el decreto del juez, porque al menor no solo se le prohibe el enagenar

sino tambien el no adquirir, Gomez, cap. 14, núm. 13 *variarum resolutionum*.

40. Que la muger durante el matrimonio solo tenga el dominio revocablemente, lo persuade el ver que el marido conserva la administracion y libre disposicion para enagenar sin consentimiento de su muger con tal que no lo haga en fraude de la misma, ley 5, tít. 4, lib. 10 de la Novísima.

41. Ni se debe traer á consecuencia para invalidar la renuncia de gananciales entre los consortes el que sea nula la donacion de remision de la deuda hecha por alguno de ellos en favor del otro, pues en este caso el donante pierde de su patrimonio, y se hace mas pobre, que es la razon en que se fundan las leyes para prohibir las donaciones entre los casados lo que no sucede en el caso de la renuncia de los gananciales, como io reconoce Palacios Ruvios en la presente ley, y en el párrafo 47, número 13, rúbrica *de donat. int. v. et u.*, donde refiere un caso práctico que se resolvió en el tribunal. y en el párrafo 63, número 2, confirma lo mismo, y el señor Covarrubias parte 2, *de matrimonio* cap. 7, párrafo 4, número 14, donde cita á otros, y la ley 223 de las que llaman de estilo, que es conforme á nuestra ley de Toro.

42. En el tercer caso no puede haber la menor duda, segun Acevedo número 8 de la presente ley, de que la renuncia de los gananciales sea válida, pues la hace la muger disuelto el matrimonio por la muerte de su marido, y caso que la muger hiciese dicha renuncia al tiempo de su muerte viviendo su marido, tambien seria válida, porque aun cuando quiera suponerse donacion *inter virum et uxorem*, se confirma esta por la muerte del donante, cap. último *de donationibus inter virum et uxorem*, y la ley 4, tít. 14 Partida 4.

43. Antes de concluir este Comentario me ha parecido del caso examinar la doctrina del Matienzo en la presente ley, glosa 4, número 6, donde pregunta si esta renuncia de los gananciales la podrá hacer alguno de los consortes caso que este tenga acreedores, y resuelve con Covarrubias, parte segunda *de sponsalibus*, cap. 7, párrafo 4, número 12, que sí, fundándose en las razones que dicho autor espresa; pero á continuacion añade Matienzo que dicha opinion no le parece cierta quando la renuncia se hace de los gananciales ya adquiridos, especialmente si las deudas se han contraido constante matrimonio, fundándose en que dichas deudas se deben satisfacer de los gananciales ya adquiridos, segun la ley 14, tít. 20, lib. 3 del Fuero Real, y la 205 del estilo.

44. Por poco que se reflexione se descubrirá que Matienzo no tuvo fundamento sólido para separarse de la opinion de Covarrubias en el caso espresado, como se persuade por el siguiente raciocinio. En el caso que la muger renuncia de los gananciales adquiridos, ó las deudas contraidas durante el matrimonio superan los gananciales, ó son menores que estos: si lo primero estamos fuera del caso, pues implica que haya gananciales quando no alcanzan á cubrir las deudas del matrimonio, siendo propiamente gananciales aquellos bienes sobrantes despues de satisfechas las cargas del matrimonio. Si dichas deudas son menores que los gananciales, es falsa la opinion de Matienzo, pues en este caso ningun perjuicio hace la muger á sus acreedores en renunciar de dichos gananciales en favor de su marido, pues supuesto que las deudas han sido contraidas durante el ma-

trimonio quedará el marido obligado á satisfacerlas íntegramente, permaneciendo siempre salvos á la muger los bienes dotales, sin que se les siga ningun perjuicio á los acreedores ascendiendo los gananciales mas que las deudas.

15. Pero demos que la renuncia la haga el marido á favor de su muger y en este caso tampoco puede tener lugar la opinion de Matienzo, y es la razon porque en virtud de dicha renuncia no podrá obligarse la muger á mas que á satisfacer las deudas á que alcancen los gananciales, y en este caso tiene lugar la distincion puesta arriba en el de la renuncia de la muger, de si las deudas esceden ó no á los gananciales.

16. He propuesto este caso de que el marido renunciase de los gananciales, viendo la generalidad con que habla Matienzo, pues dice que estén los gananciales en la muger ó en el marido, las deudas contraidas constante matrimonio por alguno de los consortes se deben satisfacer de los bienes comunes, aunque estos bienes los posea el que no contrajo la deuda; de cuyas palabras se colige que constante matrimonio pueden estar en poder de la muger todos los gananciales, y de consiguiente que puede renunciarlos el marido, y que la muger puede contraer deudas en su propio nombre durante el matrimonio, cuya doctrina manifestamente se opone á nuestras leyes, pues por la presente únicamente se concede á la muger el eximirse de pagar las deudas si renuncia de los gananciales, sin estender esta gracia al marido, y por la 5, tít. 4, lib. 40 de la Novísima se concede al marido la administracion, no solo de los gananciales, sino de todos los bienes de su muger, y por la 55 de Toro se le prohibe á esta contratar sin licencia de su marido.

17. El tiempo dentro del cual debe la muger resolverse á aceptar ó repudiar los gananciales quiere Matienzo en la glosa 1, número 8, que sea el de cien dias contaderos desde que se le requiera por el juez, el que podrá reducir dicho término si lo tuviese por conveniente, á cuya opinion se refiere Acevedo, número 6, sin que despues de la aceptacion ó renuncia le quede á la muger libertad para arrepentirse ó mudar de dictámen, segun Matienzo, número 9.

18. Otra duda muy principal en la materia es si constante matrimonio podrá la muger renunciar los gananciales en perjuicio de la legítima de sus ascendientes ó descendientes, y parece que no, por lo que resuelve el señor Olea en el tít. 2, cuestion 3, número 22 y siguientes, citando varios autores que deberán consultarse para seguridad de esta resolucion.

19. Quien tratando de la cuestion de si alguno de los consortes podrá renunciar de la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio en perjuicio de los acreedores, resuelve afirmativamente con tal que se entienda de los gananciales que espera tener, pero no de los ya adquiridos, porque entonces lo haria en perjuicio *in fraude* de los acreedores ó de la legítima de sus ascendientes ó descendientes, segun lo resuelve el P. Sanchez de matrimonio, lib. 6, disputa 5, donde cita varios autores de la misma opinion.

Ley 61 de Toro, es la 9.^a, tit. 3.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 3.^a, tít. 44, lib. 40 de la Novísima.

La muger no se puede obligar por fiadora del marido ni de mancomun, sino en los casos que se espresan.

De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga é alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger; é assi mismo mandamos, que quando se obligare á mancomun marido, é muger en un contrato ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se proware que se convirtió la tal deuda en provecho della, cá estonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada, pero si lo que se convirtió en provecho de ella fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, assi como en vestirla é darle de comer, é las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo cual todo que dicho es, se entienda sino fuere la dicha fianza ó obligacion á mancomun por maravedis de nuestras reatas, ó pechos, ó derechos dellas.

COMENTARIO A LA LEY 61 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Disposiciones del Senado Consulto Velejano prohibiendo que las mugeres saliesen fiadoras por otro.—3. Año en que se dió dicho Senado Consulto, segun Heineccio.—4. Rebate Heineccio la opinion de Ulpiano sobre que dicho Senado Consulto fue posterior á los edictos de los emperadores Augusto y Claudio prohibiendo que las mugeres saliesen fiadoras por sus maridos.—5 y 6. Por dicho Senado Consulto no se anuló la obligacion contra la muger por su fianza, sino que se le dió escepcion por su falta de conocimiento; mas Justiniano dispuso que quando la muger saliese fiadora por su marido, fuese nula la fianza *ipso jure*: diferencias entre esta disposicion y el Senado Consulto.—7 y 8. Impropiiedad de Heineccio al explicar estas disposiciones.—9. La razon de lo dispuesto por Justiniano fue el mayor estímulo que tenian las mugeres para salir fiadoras por sus maridos por el afecto y respecto consiguientes.—10. Disposicion de Diocleciano y Maximiano sobre que si la muger saliese fiadora por su marido nada se le pudiese exigir por el Se-

nado Consulto Velejano.—14. Se espone lo dispuesto en la primera parte de la ley de Toro.—12. Idem en la segunda.—13. En esta parte se contienen tres disposiciones, una regla, una escepcion y una declaracion: se espone dicha regla.—14. Se espone la escepcion.—15. Contradiccion aparente de la ley, puesto que prohibe que cuando la muger sale fiadora por su marido queda obligada aunque se pruebe que fue útil á la muger la fianza, y al contrario quiere que cuando se obliga de mancomun con su marido y acredita que la deuda se convirtió en provecho de la misma quede obligada á su satisfaccion á prorata del beneficio que le resultó.—16. Opinion de Gomez sobre que en el primer caso es nula la fianza.—17 al 19. Fundamento de esta opinion en que la ley estableció diferencia entre ambos casos, en que no basta por derecho comun la confesion de la muger para probar que el precio ó la deuda se convirtió en su utilidad si no lo hacia constar debidamente, y en que la ley de Toro corrigió la del Fuero Real que mandaba que toda deuda contraída por marido y muger de mancomun, la paguen uno y otro.—20 al 22. Opinion de Matienzo sobre que la ley ninguna diferencia establece entre los dos casos que propone, por las razones que se espresan.—23 y 24. Equivocacion de Matienzo al atribuirse ser el primero que espresó esta duda, pues ya la espuso Palacios Ruvios.—25. Adhesion de señor Llamas á la opinion de Gomez, pues el legislador no quiso que en caso de que la muger fuere fiadora de su marido, quedare obligada aunque alegase en juicio que la deuda se habia convertido en utilidad suya.—26. Interpretacion que hace Matienzo de las palabras de la ley, *aunque se diga*, sobre que deben entenderse cuando el dicho se hace en el mismo contrato ó instrumento que se otorga de la fianza, pero no cuando se prueba y alega en juicio que la deuda se convirtió en utilidad de la muger: se rebate esta interpretacion, pues no es posible que al tiempo de otorgarse la fianza se pueda decir con verdad que la deuda se habia convertido en utilidad de la muger, ignorándose el efecto que habia de producir el préstamo.—27. Nueva razon á favor de lo espuesto, tomada del derecho romano.—28. Argumento á favor de la opinion de Matienzo de que donde se encuentra la misma razon, debe haber la misma disposicion: y en ambos casos espuestos hay igual razon.—29 y 30. Se rebate este argumento, advirtiéndose que la regla espuesta solo tiene lugar cuando en uno de los estremos de la comparacion no hay resolucion espresa, en cuyo caso se le aplica la del otro que la tiene por presumirse que la razon es igual.—31 al 36. Diferencia que media entre la ley de Toro, la novela de Justiniano y el Senado Consulto Velejano.—37. Duda de Matienzo sobre la utilidad que podrá provenir á la muger del contrato de fianza y contestacion del mismo sobre que si se le ha dado alguna cosa porque lo otorgue no le aprovecha el beneficio del Velejano entre los estraños, y que si el contrato es útil al marido, lo será á la muger por competirle la mitad de los gananciales lucrados durante el matrimonio.—38. Doctrina de Acevedo sobre que aunque en la primer razon de Matienzo puede resultar utilidad, no puede tener lugar en la segunda.—39 al 41. Se explica cuando deberá entenderse que la deuda se convirtió en utilidad de la muger, para el caso en que la muger se obligue de mancomun con su marido.—42. Duda de si la segunda parte de esta ley deberá entenderse cuando la muger se obliga como fiadora de mancomun con su marido ó se limita á cuando se obliga como principal.—43. Se decide que no debe estenderse la ley al primer caso por las razones que se espone.—44. Se espone la escepcion de la ley á las dos partes espuestas sobre que si la muger sale fiadora por su marido por rentas, reales ó derechos de ellas, ó se obliga de mancomun con él por la misma causa, queda obligada á la deuda aunque no se convierta en provecho suyo.—45. Razon de esta escepcion.—46. Matienzo pretende que por esta parte de la ley se corrigió la disposicion del derecho romano que se cita, siendo así que se corrigió por la primera parte.—47. Duda sobre si la muger con licencia de su marido podrá ser fiadora por este ó por otro tercero: opinion de Palacios Ruvios y Baldo por la negativa.—48. Opinion de Acevedo de que la muger casada puede, con licencia de su marido, salir fiadora por un tercero con tal que renuncie el Senado Consulto Velejano: el señor Llamas se adhiere á esta opinion.—49. Nuevas razones de Acevedo á favor de esta opinion.—50. Se pasa á examinar si será válida la renuncia que haga la muger del beneficio que por el Velejano se le concede.—51 y 52. Opinion por la negativa de Hugo, Donelo, Vinio, Avendaño, Noods y Gomez.—53. Opinion por la afirmativa de Covarrubias y Antonio Perez.—54. Se alegan nuevas razones en favor de esta opinion.—55. Opinion de Heineccio en el mismo sentido.—56. Disposicion de las Partidas en igual sentido.—57. Opinion de Gregorio Lopez sobre que por derecho comun no habia ley que dispusiese que la muger pudiera renunciar el Velejano.—

58. Concediendo la ley de Partida que la muger cerciorada de su derecho pueda renunciar del Velezano, queda resuelta dicha duda: opinion de Febrero admitiendo dicha renuncia.—59. Duda sobre si podrá la muger renunciar la disposicion de la novela de Justiniano que prohibe á la muger casada y de la que se contiene en la primera parte de esta ley que manda no pueda la muger ser fiadora de su marido aunque alegue que la deuda se convirtió en su provecho.—60 y 61. Opinion de Gregorio Lopez, Matienzo, Acevedo y Heineccio de que no basta la renuncia para que se convalide la obligacion, siendo como es nula la fianza.—62 al 66. Se rebate la doctrina espuesta de que es nula la fianza que hace la muger por su marido al tiempo de hacerla, puesto que es válida cuando redunde en beneficio de la muger y que esto no puede saberse hasta que se verifique el resultado que ha tenido la obligacion del marido, por lo que la fianza participó de la naturaleza de una condicion casual de futuro, la cual suspende el efecto de la disposicion hasta que se verifique su cumplimiento, segun Gomez, Molina y Menchaca.—67 al 70. La disposicion de la novela y de la ley ó es absoluta y entonces subsiste para siempre su disposicion, ó condicional de futuro, que suspende la obligacion hasta que se verifique la condicion segun la ley romana que se espone como sucede en los contratos condicionales.—71. Las razones sobre que por la novela de Justiniano permanece en suspenso la fianza que hace la muger por su marido hasta que se pruebe que se convirtió en provecho de la misma, existen para decir lo mismo en el caso de la segunda parte de la ley de Toro, en que la muger se obliga de mancomun por su marido, mas no cuando la muger da fianza por su marido, pues la ley la declara nula.—72 y 73. No es pues *ipso jure* nula la fianza que hace la muger por su marido en virtud de la novela, ni la que otorga contra la primera parte de la presente ley, segun se ha espuesto, rebatiendo las razones de Gregorio Lopez, Matienzo y Acevedo al sentar que la muger por medio de la renuncia de dichas leyes no puede hacer válidas las obligaciones que las mismas le impiden contraer.—74. No obstante, la muger no puede por la simple renuncia hacer eficaz la fianza dada por su marido contra la prohibicion de la novela y de la presente ley, pues aunque por la novela no es nula *ipso jure*, tiene por objeto precaver el daño que puede resultar á la muger por la debilidad de su condicion.—75 y 76. Tampoco tiene efecto la simple renuncia que haga la muger de la prohibicion que la impone la primera parte de esta ley, por la razon que se alega.—77. La renuncia en tal caso induce sospecha de fraude.—78. Duda sobre si podrá la muger renunciar simplemente de la prohibicion de la segunda parte de la ley, de que no pueda obligarse de mancomun con su marido y no tenga efecto la obligacion sino probó que se ha convertido en provecho suyo: opinion del señor Llamas sobre que en tal caso será inútil para validar el contrato ó supérflua y vana segun se espone.—79. Duda si la muger podrá renunciar con juramento así del beneficio del Velezano como de la novela de Justiniano y de la presente ley: opinion del señor Llamas por la afirmativa.—80. Disposicion del derecho canónico sobre que los contratos que no sean válidos, segun las leyes civiles, sean firmes y obligatorios, interviniendo juramento.—81. Disposiciones de las Partidas validando los contratos del menor que renuncia la restitution con juramento.—82. Leyes romanas de que están tomadas las que se han citado.—Nota. Es doctrina general confirmada por la práctica que la muger no puede renunciar las leyes que se citan ni aun con juramento ni el menor la restitution, aunque lo haga con juramento.—83 al 87. Se epiloga el contenido del Comentario de la presente ley.

4. Dispone la presente ley que la muger no pueda ser fiadora de su marido, aunque diga y alegue que se convirtió la deuda en provecho de ella: que cuando se obligaren de mancomun marido y muger en un mismo contrato ó en diversos, la muger no quede obligada á cosa alguna si no se probare que la deuda se convirtió en provecho de la misma, y declara cuando deberá entenderse que la deuda se convirtió en provecho de la muger, y por último que todo lo dicho se entienda sino fuere la fianza ú obligacion de mancomun por rentas reales, ó pechos ó derechos de ellas. De cada una de estas tres partes trataré con separacion para su mayor claridad, y antes daré una breve y sucinta noticia del senado consulto Ve-

leyano, que prohibió á las mugeres obligarse por deudas ajenas, y asimismo de la novela 134 del emperador Justiniano, cap. 8, en que prohíbe á las mugeres salir por fiadoras de sus maridos: y notará la diferencia que se observa entre el senado consulto Veleyano y la novela de Justiniano, á fin de que mas facilmente pueda venirse en conocimiento de si la presente ley deroga en parte ó el todo las anteriores disposiciones, ó se conforma con ellas.

2. Teniendo consideracion los romanos á la facilidad con que las mugeres salian por fiadoras de obligaciones ajenas, creyeron que atendida la debilidad de su sexo y á que por las costumbres antiguas no era permitido el que ninguna muger ejerciese oficio civil ó varonil, decretaron por medio del senado consulto Veleyano que las mugeres no pudieran ser fiadoras por otro, ni se diese accion contra ellas. Aunque no tenia efecto la fianza de la muger no por eso era *ipso jure* nula segun la ley 7 y 23, ff. *ad senatum consultum Veleyanum* á no ser que la fianza no se hubiese hecho en un instrumento público, sino en un papel privado, que entonces era *ipso jure* irrita. Lo mismo se dispone en la ley 23, párrafo último C. h. t., y asi al que pedia contra la muger le obstaba la escepcion del senado consulto Veleyano, segun la ley 40, ff. *de conditione in debitis*, la que competia igualmente á sus herederos, fiadores y mandatarios, segun la 8, párrafo 4, ff. h. t.

3. Procurando Heineccio fijar la época en que se celebró el senado consulto Veleyano, es de parecer que corresponde al año 763 de la fundacion de Roma, segun manifiesta en el lib. 3 de las antigüedades romanas, tit. 21, párrafo 12, y lo mismo repite en el lib. 4. cap. 4, párrafo. 172 de la historia del derecho civil, y con alguna mas estension en los elementos del derecho civil, segun el orden de las Pandectas, lib. 16, tit. 1. nota 1.

4. En este lugar se hace cargo de que el jurisconsulto Ulpiano en la 2, ff. *ad senatum consultum Veleyanum*, afirma que primeramente en tiempo del emperador Augusto, y posteriormente en el de Claudio, se prohibió por sus edictos que las mugeres saliesen fiadoras por sus maridos, y posteriormente por el senado consulto Veleyano se favoreció plenísimamente á todas las mugeres, con lo que manifiesta que la prohibicion de que las mugeres saliesen por fiadoras de sus maridos era anterior al senado consulto Veleyano. Esto no obstante, pretende Heineccio, que se equivocó el jurisconsulto Ulpiano, cuando supuso que el senado consulto Veleyano habia sido posterior á los edictos de los emperadores Augusto y Claudio, lo que hace constar por varios testimonios de la antigüedad que podrán verse en el lugar citado.

5. Todavía cuando fuese cierto que los emperadores Augusto y Claudio prohibiesen á las mugeres salir fiadoras por sus maridos, y que no se dude que el senado consulto Veleyano en la escepcion que concedió á las mugeres de ser fiadoras por otros estuviese comprendido el caso de que lo fuesen por sus maridos, esto no obstante no fue inútil ni supérflua la disposicion del emperador Justiniano.

6. Por el senado consulto Veleyano no se anulaba la obligacion que resultaba contra la muger por su intercesion ó fianza, sino que siendo válida se le concedia la escepcion en beneficio del sexo por su imbecilidad y falta de conocimiento; lo contrario sucedia cuando la muger salia fiadora de su

marido, en cuyo caso dispensó el emperador Justiniano que la fianza fuese *ipso jure* nula, según Heineccio, quien en el lugar arriba citado, párrafo 206 notando la diferencia que hay entre el senado consulto Veleyano y la novela y auténtica de Justiniano, dice: que por el senado consulto Veleyano se prohíbe á la muger salir por fiadora de cualquiera; por la auténtica únicamente por su marido; que la intercesion hecha contra el senado consulto no es *ipso jure* nula; pero cuando se hace contra la auténtica es *ipso jure* irrita: que la intercesion hecha por un extraño convalece reiterándose despues de dos años, y la que se hace por el marido no convalece aunque se repita; que se puede renunciar del senado consulto en juicio y fuera de él, y de la auténtica no se puede renunciar ni aun en juicio.

7. Echo de ver en esta esposicion de Heineccio que no se explica con la debida propiedad cuando dice que la intercesion hecha contra el senado consulto Veleyano convalece si se repite despues de dos años, pues habiendo sentado que la intercesion (que se ha de suponer que es lo mismo que fianza) contra el senado consulto Veleyano no es *ipso jure* nula, no podia convalecer si se repetia despues de dos años, no siendo conciliable que lo que es válido al principio convalezca con el transcurso del tiempo, y así debió decir que por la intercesion repetida despues de dos años pierde la muger la escepcion que le concedia el senado consulto Veleyano.

8. Con igual impropiedad se explica Heineccio, cuando á pesar de su mucha cultura y método analítico con que trata las materias legales, afirma que la fianza que da la muger por su marido contra la novela de Justiniano es *ipso jure* nula; lo que no es conciliable con lo que á continuacion dice la misma novela, á saber: que cuando la deuda sobre que recayó la fianza se acredita haberse convertido en utilidad de la muger, queda esta obligada á su satisfaccion y supuesta la nulidad de la fianza, no podia esta revalidarse en el caso que la deuda se hubiera convertido en provecho suyo, siendo bien sabido aquel axioma legal que dice *quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest*, por lo que la diferencia que constituye Heineccio entre la disposicion del senado consulto y de la novela no estriba en que la fianza que prohíbe el primero sea válida y la de la novela nula, sino en que la del senado consulto es válida háyase convertido ó no la deuda en provecho de la muger, y la de la novela solo en el caso en que la haya resultado utilidad.

9. La razon que pudo mover al emperador Justiniano para prohibir espresa y determinadamente la fianza que las mugeres hacian por sus maridos, y no creer suficiente la que virtualmente se incluye en la prohibicion general del senado consulto Veleyano, á mi parecer no pudo ser otra que el mayor estímulo que tenian las mugeres para prestar estas fianzas por sus maridos en razon del respeto y subordinacion que les tenian, ó mayor efecto que les profesaban; lo que podia dar ocasion á que degenerasen en unas donaciones paliadas entre marido y muger.

10. Acerca de esto debe notarse que en la ley 4, C. de *uxor pro marito*, dispusieron los emperadores Diocleciano y Maximiano que si la muger saliese por fiadora de su marido, nada se le pudiese exigir en virtud del senado consulto Veleyano. Lo que prueba que estos Emperadores supieron que la prohibicion de la fianza de la muger por su marido estaba ya comprendida en la disposicion del senado consulto Veleyano.

11. Sentados estos antecedentes del derecho comun ó romano, entro

á esponer la primera parte de la disposicion de la presente ley, que como se ha dicho, se reduce á que la muger no pueda ser fiadora por su marido, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ella; ¿y sucederá lo mismo si prueba y acredita que la deuda se convirtió en utilidad suya? Esta es una duda que me reservo examinarla y resolverla en la segunda parte de la ley por ser lugar mas oportuno.

12. En la segunda parte ordena igualmente que cuando se obligan de mancomun marido y muger, en uno ó en diversos contratos, no quede esta obligada á cosa alguna, á no ser que se haga constar se convirtió la deuda en provecho de la misma, que entonces deberá responder á prorata del provecho ó utilidad que percibió: no debiendo estenderse este provecho á las cosas que el marido estaba obligado á dar á la muger.

13. En esta segunda parte de la ley se contienen tres disposiciones, á saber: una regla, una escepcion y una declaracion. La regla consiste en que la muger que de mancomun se obliga con su marido en uno ó en diversos contratos no quede obligada.

14. A continuacion de esta regla establece la siguiente escepcion, reducida á que si se hace constar que la deuda se convirtió en provecho de la muger, debe responder esta á prorata del provecho ó utilidad que percibió; y para que no se dude cuál haya de ser el provecho que haya de percibir la muger para que quede obligada á satisfacer la deuda á prorata, declara que no deben considerarse como provecho de la muger aquellas cosas que el marido estaba obligado á darle asi como de vestir y comer y las otras cosas necesarias.

15. Supuesta esta disposicion de la ley, resalta una duda curiosa y delicada, cual es que en dos casos, al parecer iguales y semejantes, la ley establece resoluciones contrarias. Cuando la muger sale fiadora por su marido prohíbe que quede obligada, aunque se diga y alegue que de la fianza resultó utilidad á la muger; y por el contrario, si se obliga de mancomun con su marido y acredita que la deuda se convirtió en provecho de la misma, quiere que quede obligada á su satisfaccion á prorata del beneficio que le resultó.

16. Antonio Gomez, haciéndose cargo de esta duda ó dificultad en el núm. 2 del Comentario á esta ley resuelve que en el caso de que la muger salga por fiadora de su marido, aun cuando alegue y pruebe que el importe ó valor de la deuda se convirtió en provecho ó beneficio de la muger será nula y sin efecto la fianza de la misma.

17. Para fundar su opinion alega las razones siguientes: primera, que la ley manifiestamente quiso establecer verdadera diferencia entre el caso que la muger salia por fiadora de su marido, y en el que se obligaba juntamente con él, como espresamente lo denotan las palabras de la ley, en las que con separacion hablan de uno y otro caso.

18. La segunda se reduce á que por derecho comun no bastaba la confesion de la muger para probar que el precio ó la deuda se habia convertido en utilidad de la misma si no lo hacia constar debidamente, de que infiere que la presente ley parece aumentó á la disposicion del derecho comun que no bastaba la confesion, la asercion ó prueba de que el precio ó deuda se habia convertido en utilidad de la muger.

19. Por último, de lo dicho concluye que la presente ley de Toro corrigió á la 1.^a, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real, por la que se ordena que

toda deuda que contrajerén marido y muger de mancomun que la paguen uno y otro, lo mismo se repite en la 207 de las supuestas leyes de estilo.

20. Matienzo en la ley 9, tit. 3, lib. 3 de la Recopilacion, glosa 2, número 3, afirma que segun su dictámen, la ley ninguna diferencia establece entre los dos casos que propone, y así en uno y en otro rige la misma disposicion, porque no ve que haya razon de diferencia entre ellos; y pasando á fundar su opinion, dice que las palabras puestas al principio de la ley, en que se espresa que la fianza dada por la muger en favor del marido no valga, aunque se diga ó alegue que la deuda se convirtió en beneficio de la muger, deben entenderse cuando en el contrato ó mismo instrumento de la fianza se afirma este hecho, ó se alega en juicio, porque se presume fraudulenta esta confesion dimanada de miedo ó demasiado amor entre personas tan unidas; y tambien se sospecha que es una denacion que está prohibida entre los consortes.

21. Corrobora esta esposicion valiéndose de las palabras de que usa la ley en el caso de que se obliga el marido y la muger de mancomun, que ordenan y establecen lo mismo, siempre que el hombre y la muger se obligan juntamente *in solidum* en un mismo contrato ó diverso, en cuyo caso dispone que no quedó la muger obligada aunque confiese que se convirtió la deuda en utilidad suya, porque en uno y otro caso debe de contrario probarse que la deuda se convirtió en utilidad de la muger, para que entonces quede obligada á prorata del beneficio que le resulta.

22. Con esta esposicion cree Matienzo no solo haber probado su opinion, sino disuelto tambien las razones en que Gomez apoya la suya; Acevedo en la glosa 2, núm. 48, se conforma con el dictámen de Matienzo, con la particularidad de alabarse de que mucho antes de que hubiera escrito Matienzo sobre esta ley, ya la habia él dado la misma inteligencia y la tenia escrita, por lo que se alegró el verla apoyada por Matienzo.

23. Si esta alabanza se dirige á apropiarse el concepto de original en la esposicion de esta duda, seguramente se engañó, pues Palacios Ruvios escribió mucho antes que estos dos autores, y manifestó la misma opinion en el número 6 de la presente ley de Toro.

24. Pasando ahora á esponer mi dictámen en la presente duda, digo que tengo por mas conforme y fundada la opinion de Gomez, como voy á manifestar, debiendo antes advertir que eu el legislador deben considerarse dos cualidades en realidad diversas, á saber: la facultad ó potencia, y la voluntad, ó lo que viene á ser lo mismo el poder de mandar y la voluntad de hacerlo. No puede dudarse que el legislador tuvo facultad para prohibir que la muger saliese por fiadora de su marido, aun cuando alegase y probase que la deuda del marido, y de que fue fiadora la muger, se habia convertido en utilidad de la misma. La justicia de esta prohibicion podia fundarse en la debilidad del sexo y en el respeto y subordinacion que debia tener á su marido, como superior de la familia y administrador de los bienes de su muger; y con el fin de evitar que con semejantes fianzas se paliasen las donaciones entre marido y muger, reprobadas justamente por derecho.

25. Veamos ahora si el legislador tuvo y manifestó su voluntad en que la muger no quedase obligada por la fianza que habia dado en favor de la deuda contraida por su marido; y oigamos las palabras de que usa la ley,

que son las siguientes: «De aquí adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger.» En dichas palabras se establece una regla general acerca de la fianza de las mugeres por las deudas de sus maridos, y se declara inútil é inadmisibile la escepcion de decirse y alegarse en juicio, que la deuda de que fue fiadora la muger se convirtió en provecho de la misma: lo que convence hasta la evidencia que el legislador no quiso que en el caso de que la muger fuese fiadora de su marido quedase obligada, aunque alegase en juicio que la deuda se había convertido en utilidad suya.

26. Matienzo, haciéndose cargo de estas palabras de la ley, *aunque diga y alegue en juicio*, las coarta y restringe al caso en que en el contrato ó en el instrumento de la fianza se diga ó espresese que la deuda se convirtió en utilidad de la muger, lo que no impide pueda probarse que la deuda real y verdaderamente cedió en beneficio de esta, y lo mismo quiere suceda cuando se alega en juicio. Estraña esposicion, á la verdad, suponer que la palabra de la ley, *aunque se diga*, debe entenderse cuando el dicho se hace en el mismo contrato, ó en el instrumento que se otorga de la fianza, sin reflexionar que regularmente era un imposible que al tiempo de otorgar la fianza se pudiera decir con verdad que la deuda se había convertido en utilidad de la muger; ignorándose el efecto que había de producir el préstamo ó valor de la deuda, y las palabras, *que alegue en juicio*, las entiende Matienzo cuando no se prueba lo que se alega; ¡feliz y oportuna advertencia, honorífica á los magistrados ó jurisconsultos que intervinieron en la formacion de la ley! pues suponen que estaban en la persuasion de que una mera alegacion en juicio era bastante para dar por cierta la cosa alegada, aunque no se probase, si no se declaraba en la ley lo contrario; y en tal caso deberíamos quedarnos muy agradecidos por el golpe de luz que habian dado á la jurisprudencia con esta doctrina.

27. Siendo tanto mas importante esta advertencia; cuanto en la auténtica espresamente se dice, hablando de la escepcion de haberse convertido la deuda en utilidad de la muger, *nisi manifeste probetur quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint*, con lo que manifiesta que el emperador Justiniano no tuvo por bastante el derecho y alegacion en juicio, sino que creyó necesaria la prueba real y verdadera de que la deuda del marido se había convertido en utilidad de la muger. Lo que persuade que así como nuestra ley copió y adoptó la regla establecida por el emperador Justiniano en su novela, copiándola substancialmente, del mismo modo debe presumirse que nuestra ley con su silencio desaprobó la escepcion que contenia la novela de Justiniano.

28. Podrá por ventura alegarse en favor de la opinion de Matienzo aquel axioma comun que donde se encuentra la misma razon debe ser igual ó semejante la disposicion; y como en el caso en que la muger se obliga de mancomun con su marido, aunque declara inútil la obligacion, admite la escepcion de que sea válida si se acredita que del contrato en que se obligaron de mancomun marido y muger ha resultado utilidad á esta; del mismo modo y por igual razon debe presumirse y suponerse que cuando de la fianza que hace por su marido la muger consta que ha recibido esta provecho, debe ser válida y subsistente.

29. Para satisfacer á esta objeccion, que á primera vista parece algo fundada, debe decirse que la regla ó axioma de que donde milita igual razon debe militar la misma disposicion de derecho, solo tiene lugar cuando en uno de los extremos de la comparacion no hay resolucion espresa: en cuyo caso se le aplica la del otro que la tiene, por presumirse que la razon es igual, lo que en manera alguna puede acomodarse al caso de la disputa, á causa de que asi cuando la muger sale fiadora por su marido, como cuando se obliga de mancomun con él, esplica nuestra ley la resolucion que ha querido rigiese en cada uno de ellos, y de consiguiente no es aplicable la regla que donde milita la misma razon debe regir la misma disposicion de derecho; pues en realidad no vendria á ser otra cosa que derogar la disposicion espresa de la ley en la parte que ordena que no puede la muger ser fiadora por su marido, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho suyo, para aplicar la disposicion que quiso el legislador rigiese en el caso de que la muger se obligase de mancomun con su marido.

30. Todavia se persuade mas la arbitrariedad de estender lo que dispone la ley en el caso que la muger se obliga de mancomun con su marido, al otro en que sale por fiadora del mismo; pues igualmente podria decirse que asi como en el caso en que la muger sale fiadora por su marido no quiso la ley que la muger quedase obligada, aunque la deuda se convirtiese en provecho suyo, del mismo modo podria decirse que por razon de semejanza tampoco quiso que cuando la muger se obligaba de mancomun con su marido quedase esta obligada, aun cuando la deuda se hubiera convertido en utilidad suya, sin que pueda negarse que si el caso de la fianza es igual y semejante al de la obligacion de mancomun, este debe ser por necesidad igual y semejante á aquel, porque implica que uno sea semejante á otro, y este no lo sea á él.

31. En suma, los dos casos de que habla la ley, ó son semejantes ó diversos y diferentes; si lo primero se hace forzoso decir que el legislador faltó á las reglas de la razon y de la justicia dando á cada uno disposiciones diferentes; si por el contrario los casos son diversos, no debe aplicarse al uno la resolucion que se dió al otro.

32. En vista de estos antecedentes facilmente se echará de ver la diferencia que media entre la novela de Justiniano y nuestra ley real: por la novela no es *ipso jure* nula la obligacion ó fiaduria de la muger por su marido, sino que permanece en suspenso hasta que se haga constar si la fianza produjo ó no utilidad á la muger, á la manera de lo que sucede en las obligaciones condicionales que permanecen en suspenso hasta que se verifica ó no la condicion con que se contrajeron; no sucede lo mismo por nuestra ley real, la que prohíbe y anula la obligacion de la muger como fiadora de su marido, sin admitirle prueba sobre si la fianza cedió ó no en beneficio de la misma.

33. La novela de Justiniano nada dispone acerca del caso en que la muger se obligaba de mancomun con su marido, sin duda porque este caso no pertenecia á la disposicion del senado consulto Velejano, que solo se limitaba á las obligaciones que las mugeres contraian por deudas ajenas, porque no les impedia que en negocios propios pudiesen contratar y obligarse, como se colige de varias leyes ff. C., que se hallan en los respectivos titulos del senado consulto Velejano.

34. Nuestra ley dispone específica y determinadamente del caso en que la muger se obliga de mancomun con su marido, y ordena que no quede obligada á cosa alguna; pero como á continuacion admite la escepcion de que si se probase que la deuda se convirtió en provecho de la muger fuera válida la obligacion, se infiere claramente que en el expresado caso de haberse obligado la muger de mancomun con su marido quedaba la obligacion en suspenso hasta que se acreditase si la deuda se habia convertido ó no en provecho de la misma, como se ha dicho en el caso de la novela de Justiniano.

35. De lo dicho se infiere que nuestra ley miró con mas consideracion á las mugeres que el senado consulto Veleyano, el cual no impedía que las mugeres se obligasen de mancomun con sus maridos; pero la ley, sospechando que la obligacion de la muger de mancomun con su marido podia dar ocasion á fraudes con que se ocultasen las donaciones entre marido y muger, no admitió por válida y subsistente la obligacion de la muger de mancomun con su marido á no ser que se probase que la deuda se convirtió en provecho suyo.

36. Téngase presente que por el senado consulto Veleyano no se prohibia á la muger contratar y obligarse por sí en asuntos pertenecientes á sus intereses, como se advierte en la ley 3, 13, 17 y 21 ff. *ad senat. consult. Velej.*, y otras del código del mismo título; y lo mismo manifiesta la ley 3, del tit 12 de la Partida 5 en la 6.^a razon, por la que la muger puede ser fiadora.

37. En el número 4 de la glosa 2, pregunta Matienzo qué utilidad podrá provenir á la muger del contrato de fianza y responde que si se le ha dado alguna cosa porque le otorgue, en este caso no le aprovecha el beneficio del Veleyano entre los estraños, como se ordena en la ley 24, C. *ad Velej.*, y en la 3, versículo, la 3.^a razon, tit. 12, Partida 5, y concluye que es mejor decir que si el contrato es útil al marido, será consiguientemente útil á la muger, por competirle la mitad de las ganancias lucradas constante matrimonio.

38. Acevedo, haciéndose cargo de la duda de Matienzo y de la doctrina que espone para su resolucion, dice en el mismo número 18, concretándose á las dos razones de Matienzo, que aunque en la primera pueda verificarse utilidad, en la segunda no puede tener lugar á causa de que, aunque por la fianza no quede obligada la muger lo estaria por razon de la aceptacion de las ganancias, y asi seria de ningun provecho la segunda utilidad que supone Matienzo. Con lo que pasa Acevedo á proponer otras utilidades que pueden resultar á la muger de su fianza, cuales dice son si por su medio resulta algun provecho á la eviccion é indemnizacion de algunos bienes suyos, bien sean dotales ó parafernales, ó por la fianza concibe mayor esperanza de lucro, como frecuentemente nos enseñará la esperiencia y demostrará el caso que ocurra.

39. Como se ha dicho que en el caso de que la muger salga por fiadora de su marido será nula la fianza, aunque acredite que la deuda se convirtió en utilidad de la misma, tengo por escusado y ocioso detenerme á examinar si las utilidades que suponen Matienzo y Acevedo son reales ó imaginarias.

40. Pero convendrá aclarar este punto para en el caso en que la muger se obliga de mancomun con su marido, en el cual dispone la ley que

si la deuda se convirtió en provecho de ella quede obligada á otra tanta parte como importó el beneficio ó provecho.

41. Se deberá entender que la deuda se ha convertido en utilidad de la muger, cuando hallándose una heredad de esta gravada con un censo se redime con el dinero que se ha tomado prestado, ó se invierte en una obra que se hace en finca de la muger para que sea mas fructífera, ó aumente su valor: en cuyos casos á proporcion de la utilidad que haya recibido la muger por la redencion del censo ó construccion de la obra quedará obligada á la satisfaccion: de forma que si todo el valor del débito que contrajeron marido y muger se invirtió en beneficio de una finca de esta, ella sola quedará obligada y responsable á la satisfaccion del débito; sobre lo que puede verse á Ayora, parte 1.^a, capítulo 10 de *partitio-nibus*, en donde trata de las mejoras hechas en los bienes de los consortes.

42. Puede ser duda para la inteligencia de esta ley si su segunda parte deberá entenderse de cuando la muger se obliga como fiadora de mancomun con su marido, ó se limita precisamente á cuando se obliga como principal.

43. No parece debe estenderse la ley al primer caso, porque acerca de él ya estaba dispuesto en el Velezano, y de consiguiente no parecia necesaria la disposicion de la ley, pues sino era nula *ipso jure* la fianza de la muger soltera por el Velezano, sino que le competia la escepcion, con menos razon podia prohibírsele que lo fuera juntamente con su marido, por lo que parece que con precision se ha de decir que habla la ley de cuando se obliga la muger como principal de mancomun con su marido.

44. La tercera parte de la ley contiene una escepcion relativa á las dos partes anteriores de la misma, reducida á que cuando la muger saliese fiadora por su marido por rentas reales, pechos ó derechos de ellas ó se obligase de mancomun con él por la misma causa, aunque la deuda no se haya convertido en provecho de la muger, quede obligada á su satisfaccion.

45. La razon de esta escepcion al parecer se funda en la preferencia que debe tener el bien comun y público en concurrencia con el privado y particular.

46. Matienzo en la disposicion á la última parte de esta ley pretende que por ella se corrijió la disposicion del cap. 8, de la novela 134, en el que despues de ordenar que la muger no puede ser fiadora de su marido, ni por deuda particular ni pública, admite la escepcion de que se haya convertido la deuda en provecho de la misma; pero esta escepcion que se contiene en la novela de Justiniano, ya se ha hecho constar arriba que la habia derogado la resolucion de la primer parte de esta ley, por lo que debe concluirse que la tercera parte de la misma contiene una mera y pura escepcion de lo dispuesto en la primera, de que la muger no pudiese ser fiadora por su marido, aunque la deuda se hubiera convertido en provecho suyo; y de lo que ordena en la segunda, en que se establece que la muger cuando se obliga de mancomun con su marido no quede obligada, si la deuda no se ha convertido en provecho de ella.

47. Palacios Ruvios en el número 3, del comentario á la presente ley propone como una duda curiosa y sutil si la muger con licencia de su

marido podrá ser fiadora por este ó por otro tercero; y despues de manifestar que algunos opinaban por la afirmativa, fundados en la ley 3, tít. 20 del lib. 3 del Fuero Real, sin embargo es de dictámen que no puede ser fiadora por otro, aunque sea con licencia de su marido, segun se infiere de la ley 2, al fin, y de la 3, al principio del tít. 12 de la Partida 5, y apoya su opinion con la autoridad de Baldo, porque de un contrato de fiaduría dañoso é inútil no puede seguirse á la muger utilidad alguna sino un daño y perjuicio evidéntisimo; de que infiere que la licencia del marido no debe dar vigor y fuerza á esta fianza, y aconseja que se medite el punto.

48. No se conforma con esta opinion de Palacios Ruvios Acevedo, quien al número 13 de la presente ley de Toro, afirma que la muger casada con licencia de su marido podrá ser fiadora por otro tercero, con tal que renuncie del Veleyano, sin que en esto se contravenga á la disposicion de la ley de Toro, que solo la inhabilita para ser fiadora por su marido, y de consiguiente no puede contravenirse á la disposicion de la ley, ni está comprendida en la misma la fianza que la muger dé por otro con licencia de su marido, asi como puede obligarse por sí y contratar mediante la espresada licencia, segun la 55 de Toro y siguientes, por lo que tengo por mas fundada y conforme la opinion de Acevedo.

49. Corroboraba esta opinion de Acevedo el que por la ley 14, tít. 20, lib. 3 del Fuero Real se permite á la muger casada ser fiadora de otro, con licencia de su marido: estas son las palabras de la ley. «Muguer que muger de su marido no pueda fiar ni facer deuda sin otorgamiento de su marido.» La que no está revocada ni por la de Toro, ni aun por las leyes de Partida, pues aunque en la 2, tít. 12, Partida 5 se prohíbe á la muger salir por fiadora de otro, en la 3 del mismo título le es permitido renunciar el derecho que la ley le concede, como se espresa en la tercera razon que refiere la ley, por la que las mugeres pueden obligarse.

50. Habiendo esplicado y espuesto la inteligencia que debe darse á las diversas partes de la presente ley, parece consiguiente detenerme á examinar si será válida ó no la renuncia que haga la muger del beneficio que por el Veleyano se le concede; antes de entrar á discutir si tendrá lugar la renuncia contra la disposicion de esta ley.

51. Tratando este punto Hugo Donelo en el libro 12, capítulo 32, versículo 4 de sus comentarios al derecho civil, es de dictámen que la muger no puede renunciar del beneficio que por el Veleyano se le concede, y exceptúa únicamente dos casos que se hallan comprendidos espresamente en la auténtica, *quando mulier tutelae matri el aviae*, y en la última, párrafo penúltimo, ff. *ad senatum consultum Veleyanum*; Vinnio en el libro 4 de sus cuestiones selectas del derecho, capítulo 48, sigue la opinion de Donelo, la que defiende con mayor empeño y fuerza de razon don José Aberaño en el libro 2, capítulo 5 de sus interpretaciones de derecho, con quien está conforme Gerardo Noods en el Comentario al título del senado consulto Veleyano, donde afirma que Aberaño en el lugar citado habia superado á cuantos habian escrito en esta materia, por lo que no tenia nada que añadir á lo dicho por Aberaño.

52. Anteriormente á los autores que quedan citados estableció la misma opinion Antonio Gomez en el tomo 2 de sus varias resoluciones, capí-

tulo 13, número 17, párrafo *sed his non obstantibus*, donde espone las razones en que la funda.

53. No estuvo conforme con la opinion de los autores referidos el señor Covarrubias, quien en la parte 2.^a de la releccion, al capítulo *Quamvis pactum, de pactis in* 6, párrafo 3, número 8, afirma que la muger puede renunciar espresamente en juicio del beneficio del Velezano si está sabedora de la gracia que por él se le concede, y cita en comprobacion la espresada ley última, párrafo penúltimo, ff. *ad Veleyanum*, y aun se estiende á decir que segun la costumbre basta la renuncia espresa del Velezano fuera de juicio, aunque no haya intervenido juramento; pero quien mas esfuerza esta opinion es Antonio Perez en el número 23, tít. 29, C. *ad senatum consultum Veleyanum*, donde alega entre otras razones que siendo el beneficio que se les concede á las madres por dicho senado consulto una escepcion para eximirse de satisfacer la obligacion contraida, asi como tácitamente pueden renunciar de la escepcion no usando de ella, por la misma razon les debe ser permitido renunciarla espresamente.

54. No se opone á esto decir que con la misma facilidad con que se obliga la muger, renunciará del beneficio que se le concede; porque esto no se verifica en la muger que instruida y enterada de su privilegio, especial y espresamente renuncia de él, á mas de que si la muger puede tácitamente renunciar de la escepcion omitiendo el usar de ella, ¿por qué razon no ha de poder renunciar por un pacto espreso, siendo asi que es mayor la eficacia de lo espreso que de lo tácito, y está establecido que á todos es lícito renunciar de lo que se ha establecido en su favor?

55. No se aparta de esta opinion Heineccio en sus elementos del derecho civil, segun el orden de las pandectas, lib. 16, título 1, *ad senatum consultum Veleyanum*, párrafo 203, en donde fundado en que la concesion que se hace á las mugeres por el Velezano es un privilegio ó beneficio de que cualquiera puede renunciar, afirma que la muger advertida y enterada del beneficio que se le dispensa puede renunciar de él, bien sea en juicio ó fuera de él, y cita la ley última, párrafo penúltimo, ff. *ad senatum consultum*, la 21, C. del mismo título, y la penúltima, C. *de pactis*.

56. Nuestras leyes de Partida, que rara vez se apartan en sus disposiciones de las del derecho civil, en la 3, tít. 12, Partida 5, despues de referirse á la anterior, en donde se establece que muger ninguna no pueda entrar fiadora por otro, pone varias escepciones en que no tiene lugar esta regla, y la tercera de ellas dice asi: «cuando la muger fuese sabedora é cierta que no podia ni debia entrar fiador, si despues lo ficiese renunciando de su grado é desamparando el derecho que la ley les otorgó á las mugeres en esta razon.»

57. Gregorio Lopez en la glosa 6 afirma que por el derecho comun no habia ley que dispusiese que la muger pudiese renunciar del Velezano, sino que segun muchos doctores por derecho comun debia decirse lo contrario.

58. Supuesto que por nuestra ley real de Partida espresamente se concede á la muger que cerciorada de su derecho pueda renunciar del Velezano, ya entre nosotros queda disuelta y decidida la presente duda. Febrero en su Libreria de Escribanos, tomo 2, capítulo 4, párrafo 3, número 123, entre los casos en que admite que la fianza de la muger sea

válida, es cuando cerciorada de su derecho renuncia de él voluntariamente.

59. Mayor dificultad ofrece la duda de si podrá la muger renunciar la disposicion de la novela de Justiniano, que prohíbe á la muger casada, y de la que se contiene en la primera parte de esta ley, que establece y ordena no pueda la muger ser fiadora de su marido, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en su provecho.

60. Gregorio Lopez en la ley 3 de la Partida citada, glosa 6, opina que siendo *ipso jure* nula la fianza que hace la muger por su marido en virtud de la novela de Justiniano y de la presente ley, no basta la simple renuncia para que se convalide y sea válida la obligacion.

61. Matienzo en la glosa 4 de la presente ley, y Acevedo en el número 7 y 8 de la misma, se conforman en todo con la opinion de Gregorio Lopez. No se aparta de este dictámen Heineccio en el lugar arriba citádo del título del ff. *ad senatum consultum Velejanum*, párrafo 206, donde afirma que la muger no puede renunciar de la disposicion de la novela aunque sea en juicio.

62. Entrando á examinar la razon en que fundan su opinion los autores citados, á saber, de que siendo nula y de ningun efecto la fianza que hace la muger por su marido, con arreglo á lo dispuesto en la novela y la presente ley, no puede ser bastante la simple renuncia de la muger para que surta efecto la obligacion.

63. Para venir en conocimiento de la solidez del fundamento en que apoyan estos autores su opinion convendrá notar que asi en la disposicion de la novela como en la que se contiene en la primera parte de esta ley, admiten los espresados autores que siempre que se acredite que la deuda de que salia fiadora la muger por su marido se convirtió en utilidad de la misma, es válida la fianza, en cuya suposicion deben reconocer que hasta que se verifique el resultado que ha tenido la obligacion del marido no se puede venir en conocimiento de si la deuda se convierte ó no en utilidad de la muger: lo que convence hasta la evidencia que al tiempo en que hizo la muger la fianza no fue esta ni válida ni nula; no fue válida porque no se sabia si se habia de convertir ó resultar beneficio á la muger de la obligacion del marido; tampoco fue nula porque se ignoraba si no habia de percibir la muger provecho alguno de la espresada obligacion; con que es á todas luces claro que al tiempo que se otorgó la fianza por la muger, no fue nula, como suponen estos autores, porque de haberlo sido no podia convalidarse por el resultado de haber sido provechosa á la muger, segun aquel principio indicado arriba, que lo que es nulo al principio no puede revalidarse despues.

64. No habiendo sido nula ni válida la fianza de la muger al principio como queda demostrado, es consiguiente que haya participado de la naturaleza de una condicion casual de futuro, la que define Gomez en el primer tomo de sus varias, cap. 12, número 64, diciendo que la condicion *est quidam actus et eventus futurus, in quem dispositio confertur validanda vel infirmanda*, en lo que estan conformes los autores que le precedieron como los posteriores, de que infiere que la condicion contingente de futuro no produce ningun efecto de presente sino en esperanza, y cita la ley 37 y siguientes, ff. *de rebus creditis*.

65. No es otra la doctrina del señor Molina, lib. 2, cap. 13, núm. 4

de *primogenitis*, donde afirma que la condicion suspende el efecto de la disposicion hasta el tiempo en que se verifique su cumplimiento.

66. Lo mismo repite Vazquez Menchaca en sus cuestiones ilustres, cuestion 103, debiendo advertir que no solo hay condiciones espresas sino tácitas y virtuales, como reconocen los autores citados, de cuya especie es la presente.

67. Mas claro y con mayor concision, la disposicion de la novela y de la primera parte de la ley, ó es absoluta ó no lo es; si se dice lo primero siempre y por siempre ha de subsistir su prohibicion, como se ve en toda ley prohibitiva absoluta, de que puede servir de ejemplo el que no pueda hacer testamento el menor de catorce años ó la menor de doce.

68. Si no es absoluta, precisa y necesariamente ha de ser condicional, y como las condiciones de presente y de pretérito son inútiles, por necesidad ha de ser de futuro, esto es, se ha de referir á un caso ó hecho que se ignora si se verificará ó no, y como toda condicion de un evento casual ó contingente suspende la obligacion hasta que exista ó no el complemento de la condicion ó su defecto, de aqui es que dependiendo la eficacia de la prohibicion en los casos de que vamos hablando, de que se verifique que la deuda del marido porque salió fiadora la muger se haya convertido en utilidad de esta, que es un evento contingente de futuro, necesariamente ha de estar en suspenso la obligacion de la muger, como constantemente sucede en toda obligacion condicional de futuro, y se ha hecho ver arriba con la doctrina de los autores citados, por lo que con necesidad se ha de concluir que es manifestamente falsa la doctrina de los autores que afirman que la fianza que hace la muger por su marido es nula y de ningun efecto.

69. Toda disposicion que depende de un evento contingente de futuro es condicional, y su validacion está en suspenso, segun la ley 203 de *verborum significatione*, y la 12, tit. 14, Partida 3, hasta el complemento ó defecto de la condicion; es así que la prohibicion de la novela no tiene efecto, segun el emperador Justiniano, si la obligacion del marido se ha convertido en utilidad de la muger, y lo mismo opinan los autores que se han referido en el caso de que dispone la primera parte de esta ley; con que no queda arbitrio para afirmar que la fianza de la muger, tanto en el caso de la novela como en el de la ley de Toro sea nula, sino que permanece en suspenso, dependiendo su validacion de que se haya convertido ó no en provecho de la misma: esto no impide que muchas obligaciones condicionales se llamen y tengan al principio por nulas, aunque despues aparezca que en realidad han sido válidas, como acontece en las obligaciones que contraen los pupilos sin la autoridad de sus tutores, que se presumen nulas, y sin embargo se da accion civil contra ellos si la obligacion les ha sido lucrosa, como se dispone en la ley 4 y 5, párrafo 4, ff. de *auctoritate et consensu tutorum*, y otras concordantes; por lo que debe concluirse que por la novela de Justiniano la fianza de la muger por su marido no es *ipso jure* nula, ni tampoco debe serlo, segun los mencionados autores, en el caso de la primera parte de esta ley de Toro, en que admiten que si la fianza se convirtió en provecho de la muger es válida y subsistente.

70. Es innegable que las leyes condicionales, como lo es la de la novela de Justiniano, cuyo concepto se reduce á que sea nula la fianza que otorga la muger por su marido, sino acredita que se ha convertido en

provecho de ella, tienen y producen el mismo efecto que los contratos de la misma especie, los cuales permanecen en suspenso hasta que se verifica ó falta la condicion, en cuyo caso son válidos ó nulos, y en este último evento como si nunca hubieran existido, segun se decide en la ley *pecuniam* 36, ff *si certum petatur*, y por el contrario si se verifica la condicion son válidos y subsistentes, como si al principio se hubieran contraído pura y simplemente, conforme á la ley 48, párrafo *si quis*, ff. *de vulgari et pupilari substitutione*, y otras que citan al principio del número 30, de forma que en tanto modo son válidos los espresados contratos verificada la condicion, que su complemento se retrotrae al tiempo en que se celebró el contrato, como espresamente se dispone en la ley 44, versículo *videamus*, ff. *qui poss. in pignoribus habeantur*, por estas palabras: *cum enim semel conditio extitit, per inde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*, como mas latamente puede verse esta doctrina en Antonio Gomez en el libro 2 de sus varias, cap. 44 de *qualitatibus contractuum*, desde el número 28 hasta el 30 inclusive.

71. Las mismas razones que quedan espuestas para manifestar que por la novela de Justiniano no es írrita y nula *ipso jure* la fianza que la muger hace por su marido, sino que permanece en suspenso hasta que se acredita ó no si se convirtió en provecho de la misma, militan para persuadir que en el caso de la segunda parte de nuestra ley, en que la muger se obliga de mancomun con su marido no es nula la obligacion, sino que permanece en suspenso hasta que se hace constar que la obligacion fue útil y provechosa á la muger. No sucede otro tanto en la primera parte de esta ley, en que se declara nula y de ningun efecto la fianza que da la muger por su marido, sin que se admita prueba sobre si se ha convertido ó no dicha fianza en provecho de la muger, como arriba se ha manifestado.

72. De lo dicho hasta aqui se convence que no siendo *ipso jure* nula la fianza que hace la muger por su marido, en virtud de la novela de Justiniano, no lo es tampoco la que otorga contra la prohibicion de la primera parte de la presente ley, supuesto haberse manifestado arriba que segun la inteligencia que dan á la disposicion de la primera parte de esta ley Gregorio Lopez, Matienzo y Acevedo, que pretenden que si la fianza produjo utilidad á la muger es válida y subsistente, y de consiguiente no pudo ser nula al principio, falta enteramente el fundamento de su opinion que no es otro, segun los mismos, que el de ser nula la obligacion que hace la muger contra la prohibicion de la novela y de la presente ley, para que la muger no pueda, por medio de la simple renuncia, hacer válidas las obligaciones que por dichas leyes se le prohibe contraer.

73. Si pues cesa la razon en que los referidos autores fundan su opinion de que la muger no puede renunciar simplemente de las disposiciones de las espresadas leyes, es claro que nada aprovecha el fundamento ó razon que han alegado en favor de su opinion.

74. Esto no obstante soy de parecer que la muger no puede por la simple renuncia hacer válida y eficaz la fianza que haya dado por su marido contra la prohibicion de la novela y de la presente ley; y me fundo en que la prohibicion de la novela, aunque no es *ipso jure* nula, como se ha manifestado, tiene por objeto precaver el daño ó perjuicio que puede resultar á la muger por la debilidad de su condicion, por el respeto y su-

bordinacion que debe tener á su marido, y por evitar se verifiquen donaciones paliadas de la muger á su marido, prohibidas por derecho.

75. Tampoco puede tener lugar ni efecto la simple renuncia que haga la muger de la prohibicion que se le impone por la primera parte de esta ley, por las mismas razones que quedan espresadas acerca de la prohibicion de la novela de Justiniano, á que se aumenta otra de mayor virtud y eficacia, cual es, que la fianza que prohíbe la presente ley que haga la muger por su marido es *ipso jure* nula, como se ha manifestado arriba; y cuando la ley irrita el acto que prohíbe é inhabilita á las personas para contraer ú obligarse, no puede bastar la simple renuncia para darle valor y eficacia.

76. Como sucede en la renuncia que hacen los menores de doce años de la restitution que les concede la ley en los contratos en que han sido perjudicados, ley 16, párrafo 4, ff. de *minoribus*, y la 3 G. de *m. restitutione*.

77. Todavía se puede en este caso considerar otra circunstancia que hace sospechar que la renuncia que hace la muger de la disposicion de la ley cuando sale fiadora de su marido, induce sospecha de fraude, pues teniendo un medio fácil y espedito, cual es el que le concede la ley, que es de que obligándose de mancomun con su marido en uno ó en diversos contratos sea válida la obligacion acreditando que se convirtió en provecho de la misma. Omitir este medio que precave todo fraude, y valerse del de la fianza, da un fundamento hartó sospechoso de que lo que se intenta es defraudar la disposicion de la ley.

78. Resta ahora ver lo que deberá decirse acerca de si podrá la muger renunciar simplemente de la prohibicion que le hace la segunda parte de esta ley, de que no pueda obligarse de mancomun con su marido en uno ó en diversos contratos, y que no tenga efecto la obligacion sino acredita que se ha convertido en provecho suyo, y soy de parecer que en tal caso la renuncia, ó será inútil para hacer válido y subsistente el contrato celebrado de mancomun con su marido, ó supérflua y vana, y la razon es porque si la obligacion no ha sido provechosa á la muger está prohibida por la ley, y de consiguiente es nula, y si le ha sido provechosa es vana y supérflua, porque la ley aprueba la obligacion; cuya doctrina rije igualmente para el caso de la novela de Justiniano.

79. Consiguiente á esta duda síguese otra de si la muger podrá renunciar con juramento, así del beneficio del Velezano como de la novela de Justiniano y de la presente ley, y debe responderse afirmativamente.

80. En el capítulo 9.º de las decretales de *jure jurando* se espresa el caso en que una muger salió fiadora con su marido de cierta obligacion, corroborándola con el vínculo del juramento; y consultado el Papa Alejandro III si podria compelerse á la muger á cumplir lo prometido, responde que sí, y lo mismo se establece en el 28 del mismo título, donde por punto general se ordena que aquellos contratos que no sean válidos, segun las leyes civiles, otorgados por las mugeres, sean firmes y obligatorios si interviene juramento.

81. No se apartaron de estas disposiciones del derecho canónico nuestras leyes de Partida. En la 16, tít. 11, Partida 3, se ordena que si algun mayor de catorce años y menor de veinte y cinco hiciese algun contrato ó postura, y jurase que no vendria contra ella por razon de ser de menor edad, no podria desatarla despues aunque mostrase que la pos-

tura era hecha en daño ó menoscabo suyo. Otro tanto se dispone en la ley 6, tít. 19 de la Partida 6, en que hablando de un mozo mayor de catorce años que hubiese hecho bajo juramento una venta, pleito ó postura, dice que no la desataria por razon de su menor edad despues que así hubiese jurado.

82. Las disposiciones de estas leyes están tomadas de la primera del código *si adversus venditionem*, que es del emperador Alejandro y de la nueva constitucion del emperador Federico de Alemania, por otro nombre Barba Roja, que floreció en el siglo XII, y empieza *sacramenta puerum*, sobre cuya esposicion se puede ver al doctor Juan Francisco de Castro en el tomo 2, discurso 4, sobre las leyes, y por último por la ley 7, tít. 1, lib. 10 de la Novísima supusieron los señores Reyes católicos que habia contratos que de su naturaleza requieren juramento para su validacion, á saber; compromisos, contratos de dotes, ventas, donaciones y otros semejantes de enagenamientos perpetuos (1).

83. Epilogando el contenido del Comentario de la presente ley debe decirse que por el senado consulto Velezano era válida y subsistente la fianza que hacia la muger por un extraño; pero se le concedia la escepcion, con la que se eximia del cumplimiento de la obligacion.

(1) Es doctrina reconocida y sostenida por la generalidad de los autores que no basta el juramento para confirmar la renuncia que uno hace de un derecho que no le es puramente personal, sino que es comun á todos los individuos de un cuerpo, clase ó estado, cuya renuncia es nula. Nuestras mismas leyes 23, tít. 11, Part. 5; 32, tít. 9, Part. 6, y 6 y 17, tít. 1, lib. 10 de la Novísima, establecen implícitamente que no puede ponerse ni surtir efecto alguno el juramento contra leyes prohibitivas. Los juramentos no pueden producir accion ni obligacion donde la ley la niega, ni constituir válido lo que el legislador declara nulo, pues á menos que el mismo legislador consienta que el juramento produzca en algun caso obligacion civil, su fuerza se estiende únicamente en el ámbito del fuero de la conciencia. Así, pues, si bien podrán las mugeres renunciar con juramento ó sin él, la ley 2, tít. 12, Part. 5, que les prohibe salir fiadoras por otro en general, puesto que la ley 3 les permite hacer esta renuncia, no debe decirse lo mismo respecto de la 61 de Toro, publicada con posterioridad á la ley de Partida y de las demas referentes á casos especiales respecto de los que existen poderosas razones para no admitirse la renuncia. Un autor moderno espone, al hacerse cargo de esta cuestion, las siguientes consideraciones: «Entre la escepcion que por el Senado Consulto Velezano y la ley 2, tít. 15, Part. 5, se concede á las mugeres que afianzan deudas de otro, la auténtica *si qua mulier*, y la ley 61 de Toro, que prohibe que las mugeres casadas sean fiadoras de sus maridos, hay esta diferencia: que la escepcion del Velezano y la ley de Partida se fundan en la facilidad, imprudencia y poca reflexion con que las mugeres pueden ser inducidas á sujetarse á una fianza en que no ven de presente daño alguno. Así cesa esta escepcion cuando parece que con deliberacion decidida, enteradas del privilegio que tienen y del peligro á que se exponen, insisten en la fianza y renuncian del favor que las leyes les dispensan. Pero las disposiciones de la auténtica y de la ley 61 de Toro, tienen otro fundamento de mas importancia y gravedad, cual es la preponderancia del marido, el amor, los respetos, miramientos y consideraciones forzosos á él, y como estos son permanentes y asiduos, ni cesan mientras dura el matrimonio, de aqui es que aunque se renuncie dicha ley 61 de Toro, todavia podrá la muger hacer valer la nulidad de la fianza ó mancomunidad que otorgó con su marido: lo uno porque los respetos que la obligan á ser fiadora subsistieron tambien por la renuncia, aunque mediase mucho tiempo en que deliberar sobre los peligros y resultados de su obligacion: lo otro porque siendo por dicha ley incapaz la muger de ser fiadora de su marido y nula la fianza, no puede la renuncia hacer válido y capaz lo que la ley declara incapaz y nulo. Lo mismo digo del juramento con que se corrobora dicha renuncia.... El rigor y la energia con que está concebida la ley 61 de Toro, que declara á las mugeres incapaces de obligarse por sus maridos, no es con-

84. Por la novela de Justiniano la fianza que la muger hacia por su marido era nula, si no se habia convertido en utilidad de la misma, y válida si le habia sido provechosa, y de consiguiente la fianza de la muger por su marido estaba en suspenso hasta que se acreditase el éxito que habia tenido.

85. Por la presente ley la fianza de la muger por su marido es *ipso jure* nula, porque no permite que se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de la muger.

86. Cuando esta se obliga de mancomun con su marido, como la presente ley admite que se pueda probar que la deuda se convirtió en provecho de la muger, está en suspenso la obligacion, como se ha dicho en el caso de la novela, hasta que se haga constar si á la muger le ha resultado ó no utilidad.

87. Por último, cuando la muger sale fiadora por su marido, ó se obliga de mancomun con él por el pago de pechos ó derechos reales, queda la muger obligada, sin que se admita discusion ni prueba sobre no haberle resultado utilidad alguna, por cuya disposicion se corrigió y derogó la de la novela, que anulaba la fianza de la muger por su marido aunque fuese por deuda pública.

ciliable con un juramento que elude todos sus fines, puede dejarlas indotadas, y autoriza por este medio donaciones forzosas á sus maridos prohibidas tambien por las leyes. Es tambien regla de derecho que lo que se prohíbe por un camino, no se debe permitir por otro.» Además, la misma facilidad ó debilidad que habria para la renuncia simple, la habrá para la renuncia con juramento, por lo que la prohibicion seria ilusoria y á los inconvenientes que quiso alejar la ley se agregaría la bafa de la misma.

En cuanto á la doctrina sobre la validez de las obligaciones que contraiga un menor con juramento ó á la renuncia del beneficio de restitucion hecha por un menor, tambien con juramento, ha sido atacada por la generalidad de los autores como injusta, rigurosa y ocasionada á fraudes. Entre otros Sala en su Ilustracion al derecho real de España, y en el libro 4, tít. 4 de su Digesto romano-hispano, y Castro en sus Discursos críticos sobre las leyes declaman contra los efectos civiles dados al juramento confirmatorio. Voet afirma que lo ha rechazado el consentimiento universal de todos los países, y en el Febrero reformado leemos estas notas. «No se conceda tal restitucion ó no se permita frustrarla con el juramento.» «Si hay justas razones para prohibir al menor vender, permutar, etc., sin las formalidades prescritas por la ley, no debe su juramento dar fuerza al contrato, pues con la misma facilidad con que es inducido á contraer, lo será á prestar juramento, con lo cual no han de dejar de seguirse al menor los perjuicios que se quieren evitar. Asi, pues, parece que deberán abrogarse las leyes que dan al juramento tanto valor en este y otros casos.» Si se diera tal fuerza al juramento, no habria una sola ley prohibitiva que no pudiera bacerse ilusoria. El mismo derecho canónico tan celoso en esta materia, dispone que no puede ser demandado ante juez seglar el clérigo, aunque renuncie á su fuero con juramento, y que no obligue el juramento hecho por dolo ó fuerza; y en el caso del menor que sufrió daño, hay una presuncion de derecho y por derecho de que hubo dolo. Es cierto que la ley final, tít. 11, Part. 3, dice que el que juró una cosa guisada non se pueda escusar de la non guardar maguer diga que lo fizo por fuerza, pero la 50, tít. 5; la 28, título 11, y la 29, tít. 14, Part. 5, dicen lo contrario; y la 56 da la razon de que no valiendo lo principal, no debe valer lo accesorio. Segun las leyes 4 y 5 del tít. 11, la obligacion contraida por el menor que tiene curador, sin otorgamiento de este es nula, y de consiguiente, segun la ley 56 del tít. 5, el juramento no surtirá efectos en ella. Además, ya hemos dicho que segun las leyes 6 y 7, tít. 1, lib. 40 de la Novísima, no puede ponerse ni surtir efecto alguno el juramento contra leyes prohibitivas, y lo mismo viene á disponerse en la 23, tít. 4, Part. 5, y en la 32, tít. 9, Part. 6.

Ley 62 de Toro; es la 40, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 6.ª, tít. 41, lib. 40 de la Novísima.

La muger no puede ser presa por deuda que no provenga de delito.

Ninguna muger por ninguna deuda que no descienda de delito pueda ser presa y detenida, si no fuere conosciadamente mala de su persona.

COMENTARIO A LA LEY 62 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resúmen de la ley.—2. Dudas que escita esta ley.—3. Es derogatoria del derecho civil en los dos casos sobre que dispone.—4. Segun Justiniano la muger no podia ser presa por deuda privada ni del fisco ni por delito á no que fuera muy grave y entonces debia ser encerrada en un monasterio. La muger no puede ser presa por ninguna deuda civil.—5. Duda sobre si la muger podrá renunciar esta ley: opinion de Gomez, Gregorio Lopez y Palacios Ruvios sobre que la muger en calidad de tutora ó curadora de sus hijos, renunciando del Senado Consulto Velejano y de todo auxilio de las leyes puede ser presa.—6. Opinion de Matierzo, Acevedo y Covarruvias sobre que no obstante cualquier renuncia que haga la muger tutora ó curadora de sus hijos, no puede ser presa por razon de la deuda originada de la tutela, pues no puede ser convenida en mas de lo que puede por las razones que se esponen.—7. Opinion del señor Llamas sobre que la muger soltera que renuncie del beneficio del Velejano y de la presente ley puede ser presa por deuda, por no haber ley que impida que esta renuncia sea válida, pero siendo casada, necesita ademas de la renuncia el consentimiento del marido.—*Nota.* Ultimas disposicicnes que prohiben que nadie pueda ser preso por deudas: Duda que propone Acevedo sobre si la muger deudora gozará de su privilegio de no ser presa contra su acreedor: opinion de Acevedo por la afirmativa: idem del señor Llamas, quien cree que la duda solo puede recaer sobre si la actora podia gozar de su privilegio pidiendo contra otra igualmente privilegiada.—8. Duda sobre lo que dispone la ley sobre que pueda ser presa la muger que fuere conocidamente mala de su persona, comprende tanto á las casadas como á las solteras: opinion de Matienzo y Acevedo sobre que dicha ley solo se ha de entender de las mugeres solteras que viven lujuriosamente, pues nadie puede acusar de adulterio á la muger sino su marido.—9. Doctrina de Gregorio Lopez sobre que la muger casada para gozar del privilegio ha de vivir honesta-

mente: dictámen del señor Llamas sobre que la presente ley comprende no menos á los mugeres casadas que á las solteras, por las razones que se esponen.

1. Dispone la presente ley que ninguna muger pueda ser presa por deuda que no descienda de delito, á no ser que manifestamente sea mala de su cuerpo.

2. Dos son las dudas que se escitan en esta ley: la primera se reduce á si por alguna deuda civil puede ser presa ó detenida la muger: la segunda consiste en si la escepcion que pone la última parte de la ley comprende tanto á las casadas como á las solteras.

3. Antes de examinar dichas dudas se debe notar que esta ley es derogatoria del derecho civil en dos puntos, á saber: en que la muger puede ser presa por deuda que descienda de delito, y tambien por la que provenga de causa civil, con tal que sea conocidamente mala de su cuerpo.

4. Ni en uno ni otro caso podia ser presa la muger por derecho civil, conforme á la auténtica *hodie*, C. de custodia reorum, en la que dispuso el emperador Justiniano que la muger no pudiese ser presa por deuda privada ni del fisco, ni por delito, á no ser que fuera de los muy graves que en tal caso deberá cerrarse en un monasterio ó entregarse á otras mugeres que la guarden. En cuanto á la primer duda digo que por ninguna deuda civil puede ser presa ni detenida la muger, no concurriendo en ella la cualidad de ser conocidamente mala de su cuerpo, que es la única escepcion que pone la presente ley á la regla que establece.

5. De esta duda resulta otra que es consiguiente, y se reduce á si la muger podrá renunciar del beneficio de esta ley: Antonio Gomez al número 2, afirma que la muger en cualidad de tutora ó curadora de sus hijos, renunciando del senado Veleyano y de todo el auxilio de las leyes, puede ser presa: Gregorio Lopez es del mismo sentir en la ley 3, tít. 7, Partida 3, glosa personalmente, y Palacios Ruvios en esta ley, número 3.

6. Matienzo en la glosa 4, número 3 á esta ley; Acevedo en el núm. 6, y siguientes, y Covarrubias *var. resol.* lib. 2, cap. 4, número 3, y en la parte 2, de la reeleccion, *quamvis pact. in inprincipio*, número 24, defienden que sin embargo de cualesquiera renunciaciones que haga la muger tutora ó curadora de sus hijos, no puede ser presa por razon de la deuda originada de la tutela, fundados en que á la muger aun despues de cualquiera renuncia que haga le compete el privilegio de no poder ser convenida en mas de lo que puede, segun confiesa Bartolo, que es de la opinion contraria, contra quien arguye Covarrubias en la primera cita, diciendo, ó la muger tiene bienes ó no: si lo primero, los bienes son los que se han de asegurar, no su persona; si lo segundo, en virtud del privilegio está libre de ser presa. Que á la muger le competa este privilegio lo acreditan entre otras la ley 17, ff. de re judicata y la 44, párrafo *elegant*, ff. de soluto matrimonio, y la 4, tít. 15, Partida 5, el que se le concede á la muger respecto de sus hijos, y el marido respecto de su muger, por razon de la reverencia, amor y piedad que les es debido, lo que hace que este beneficio no se pueda renunciar, como expresamente lo dispone la ley 15, ff. de soluto matrimonio, por ser contra las buenas costumbres y reverencia debida á esta clase de personas

y así lo reconoce Covarrubias en la parte 2.^a de la reeleccion citada número 24.

7. Siguiendo la opinion de Covarrubias, como mas conforme á derecho digo, resolviendo la duda propuesta, que la muger soltera que renuncie del beneficio del Velezano, renovado por las leyes 2 y 3, título 13, Partida 5, y de la presente ley podrá ser presa por deuda, por no haber razon alguna que impida que esta renuncia sea válida; pero siendo casada la muger, ademas de la licencia del marido para obligarse, será necesario su consentimiento, á fin de que la renuncia de la presente ley pueda tener efecto (1); no debiendo ser el marido menos atendido en la persona de su muger que en los bienes de esta, me ha parecido hacer mencion aqui de la cuestion que propone Acevedo al número 44 de esta ley, reducida á si la muger deudora gozará de su privilegio de no poder ser presa contra su acreedor, y aunque resuelve que sí, no creo hubiese razon que pudiese hacer dudosa esta resolucion, pues la duda solo podia recaer acerca de si la actora podia gozar de su privilegio, pidiendo contra otra igualmente privilegiada, y aun en tal caso era ociosa la cuestion, pues no siendo el privilegio que por esta ley se les concede á las mugeres el de poder reducir á prision á sus deudores sino el de no poder ellas ser presas, vendria á reducirse la duda á si la muger que no puede ser presa por esta ley podia usar de este privilegio cuando pedia contra otra muger.

8. Por lo que hace á la segunda duda que se suscita de las palabras de la última parte de la ley, Covarrubias en la parte 2.^a de *sponsalibus*, capítulo 8, párrafo 11, número último, Matienzo, glosa 4, número 4, y Acevedo, número 32, defienden que la presente ley únicamente se ha de entender de las mugeres solteras que viven lujuriosamente, sin que comprenda á las casadas. El fundamento de esta opinion lo toman de la prohibicion que se impone por la ley real, de que nadie puede acusar á la muger de adulterio sino su marido, de que infieren que si á la muger casada que vive deshonestamente se la priva del privilegio de no poder ser presa por deuda, se haria injuria al matrimonio, admitiendo únicamente la escepcion de que el marido sea sabedor de la desenvoltura de su muger.

9. Gregorio Lopez en la glosa 2 á la ley 3, tit. 7, Partida 3, se inclina á que la muger para gozar del privilegio de la presente ley ha de vivir honestamente, fundándose en que dicha ley de Partida tanto exige en las casadas como en las solteras la cualidad de honestidad para no poder ser precisadas á comparecer personalmente ante el juez, pero prescindiendo de si en el caso de la exencion de comparecer personalmente ante el juez rige la paridad para el privilegio de nuestra ley, digo, que en mi dictámen, y sin perjuicio de la autoridad que se merecen los autores citados, la disposicion de la presente ley comprende no menos á las mugeres casadas que á las solteras, y me fundo para opinar así, en que la ley para privar á las mugeres del beneficio de no poder ser presas por deuda, exige que pública y conocidamente sean malas de su cuerpo, y en tal caso no debe aprovechar á la muger casada el matrimonio para gozar del beneficio de esta ley, sin que por esto se siga injuria al matrimonio, ni se contravenga

(1) Segun el art. 7 de la Constitucion, nadie puede ser preso por deuda civil.

á la ley real, que prohibe acusar de adulterio á la muger casada á todo otro que su marido, como lo persuaden los fundamentos que se esponen en la ley 80 de Toro, donde afirmo que el juez de oficio puede proceder contra la muger casada por razon de escándalo, y si el escándalo es justa causa de proceder contra una muger casada á fin de corregirla, no alcanzo como podrá pretender gozar del beneficio de la presente ley la que conocidamente es mala de su cuerpo, que en realidad no es otra cosa que ser escandalosa públicamente, por lo que precediendo informacion jurídica del escándalo, no menos podrá el juez privarla del beneficio de esta ley que tomar cualquiera providencia para corregirla.

Ley 63 de Toro, es la 6.^a, tít. 45, lib. 4.^o de la Recopilacion, y la 5.^a, tít. 8.^o, lib. 11 de la Novísima.

Prescripcion del derecho de ejecutar por obligacion personal y ejecutoria de ella y de la mixta de personal y real.

El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, é la accion personal y la ejecutoria dada sobre ello, se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal é real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.

COMENTARIO A LA LEY 63 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2 y 3. En la parte que esta ley establece que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, corrige al derecho civil que disponia que el derecho ejecutivo durase por 30 años á causa de que la ejecucion dimanaba del oficio noble del juez, segun la ley romana que se cita y Acevedo y Carleval. La doctrina de estos autores no es adaptable al caso presente, segun se espone.—4. La presente ley habla del derecho que tiene el acreedor en virtud de la sentencia ó cualquiera obligacion para pedir la ejecucion contra su deudor.—5 y 6. Se espone lo que disponia el derecho civil sobre la duracion que tenian

las diversas especies de acciones.—7 y 8. Causa porque las acciones reales se prescribían por menos tiempo que las personales, según Cujario y Antonio Perez.—9. Disposición de D. Alonso XI, sobre que el que tuviere demanda contra otro con carta ó sin ella, y no la pusiese hasta 40 años, desde que se cumplió el plazo para pagar la deuda, pierda el derecho de poner la demanda. Disposición de D. Enrique II, sobre que prescrito el contrato por el trascurso de diez años, no se pueda hacer entrega ni ejecución por tal deuda hasta que el deudor sea emplazado y oído.—10 y 11. Conciliación de estas leyes por Covarrubias sobre que la de D. Alonso habla de la ejecución sumaria, y la de D. Enrique de la acción personal que aun permanece salva. Esta conciliación la resisten las mismas palabras de la ley, según reconoce el mismo Covarrubias.—12. Nueva conciliación del mismo autor, sobre que la acción personal simple que no va acompañada del derecho de ejecución sumaria, se acaba por el trascurso de diez años; pero si lleva el derecho de ejecución se estingue este, pasados los diez primeros años subsiste por otros diez, por lo que la ley de D. Alonso se ha de entender del primer caso, y la de D. Enrique del segundo, por la razón que se alega.—13 y 14. Se rebate como poco sólida esta conciliación y la razón en que se funda.—15. Se concilia por el señor Llamas dichas leyes, diciendo que la de D. Enrique confirmó la de D. Alonso en cuanto á que cuando venia inherente á la acción personal el derecho de ejecutar, se prescribiese este por los diez años, y aumentó que no obstante quedase libre la misma acción personal al acreedor para usar de ella en juicio ordinario.—16. Mayor juicio de Parladorio en no conciliar estas leyes suponiendo que se hayan derogado por la presente de Toro, puesto que no se hallan recopiladas.—17. Se entra á esponer la primera parte de la ley de Toro sobre que el derecho de ejecutar dimanante de acción personal se prescriba por diez años: se dió para resolver la duda sobre si dicho derecho se prescribía por 30 años según la ley de Partida.—18. Modos de adquirirse el derecho ejecutivo: respecto del derecho ejecutivo que nace con la acción empieza á correr desde su nacimiento.—19. Opinión de Larrea y Acevedo sobre que los diez años para prescribir el derecho ejecutivo en los papeles simples reconocidos, empiezan á correr desde el día de la obligación y no del reconocimiento, por lo que si pasados los diez primeros años desde el día de la obligación se hace el reconocimiento, este nada aprovecha para pedir la ejecución por estar prescrito el derecho ejecutivo, y así deberá pedirse por la vía ordinaria.—20. Razon primera de Larrea sobre que limitando la ley á solo diez años el derecho de ejecutar, si se cuenta desde el día del reconocimiento, podrá el acreedor, dilatando este, prolongar el derecho de ejecutar, pudiendo seguirse el absurdo de que prescribiéndose la acción personal por 20 años, permanece el derecho de ejecutar hasta los 25, si se pidió el reconocimiento pasados 15 años de contraída la obligación.—21 y 22. Se rebate esta razon porque el derecho de ejecutar dura en el un caso lo mismo que en el otro, sin mas diferencia que la de empezar antes ó despues á contarse el decenio, y no puede verificarse el absurdo mencionado, porque por el hecho de pedirse el reconocimiento se interrumpe la prescripción de la acción principal.—23. Segunda razon de Larrea sobre que seria de mejor condicion el papel privado que la escritura pública, porque en esta principia á correr el decenio para usar el derecho ejecutivo desde su otorgamiento, y en aquel desde los 15 años de nacida la obligación principal, si entonces se pedia y hacia el reconocimiento.—24 y 25. Se rebate esta razon, porque del mismo hecho de nacer inmediatamente el derecho de ejecutar de la escritura pública sin necesitar del reconocimiento del deudor, se convence que es de mejor condicion que el papel privado que no produce derecho ejecutivo por si, sino cooperando el deudor con su reconocimiento, lo cual es contingente y condicional de la voluntad del deudor.—26. Se rebate la razon de Larrea sobre que del reconocimiento hecho á los 15 años de contraída la obligación no es necesario derecho ejecutivo fundado en que el reconocimiento se referiria á un instrumento prescrito, porque la obligación contenida en un papel privado, no se prescribe á los 15 años, ni el papel ó instrumento está prescrito á ese tiempo en cuanto al derecho ejecutivo que aun no ha principiado.—27. Razon de Larrea sobre que retrotrayéndose el reconocimiento del papel privado al tiempo de su otorgamiento, como sucede en las estipulaciones, el derecho ejecutivo que nace de el reconocimiento se ha de retrotraer al tiempo de la obligación, y prescribirse pasados los diez años.—28 y 29. Se contesta que la retrotraccion en las estipulaciones se ha de entender cuando son condicionales, pero en este caso la obligación es absoluta, y no depende de condicion alguna.—30. Se ratifica lo espuesto reflexionando sobre lo que sucede en el caso que el deudor confiesa

la deuda.—31. Satisfaccion de Larrea á la objecion de que para que tenga lugar la prescripcion del derecho ejecutivo debe estar perfeccionado, lo que no sucede por faltarle el reconocimiento, diciendo, que pudiendo el acreedor haber formado el derecho ejecutivo, debe imputársele esta omision y tendrá que sufrir la prescripcion, fundándose en las leyes romanas que se esponen.—32 al 34. Se contesta que de dichas leyes no se infiere que la omision del acreedor en pedir el reconocimiento del papel privado debe perjudicarle en un derecho que aun no le competia, pues dichas leyes hablan del que está obligado bajo condicion ó impide el que se cumpla para que no tenga efecto la obligacion, cuyo fraude castigan las leyes teniendo por verificada la condicion en cuanto á cumplir con la obligacion el que estaba ligado con ella, y en el caso de la disputa el acreedor por ningun título se halla obligado á pedir que el deudor reconozca el vale.—35 al 37. Doctrina de Doneio sobre que no es cierto que la condicion se deba tener por cumplida siempre que por aquel que tiene interés en que se cumpla se impide el que tenga cumplimiento como sucede en el que estipula, en su acreedor ó en el heredero del mismo estipulador; razon de esta opinion: concediéndose pues en el caso de la disputa al acreedor por beneficio suyo la facultad de pedir el reconocimiento del vale, segun la doctrina espuesta cuando el acreedor no pida el reconocimiento del vale, no se debe tener por hecho, ni puede correr la prescripcion.—38. El reconocimiento del vale en un contrato privado, no se pacta como condicion, sino como solemnidad para poder pedir ejecutivamente una deuda que ninguna condicion trajo en sus principios ni adquirió despues.—39 y 40. Se espone otra ley romana en que funda el señor Larrea su doctrina, en la que se pone por razon para denegar la libertad al siervo que compitiéndole la libertad fideicomisaria, sufre ó disimula ser vendido, sin hacer presente al comprador su condicion.—41 al 45. Se rebate esta razon, pues al siervo á quien se le debe la libertad fideicomisaria, solo con pedirla se le concede, sin que haya facultad para negarla, por lo que le perjudica la omision en pedirla, mas al acreedor aunque puede pedir el reconocimiento, no le es debido, pudiendo negarlo el deudor: en la misma ley se dice que cuando corresponde la libertad al siervo bajo condicion, puede pedirla aunque haya disimulado su estado al tiempo de hacerse la venta, porque aun no se le debia la libertad, y este es el caso que mas se asemeja al de la disputa, y no el otro por lo que se ha espuesto.—46. Aunque tiene mas semejanza al caso espuesto el del *statu libero* que el de la libertad fideicomisaria no puede decirse que conviene en lo substancial con el de la disputa, pues en este no está en la potestad del acreedor que se verifique el reconocimiento del vale como lo está en el *statu libero* que se cumpla la condicion potestativa.—47. Asi, pues, de dicha ley se convence que aun cuando estuviese en poder del acreedor que se hiciese el reconocimiento no debia perjudicarle el silencio de pedirlo en los diez años primeros de la obligacion como no perjudica al *statu libero* el no usar la condicion potestativa para que se verifique la libertad.—48. Se esponen las palabras de Cujacio resumiendo en términos mas claros la dicha ley, para mayor conocimiento de lo espuesto.—49. Nuevas razones que alega Larrea deducidas de un capítulo de las decretales y de la regla de derecho sobre que el heredero que pueda hacer que se verifique la condicion parece que tiene facultad de aceptar la herencia.—50. Se contesta á la razon deducida del capítulo de las Decretales.—51 y 52. Idem á las deducidas de las reglas de derecho citada que no es aplicable al caso espuesto, pues el reconocimiento del vale no interviene en el contrato como condicion, ni está en arbitrio del acreedor que se verifique el reconocimiento.—53. Se rebate la práctica citada por Larrea.—54. Se satisface á las demas razones de Larrea diciendo que la asercion de Ulpiano no se refiere á la significacion de las palabras sino á la intencion de los contrayentes.—55. Se establece la opinion contraria, mas conforme á derecho de que los diez años que señalan las leyes para prescribir el derecho de ejecutar en las obligaciones con papel privado deben empezar á contarse desde el dia del reconocimiento.—56. Los autores que fundan mejor esta opinion son Gutierrez y Vela.—57 al 59. Cita por Vela de la práctica de la audiencia de Sevilla en el sentido espuesto, y de dos leyes que prescriben el modo de hacerse los reconocimientos de los vales privados, de los que se echa de ver que el derecho de ejecutar en virtud de un papel privado, nace del reconocimiento del deudor hecho ante el juez ó por omision suya ante alguacil, por lo que hasta que se haga el reconocimiento no existe el derecho de ejecutar ni puede prescribirse.—60. No vale decir que habiendo estado en el arbitrio del deudor pedir el reconocimiento debe imputársele esta omision, pues las leyes no han fijado tiempo, dentro del cual deba de pedirlo.—61 al 63. Ejemplo en

confirmacion de lo espuesto, tomado de la ley que establece el tiempo de tres años para terminar las causas civiles, contados desde la contestacion de la litis, y no obstante, no puede decirse que no poniendo el actor la demanda dentro de los tres primeros años que le nació la accion quede privado de hacerlo en lo sucesivo: del mismo modo, el tiempo determinado para pedir ejecutivamente, debe entenderse señalado para pedir el reconocimiento sin el cual no puede nacer el derecho ejecutivo, como sin la demanda la litis contestacion.—64 y 65. No es menos eficaz en apoyo de esta opinion el argumento arriba insinuado del siervo *in statu libero*, segun se espone.—66. Nuevo apoyo en la paridad que resulta entre el reconocimiento del vale y la confesion de la deuda, pues los autores de la opinion contraria, y entre ellos Febrero, no retrotraen la fecha de la confesion á la celebracion del contrato: Acevedo opina que la confesion debe retrotraerse al dia de la celebracion del contrato.—67. Distincion de Olea sobre que si se pide el reconocimiento del vale dentro de los diez años primeros de la obligacion, corre la prescripcion desde la fecha del reconocimiento, y si se pide despues, limitándose á confesar la firma, jurando que la deuda se ha satisfecho, no tiene lugar el juicio ejecutivo, pero sí lo tendrá si se confiesa la deuda.—68 al 70. Se asiente al primer extremo de Olea, puesto que se ha sostenido que aunque se pida el reconocimiento despues de los diez años, principiá á correr la prescripcion desde la fecha del reconocimiento.—71. Razon de Olea al sentar que del reconocimiento de la firma no nace derecho ejecutivo, á saber, que cuando se reconoce simplemente el vale y su firma, se hace el reconocimiento con su causa reconociéndose la deuda como prescrita.—72 y 73. Se rebate esta razon, pues si se quiere decir que se reconoce como prescrita la obligacion principal, no es cierto, porque la accion personal se prescribe por 20 años, y si por deuda prescrita se entiende el derecho de ejecutar, no es exacto, porque este nace y dimana como efecto de su causa el reconocimiento, y negándole á este la virtud de producirlo en el caso espuesto, no puede obrar la prescripcion contra él.—74. El que por el transcurso del decenio adquiere el deudor alguna presuncion que impide el rigor de la via ejecutiva, no puede servir de fundamento para proferir una proposicion tan voluntaria, segun se espone.—75. No impidiendo el despacho del mandamiento de ejecucion una escepcion de solucion espresamente propuesta por el deudor, malse puede pretender que le aproveche la tácita ó presunta.—76. Cuando con el reconocimiento del vale concurre la confesion del deudor, reconoce Olea que en virtud de esta confesion adquiere el acreedor el derecho ejecutivo aunque se hayan pasado los diez años primeros de la fecha del vale cuando se hizo.—77. No envolviendo el reconocimiento del vale la confesion virtual de la deuda, no es admisible que la confesion espresa produzca el derecho de ejecutar aun pasados los diez años y se niegue esta virtud á la confesion virtual despues de dicho tiempo que implícitamente se contiene en el reconocimiento del vale.—78. Se espone mas claramente esta doctrina. 79. Se rebate la causa porque opina Olea que cuando se pide el reconocimiento despues de los diez años, no nace del derecho ejecutivo.—80. Carece de fundamento la suposicion de que la confesion de la deuda junta con el reconocimiento del vale haya de ser mas eficaz que este.—81. Es pues infundada y contradictoria la distincion arriba espuesta de Olea.—82. Cuando el instrumento privado se reduce á público por voluntad de las partes, empieza también á correr la prescripcion desde el dia de la fecha de la escritura, segun Gutierrez y Vela.—83. Olea limita esta doctrina al caso en que la escritura privada se haya reducido á pública dentro del primer decenio.—84. Los fundamentos espuestos pues por Olea no persuaden su intento.—85. Febrero aprueba la distincion de Olea.—86 y 87. Cuestion suscitada por Parladorio, sobre si pasado el decenio de la obligacion, puede pedir el acreedor que el deudor jure si es cierto lo que en el instrumento se contiene, y resuelve, que si está ya prescrito el derecho de ejecutar y la accion personal por 20 años no puede obligarse al acreedor á prestar dicho juramento, pero sí, si solo se prescribió el derecho ejecutivo, en cuyo caso si la confesion es pura se tiene por confeso, y tiene lugar la ejecucion, pero no si afirma que habia ya pagado, aunque no pruebe el pago.—88. No es cierto que el derecho ejecutivo pueda prescribirse antes de haberse hecho el reconocimiento ni que se impida la prosecucion de la causa, sino que se suspende hasta que se pruebe la paga.—89 y 90. Duda de Acevedo sobre cuando empieza á correr el decenio para prescribir en las escrituras privadas cumplido el dia de la obligacion de pagar, opinando, que desde el dia en que se celebró el contrato y debia empezar á hacerse el pago, por los fundamentos que se espone.—91. No es cierta la doctrina de Acevedo, 1.º de que el reconocimiento de la escritura pri-

vada de que nace el derecho ejecutivo hecho dentro de los diez años primeros, retrotrae dicho derecho al tiempo en que principió la obligacion; 2.º de que el reconocimiento hecho despues de los diez primeros años de la obligacion no produce el derecho ejecutivo; 3.º de que lo mismo que ha dicho del reconocimiento debe aplicarse al caso de la confesion.—92 y 93. No es cierto lo primero, porque la disposicion de la ley de que nazca el derecho ejecutivo del reconocimiento es en ódio del deudor y beneficio del acreedor, segun advierte Gutierrez, y se verificaria lo contrario con la retroaccion, y porque el mismo efecto produce el conocimiento reconocido que la escritura privada reducida á pública.—94. Se esfuerza mayormente este argumento.—95. Es difícil comprender que naciendo del reconocimiento el derecho ejecutivo no se haya de interrumpir la prescripcion que empezó á correr contra éste: se rebate la ilacion de que seria de mejor condicion la escritura privada que la pública.—96. No se verificaria el absurdo que pretende Acevedo, que si despues de los 20 años se reconociese el vale, empezaria á correr el derecho ejecutivo despues de prescrita la accion personal, porque la prescripcion de esta no se presume por pasar 20 años si no se prueba la buena fé del deudor.—97. No es probable que la doctrina de Acevedo sobre el conocimiento reconocido, deba entenderse de la confesion de la deuda, pues cuando esta es simple, no solo nace el derecho ejecutivo dentro de los diez primeros años de la celebracion del contrato, sin retrotrarse al tiempo de la obligacion, sino que produce el derecho ejecutivo, aunque hayan transcurrido los 20 años que prescriben la accion personal, por las razones que se esponen.—98 y 99. Doctrina de Gutierrez sobre esta materia.—100. Esta doctrina tiene contra sí que pidiéndose al deudor el reconocimiento del instrumento no debe admitrsele la escepcion de pago, por lo que dicho reconocimiento producirá la ejecucion segun Gutierrez.—101 y 102. Continúa esponiéndose la doctrina de Gutierrez.—103 y 104. Contradicciones que se observan en dicha doctrina.—105. Vela sigue la opinion de Gutierrez en cuanto á que el reconocimiento se puede hacer, no solo dentro de los diez primeros años, sino en los diez subsiguientes, y que en ambos casos no se retrotrae el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento al dia de la obligacion del contrato y dicho derecho ejecutivo permanece por el tiempo de diez años y demas que se esponen.—106. Se epiloga la sólida doctrina que debe regir en esta materia.—107. Las escepciones que segun una ley recopilada impiden la ejecucion, no suspenden el juicio ejecutivo solo por el hecho de alegarlas, sino que es preciso probarlas en los diez años que concede la ley, como reconocen Avendaño y Febrero por los fundamentos que se esponen.—108 y 109. Rigiendo esta doctrina en el caso del reconocimiento del vale, rige con mayor razon en la confesion de la deuda, cualquiera que sea la escepcion que se alegue, por lo que es arbitraria la diferencia de que la cualidad sea coetánea á la obligacion ó no lo sea.—110. La prescripcion del derecho ejecutivo no requiere que intervenga en ella la buena fé del deudor, pues por ella solo se prescribe el medio de pedir, quedando al acreedor la via ordinaria, en cuyo caso ha de intervenir la buena fé del deudor para impedir dicha accion sin que se presuma prescrita la obligacion en la buena fé del deudor por los 20 años, no obstante lo que dice Covarrubias.—111 y 112. Se confirma lo espuesto con un capítulo del derecho canónico que hace presumir que no ha habido buena fé por parte del deudor.—113. Se corrobora lo espuesto con la doctrina de una ley romana.—114. Opinion de Covarrubias en el mismo sentido, quien afirma que se presume mala fé en el que al principio ocupó por autoridad propia una cosa, aunque no estuviere poseida por otro.—115. Lo dicho sobre la escepcion de pago hecho al tiempo del reconocimiento del vale, debe decirse de la confesion de la deuda, bien sea la cualidad separable ó inseparable, por la razon que se esponen.—116. Lo espuesto convence que las escepciones que se alegan en el juicio ejecutivo, no lo suspenden sino se limitan á que en su virtud se concedan á las partes los diez dias que las leyes señalan para probarlas.—117 y 118. Se entra á examinar si el derecho ejecutivo y su obligacion debe estenderse á las demas obligaciones ó acciones que se comprenden en la segunda parte de esta ley que establece que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescribe por 20 años y no menos, es decir, si en la accion personal y ejecutoria dada en juicio, en la hipotecaria y en la mixta de real y personal, debe ser el derecho ejecutivo de mayor duracion que la que se le señala en la accion meramente personal.—119 y 120. Opinion de Acevedo y Parladorio sobre que la disposicion de la ley se ha de estender á las demas acciones que en ella se espresan.—121. Interpretacion de Gomez bajo los tres sentidos que se esponen.—122. Esta esposicion es confusa y embrollada.—123 y

124. Carleval, defendiendo á Gomez, dice, que en las primeras partes de la ley se dispone del derecho ejecutivo que nace de instrumento quarentigio, y en la segunda del mismo derecho ejecutivo que dimana de la sentencia dada en juicio sobre la accion personal, y de la misma personal accion, y reprueba la opinion contraria que se espone.—125 al 127. Exposicion de las palabras de la ley de Toro segun Carleval. 128 y 129. Se manifiesta por el señor Llamas la verdadera y genuina exposicion de la ley, la cual manda en su primera parte que el derecho de ejecutar por accion personal se prescriba por diez años, en su segunda que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella, no se prescriba por menos de 20, y en su tercera que en la obligacion donde haya hipoteca ó sea mixta, de personal y real la deuda, no se prescriba por menos de 30 años.—130. La misma dificultad resulta de la segunda parte de la ley, y es si en todo el período de los 20 años que está dá de duracion á la ejecutoria conservará esta la virtud ejecutiva.—131. Opinion del señor Llamas por la afirmativa contra la de Acevedo y Parladorio.—132 y 133. O la ejecutoria es lo mismo que la accion sobre que recae ó distinta de ella: si lo primero, sería escusado que la ley la mencionase, señalando á la accion el período de tiempo que por lo menos necesitaba para poderse prescribir; si lo segundo, debe reconocerse que su duracion ha de ser por igual tiempo que la obligacion sobre que ha recaído, señalándoles la ley á ambas igual tiempo para poderse prescribir.—134. Equivocacion de Gomez al afirmar que la accion personal sobre que ha recaído la ejecutoria dura por 20 años, y por otros tantos el derecho ejecutivo que nace de ella.—135. Idem al afirmar, al espresar el segundo sentido que atribuye á la ley reducido á que la accion y obligacion personal que nace de nuevo de la sentencia y el derecho ejecutivo que produce la misma, dura por 20 años, que tanto la primera exposicion, como la segunda son verdaderas, pues habiendo hecho ver que los 20 años que en la primera exposicion dá de duracion á la accion y obligacion personal en el primer sentido son distintos de los de la ejecutoria, está en oposicion con el segundo en que admite la duracion de la accion personal por 20 años, y por otros 20 los de la ejecutoria.—136 al 138. Aun es mas arbitraria la tercera explicacion que da contraria á que la accion ú obligacion personal que está puesta en un instrumento público con cláusula quarentigia dura por 20 años, pues si quiere decir que la accion ú obligacion personal que consta de un instrumento quarentiguo, dura 20 años es falso, porque aunque la accion y obligacion personal no resulte de tal instrumento, dura los 20 años, segun se espone, y si se quiere decir que el instrumento quarentigio conserva la virtud ejecutiva por 20 años, tambien es falso, porque siendo el instrumento quarentigio de la clase de los ejecutivos, se comprende en la primera parte de la ley que limita á diez años el derecho de ejecutar sin poner escepcion en contrario.—139. De aqui se deduce el error de Carleval al adherirse á esta opinion.—140. No es tampoco cierta la opinion de Acevedo, porque en ella establece como principio, que todo derecho de ejecutar se prescribe por diez años, lo que es falso, pues la ejecutoria se prescribe por 20.—141. No obsta contra esto lo que dice Parladorio sobre que la accion personal sobre que ha caído la ejecutoria separada, se prescribe por 20 años y la ejecutoria por diez, pues lleva un gravísimo inconveniente segun se espone.—142. Ley romana que corrobora lo espuesto.—143. Disposicion de las Partidas análoga á la anterior, sobre que si el pleito se librase por juicio de que no se alzase ninguna de las partes no se podría revocar por cartas ni por pruebas que se hallasen de nuevo, lo que convence que obtenida ejecutoria en una causa y prescrita esta por diez años es inútil que permanezca la accion ordinaria por otros diez, prescrita la ejecutoria, si estinguida esta era inútil que demandase en juicio ordinario con la misma accion la cosa que ya se habia declarado pertenecerle.—144. La ejecucion de la ejecutoria no se debe pedir en juicio ordinario, si no por el oficio del juez ó por la accion *factum judicata*, que siempre trae aparejada ejecucion.—145. Doctrina de Salgado sobre que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años, y el derecho ejecutivo que dimana de la cosa juzgada sobre accion personal junto con la misma se prescribe por 20 años.—146. No es fácil concebir lo que en esta última cláusula da á entender este autor que el derecho ejecutivo ó ejecutoria dimanada de sentencia sobre accion personal podría verificarse que estaba separado de ella.—147. Se rebate la doctrina de Salgado que limita el derecho ejecutivo proveniente de ejecutoria sobre accion personal, al período de diez años, siendo así que antes lo habia estendido á 20.—148. Error de Acevedo al limitar el tiempo de la ejecutoria dada sobre accion personal, hipotecaria y mixta de real y personal al tiempo de diez años; pues cuando la ley dispone que el

derecho de ejecutar se prescriba por diez años, habla del que proviene de accion personal, y lo mismo hace cuando señala á la ejecutoria el término de 20 años, contrayéndola á la que recae sobre accion personal, de cuya naturaleza participa la accion hipotecaria ó mixta, de real y personal, por lo que dura 20 años.—149. No sucede lo mismo en la ejecutoria que recae sobre accion real, pues debe estarse á lo dispuesto por derecho comun que prescribe el término de 30 años.—150. La disposicion de la ley de Toro, no debe estenderse á los casos no expresados en ella, y así, el derecho de ejecutar que proviene de accion real queda bajo las reglas del derecho comun, segun Salgado.—151. Error de Carival al decir que segun la ley de Toro la accion mixta de real y personal dura 30 años, pues la ejecutoria sobre accion mixta de real y personal está comprendida en la disposicion de la ley que señala á la ejecutoria sobre obligacion personal, el tiempo de 20 años.—152. Nuevas y fuertes razones en favor de lo espuesto.—153. Se observa en corroboracion que el derecho de ejecutar en virtud de una escritura de censo en que haya hipoteca se prescribe por diez años el derecho de pedir las pensiones devengadas, por lo que si se siguiera juicio ordinario sobre un contrato censuario y se ejecutoriase la sentencia á favor del censalista, el derecho de ejecutar en virtud de dicha ejecutoria, deberia limitarse al período de 20 años.—154. La disposicion de la presente ley se reduce á estos puntos: 1.º que el derecho de ejecutar dimanado de accion personal se prescribe por diez años: 2.º que la accion personal dure por 20: 3.º que la ejecutoria que recae sobre la misma tenga igual duracion: 4.º que la obligacion hipotecaria y mixta de real y personal no se prescriba por menos de 30: correcciones que hizo esta ley en el derecho civil.—155. Lo dicho tiene lugar cuando se trata de prescribir un derecho, remedio ó accion para pedir y cobrar alguna deuda del que no tiene ni derecho ni título.—156. Doctrina de Parladorio de que las prestaciones ánnus que provienen de estipulacion ó contrato, se prescriban por los diez primeros años, de suerte que en ellas se estinga el derecho de ejecutar, no solo en cuanto á las devengadas, sino en las que se devenguen en lo sucesivo.—157. Opinion contraria de Martino: Gonzalo de Paz dice que siempre vió observarse en la práctica que aunque las pensiones devengadas despues de los diez primeros años, se pudiesen por la via ordinaria, las que sucesivamente se devengaban se pedian por la ejecutiva, cuya práctica subsiste en el dia.—158. Opinion de Cujació y de Antonio Perez igual á la de Martino.—159. Febrero corrobora la práctica que supone Paz.—160. Duda sobre si el instrumento, para que traiga aparejada ejecucion, ha de ir acompañado de la cláusula quarentigia, ó basta que sea público otorgado por escribano: opinion de Segura por el primer extremo: modo de espresarse la cláusula quarentigia.—161 y 162. Opinion de Suarez y Covarrubias en el mismo sentido, por las razones que se esponen.—163. Idem de Paz en el mismo sentido: idem de Castillo, Palacios Ruvios, Avendaño y Antonio Gomez, quien asegura que en su tiempo tenia el instrumento público la virtud ejecutiva.—164. Se nota que á pesar de florecer en una misma época Gomez y Covarrubias, atestiguan de una práctica distinta, —165. Opinion de Colon sobre que no es necesaria para la fuerza ejecutiva del instrumento la cláusula quarentigia, aunque es mejor que se ponga.—166. Opinion de Febrero sobre que no es necesaria dicha cláusula, si bien dice que la contraria opinion es mas comun.—167 y 168. Se adhiere el señor Llamas á la opinion de que no es necesaria dicha cláusula, fundado en que esta no es mas que una sentencia definitiva dada por juez competente y ejecutoria, y siendo esta ejecutiva por la ley de Toro por 20 años, si el instrumento ha de llevar esta cláusula, durará no diez, sino 20 años.—169. Duda sobre si por esta ley ha cesado la perpetuidad de las acciones: opinion de Gomez por la afirmativa, por las razones que se esponen.—170. Se recuerda para la inteligencia de esta duda lo que son las acciones perpétuas y las temporales.—171. Opinion de Parladorio sobre que si la accion personal se dedujo en juicio y este no terminase, y se empezó por la citacion, se interrumpe la prescripcion pero no se perpetúa la accion, mas si se contestó la demanda se interrumpe la prescripcion y se perpetúa la accion por otros 40 años, si en ellos no se hubiese concluido el pleito, sosteniendo que se engañó Gomez cuando opinó que por la ley de Toro se habia estinguido la perpetuidad de las acciones, por las razones que espone.—172. La deferencia indicada se notó ya por Menchaca y Diego Perez: Posadilla sigue la opinion de Gomez, pero Llamas se adhiere á la de Parladorio.—173. Se prueba mayormente que por la contestacion de la demanda se perpetúan las acciones.—174. Duda sobre si por la presente ley se derogó lo establecido en la romana que se cita, confirmada por otra de Partida, donde á la accion hipotecaria se le seña-

lan 40 años cuando se intenta contra el deudor ó sus herederos, y 30 si contra estrafios: fundamento de esta duda.—175. Opinion de Parladorio afirmativa sobre el primer extremo, por la razon que se espone.—176. No puede sostenerse esta opinion, porque la ley de Toro señala indistintamente á la accion hipotecaria 36 años de duracion.—177. Puede suceder, segun dice Parladorio, que prescrita la accion personal, dure la hipotecaria, como esplica Cujacio, haciendo ver que la accion hipotecaria no es accesoria á la personal, sino que existe por sí, y es de distinta naturaleza.—178. Se demuestra la falsedad de la opinion de Parladorio con las palabras de la ley de que se vale para apoyarla.—179. Si la accion hipotecaria no se constituye para satisfaccion de deuda sino para seguridad de cosa que se ha vendido ó prestado, se prescribe por 40 años, segun Acevedo: unas veces se prescribe la accion personal permaneciendo la hipotecaria y otras al contrario.—180. Ejemplo que demuestra la última alternativa.—181. Caso propuesto por Cujacio en esplanacion de lo mismo.—182. Casos de la primera alternativa.—183. La accion hipotecaria es real y se prescribe por 40 años entre presentes, y 20 entre ausentes por terceros poseedores con justo título y buena fé, mas faltando estos, dicha accion hipotecaria se prescribe en el período de 30 á 40 años, segun la ley romana que cita; mas la de Toro dispone sin distinguir que la accion hipotecaria no se pueda prescribir por menos de 30 años.—184. El derecho de ejecutar se prescribe con mala fé, segun se ha dicho, mas para prescribir la accion ú obligacion es necesaria la buena fé del que prescribe, en lo que convienen Covarrubias y Menchaca.—185. El derecho de ejecutar puede renunciarse en favor de los deudores.

4. Dispone la presente ley que el derecho de ejecutar en virtud de accion personal se prescriba por el transcurso de diez años, y esta y la ejecutoria dada de resultas de ella no se prescriba por menos tiempo de veinte años, y que cuando en la obligacion hay hipoteca, ó es mista de personal y real, la deuda se prescriba por treinta años no menos.

2. Habiendo de tratar con separacion de los puntos sobre que recae la decision de esta ley, se debe decir que en la parte que establece que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años es correctoria del derecho civil, que disponia que el derecho ejecutivo durase por treinta años, á causa de que la ejecucion dimanaba del oficio noble del juez, segun la ley 15, ff. *de re judicata*, y el oficio del juez en las causas civiles no se prescribia por menos tiempo que el de treinta años, segun Gomez en el número 1, y Acevedo en igual número á esta ley, del mismo modo que las acciones personales, las cuales no se prescribian sino por el transcurso de treinta años, como se dispone en la ley 1 y 3, C. *de prescriptionib. triginta vel quadraginta annor.* Del mismo dictámen es Carlebal, título 3, disputacion 4, número 15 de *judiciis*.

3. La doctrina de estos autores no parece adaptable al presente caso, porque el derecho de ejecutar la sentencia de que habla la ley 15 es y se entiende de la jurisdiccion que competia al juez para hacerla ejecutar, á diferencia del juez pedáneo, que no tenia facultad para mandar ejecutar la suya, y asi debia el acreedor acudir al juez que ejercia jurisdiccion, que es lo que se llama oficio noble.

4. El juez á quien competia el oficio noble, si habia pasado el tiempo que prescribian las leyes para que el deudor satisficiera el crédito, cuyo tiempo, segun Cujacio en el título C. *de executione rei judicatae*, era de treinta dias por la ley de las doce tablas, el que despues estendió Justiniano á cuatro meses por las leyes 2 y 3, C. *de usu judicatae*, en uso de su jurisdiccion hacia llevar á efecto su sentencia, pero la presente ley habla de otro derecho diverso, cual es el que corresponde al acreedor en

virtud de la sentencia, ó cualquiera otra obligacion para pedir la ejecucion contra su deudor.

5. Para dar mayor claridad á la esposicion de esta ley cuya decision es de las mas implicadas y dificiles de comprender, se hace preciso manifestar lo que disponia el derecho civil acerca de la duracion que tenian las diversas especies de acciones, por lo que Justiniano en sus instituciones dedicó un título para tratar de esta materia, el que se halla en el lib. 4, tít. 12, que tiene por epígrafe «de las perpétuas y temporales acciones que competen á los herederos, y se dan contra ellos», y en el párrafo inicial advierte que aquellas acciones que provenian de la ley senado consulto ó constituciones de los Principes, eran al principio perpétuas, porque siendo perpétua su fuerza y observancia, era consiguiente que las acciones que naciesen de ellas no se terminasen y perdiesen por ningun transcurso de tiempo, y que aquellas que dimanaban al fin de un año, aunque algunas de ellas tambien se decian perpétuas era en el sentido que voy á manifestar. No teniendo por conveniente los Emperadores que las acciones perpétuas lo fuesen en el riguroso significado de la voz, pasaron á fijarles tiempo en que pudieran terminarse y concluirse por medio de la prescripcion ó usucapion.

6. Las acciones podian ser reales y personales y mixtas; las reales si eian de cosa mueble se prescribian por tres años, si de inmueble por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, ley única *C. de usucapione transferenda*: las personales necesitaban treinta años para su prescripcion y entonces se decian perpétuas, ley 3, *C. de prescriptionib. triginta annorum*. Las hipotecarias seguian la misma regla que las reales de diez y veinte años, ley 4, párrafo 2 *C. si advers. creditorum*, á no ser que la hipoteca la poseyera un tercero con mala fé, que entonces necesitaban de treinta años, ley 7 al principio, *C. de prescriptionib. triginta annorum*. Las acciones mistas de reales y personales de que habla el párrafo 20, lib. 4, tít. 6, *institutionum*, duran treinta años, ley 7, *C. de petitione hereditatis*, ley 3, *in quibus causis cessat log. temp. prescript.*; estas son reglas generales que admiten varias escepciones, de que hacen mencion los autores; los mismos periodos de tiempos señalan las leyes de Partida para la duracion de las acciones: en la Partida 3, tít. 29, ley 9 se ordena que los bienes raices se puedan prescribir por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y en la 22 que los derechos y acciones personales se prescriban por treinta años, y en la ley 21 se admite la prescripcion de treinta años contra los bienes raices, aun quando vaya acompañada de mala fé, y aunque espresamente no se dispone de las acciones mistas, participando estas de la naturaleza de las acciones personales, no se debian prescribir por menor tiempo que estas.

7. Se desea saber la causa de que las acciones reales se prescriban por menor espacio de tiempo que las personales, y segun Cujacio en el tít. 37 del lib. 7 del código no es otra sino porque contra accion real se usa y está en posesion de la cosa corporal ó raiz que se ha de prescribir, lo que no sucede en la accion personal, á causa de que el deudor, que es el que la ha de prescribir, ningun uso ni ejercicio hace contra la accion del acreedor, y asi no es extraño que se necesite mayor espacio de tiempo en esta que en aquella.

8. Antonio Perez en el lib. 7, tít. 34, *C. de quibus causis cessat*

long. tempor. prescripto, coincide con la razon de Cujacio, y asi dice que el prescribirse por menos tiempo las acciones reales que las personales, consiste en que en las reales se castiga la negligencia del verdadero dueño, y se favorece al que prescribe, que por legítimo tiempo poseyó la cosa, y en las personales no se atiende al hecho del que posee, sino á la negligencia del que no ha usado de su derecho.

9. En este estado se conservaba el derecho de prescribir por las leyes civiles y reales, cuando el rey don Alonso XI en la ley 2, tít. 9. de las prescripciones de su Ordenamiento de Alcalá, dispuso que el que tuviese alguna demanda contra otro, bien fuese con carta ó sin ella, y no la demandare en juicio hasta diez años desde que fue cumplido el plazo para la satisfaccion de la deuda, pierda el derecho de poner la demanda, y no sea oído en adelante. Por la disposicion de esta ley se echa de ver que los plazos que regian por la ley de Partida de treinta años para prescribir las acciones personales, los redujo don Alonso al de diez. El rey don Enrique II ordenó que prescripto el contrato por el transcurso de diez años ninguna entrega ni ejecucion se pueda hacer por tal deuda hasta que el deudor sea emplazado y oído, cuya ley se halla en la 4, tít. 13, lib. 3 Ordenamiento Real, y lo mismo se supone en el epígrafe de dicha ley que ordenó el rey don Juan el II. Es digna de consideracion la distincion que por primera vez se hace en esta ley entre la prescripcion del contrato por el transcurso de diez años, y el derecho que supone en el deudor para no sufrir ejecucion sobre pago de la deuda, hasta ser emplazado y oído.

10. Queriendo el señor Covarrubias en la parte 2 de la relacion C. *posses*, párrafo. 11, número 2, conciliar la disposicion de estas leyes, afirma que la ley del rey don Alonso se ha de entender que habla del derecho de ejecucion sumaria, y la de don Enrique de la accion personal, que aun permanece salva, y á pesar de esto, reconoce á continuacion que la interpretacion que acaba de dar no disuelve la dificultad, por que la ley de don Alonso espresamente dispone que pasado el primer decenio se estinga la accion personal, porque trata dicha ley igualmente de la accion personal que proviene de algun contrato en que no ha intervenido instrumento público, como de aquella que trae aparejada la ejecucion en virtud de algun instrumento público, lo que es tan cierto que aun cuando hubiera omitido hacer esta reflexion el señor Covarrubias, la misma ley manifestaba en términos espresos estendiendo su disposicion á la accion ó demanda que alguno pone contra otro, que provenga de carta ó sin carta, lo que hace demostrable que la ley del rey don Alonso comprendió en su disposicion tanto la accion personal simple como la que trae aparejada ejecucion, cual es la que proviene de carta, que es un instrumento quarentigio.

11. No era ciertamente de esperar de un hombre tan sabio é instruido en la jurisprudencia, y por otra parte tan juicioso como en realidad lo era el señor Covarrubias, á quien llama Grocio en el lib. 2, cap. 4, párrafo 10, núm. 3, *de jure belli et pacis, summi judicii jurisconsultus*, se detuviese á proponer una conciliacion que la resistian las mismas palabras de la ley que intentaba esplicar.

12. No contento con ella se propone buscar una nueva conciliacion de las referidas leyes, supuesto que la primera ni era adecuada ni admi-

ble, y dice que se puede responder que la accion personal simple que no viene acompañada del derecho de ejecucion sumaria se estingue y acaba por el transcurso de diez años, pero si trae consigo el derecho de ejecucion, se estinguirá este transcurridos que sean los diez primeros años, pero permanecerá viva y salva por otros diez años, de que infiere y deduce que la ley del rey don Alonso cuando dispone que la accion personal y el derecho de ejecucion se estinga por el primer decenio, se ha de entender del caso de que la accion personal es simple y no trae aparejada ejecucion, pero que no sucede lo mismo cuando la accion personal lleva consigo el derecho de ejecucion sumaria, porque entonces por el primer decenio se acaba y estingue el derecho de ejecucion en virtud de la decision de la ley del rey don Alonso, pero permanece salva y en su vigor y fuerza la accion personal por otro decenio, como se prueba por la ley de don Enrique, y concluye dando por fundamento de esta esposicion que si se estinguió la accion personal en los diez primeros años y por el mismo tiempo se acababa dicha accion personal acompañada del derecho de ejecutar, se contravendría á la mente del rey don Enrique y don Alonso manifestada en dichas leyes.

13. Esta segunda esposicion que acabo de referir del señor Covarrubias adolece del mismo ó igual vicio que la primera: si la ley del rey don Alonso espresa y literalmente señala y fija el mismo periodo de tiempo de diez años para la prescripcion de la accion personal simple y de la que trae aparejada ejecucion, declarándolo con la espresion de que provenga de carta ó sin ella, ¿en qué juicio cabe afirmar que dicha ley se contrae al caso de que la accion personal es simple y no trae aparejada ejecucion?

14. No es mas sólida la razon en que funda esta esposicion alegando que si alguno dijera que indistintamente se estinguió por el mismo periodo de tiempo la accion personal simple que la que trae aparejada ejecucion contravendría á la mente del rey don Alonso y don Enrique en las citadas leyes. Siendo estas leyes subcesivas y de distintos Soberanos, no hay necesidad de que guarden uniformidad en sus disposiciones por ser bien sabido y constante que las leyes posteriores derogan á las anteriores cuando son contrarias á estas; en la misma materia tenemos un ejemplo bien claro de esta verdad: por la ley de Partida que se ha citado arriba se necesitaban treinta años para prescribir la accion personal, y por la ley del rey don Alonso se limitó este espacio de tiempo al de diez, y en estas circunstancias ¿no seria inútil y ocioso emplear el tiempo en conciliar estas leyes inventando diferencias que no se hallan en ellas? ¿Pues por qué no lo ha de ser igualmente ocioso el que se gasta en procurar conciliar las leyes de don Alonso y don Enrique estableciendo una diferencia que escluyen sus palabras?

15. Mas fácil, sencilla y sólida le hubiera sido al señor Covarrubias la esposicion de estas leyes habiéndose limitado á decir que la de don Enrique confirmó la disposicion del rey don Alonso en cuanto á que cuando venia inherente á la accion personal el derecho de ejecutar, se prescribiese este por el transcurso de los diez años, y aumentó que en este caso, no obstante de haberse prescripto el derecho de ejecutar, quedase libre y espedita la misma accion personal al acreedor para que usase de ella en juicio ordinario contra su deudor.

16. Mas juiciosamente procedió en este punto Parladorio, que en el citado lib. 4, capítulo 4, párrafo 12, número 4, *rerum quotidianarum*, se abstiene de tratar de la conciliacion de las leyes de don Alonso y don Enrique, porque observando que no se han trasladado á la Recopilacion, infiere que estan derogadas por la presente ley de Toro.

17. Esto asi supuesto, entremos á examinar separadamente cada una de las partes de la disposicion de la presente ley; ordena esta en la primera que el derecho de ejecutar dimanante de accion personal se Prescriba por el espacio de diez años. Conviene tener presente que por la ley que se ha citado del rey don Alonso XI no se reconocia diferencia para la prescripcion entre la accion simple personal y la que viniere acompañada de carta: que su hijo el rey don Enrique dispuso que prescripto el contrato por el transcurso de diez años, ninguna entrega ó ejecucion se pueda hacer por la deuda, hasta que el deudor sea emplazado y oido, y como por estas palabras no se limita ni señala el tiempo en que debia hacerse el emplazamiento, es de presumir que este se estendia al prescripto por la ley de Partida, que hemos visto era de treinta años. En este estado se formó la ley de Toro que dispuso lo que queda sentado, y para su mayor inteligencia se hace indispensable manifestar los medios ó modos con que se adquiere el derecho ejecutivo, el tiempo en que puede hacerse su adquisicion, y á cuánto se estiende su duracion.

18. El derecho ejecutivo se adquiere por varios modos, como lo manifiesta el autor de la Curia filípica en su segunda parte del juicio ejecutivo, á saber: rescripto, cosa juzgada, cuentas, confesion, conocimiento é instrumento y liquidacion. Tambien se ha de esponer que toda accion civil personal regularmente se produce al mismo tiempo que la natural, y que en unos casos el derecho ejecutivo nace con las acciones á que acompaña, y en otros sobreviene y se une á las que ya existian. Del derecho ejecutivo que nace con la accion no puede caber duda de que empieza á correr la prescripcion contra él desde el tiempo de su nacimiento; en los otros casos en que sobreviene y se une á la accion puede suscitarse la duda de si tendrá lugar su adquisicion en cualquier parte del tiempo que dura la accion y antes de prescribirse esta, y el efecto que producirá.

19. Como los dos casos mas frecuentes en que sobreviene el derecho ejecutivo á la accion personal son el del conocimiento reconocido ante juez competente, y la confesion de la parte ejecutada en juicio antes ó despues de la contestacion, entraré á examinar las dudas que han formado nuestros mas sabios jurisconsultos sobre estos dos puntos, y sentado el principio de que el conocimiento reconocido era ya ejecutivo por la ley 109, tít. 18, Partida 3, que se renovó por la ley 4, tít. 8, lib. 44 de la Novísima, paso á proponer la opinion del señor Larrea en la decision 49, y de Acevedo en la presente ley de Toro, quienes defienden que los diez años para prescribir el derecho ejecutivo en los papeles simples reconocidos, empiezan á correr desde el dia de la obligacion, y no del reconocimiento, de que infieren que si pasados los diez primeros años á *die obligationis*, se hace el reconocimiento, nada aprovecha este para pedir la ejecucion, por estar ya prescripto el derecho ejecutivo, y asi deberá pedir el acreedor por la via ordinaria.

20. Las razones en que funda su opinion el señor Larrea las refiere desde el número 7, y propone por primera que la ley de Toro limita á solo diez años el derecho de ejecutar, y si este empezara á correr desde el dia del reconocimiento del vale, estaria en el arbitrio del acreedor, dilatando el pedir el reconocimiento, el prolongar el derecho de ejecutar, como si lo pidiera pasados quince años de contraida la obligacion ó de la fecha del vale, en cuyo caso se seguiria el absurdo que prescribiéndose la accion personal por veinte años, segun la ley de Toro, permaneceria aun el derecho ejecutivo hasta los veinte y cinco habiendo empezado á correr desde el año quince.

21. Es tan sutil este argumento, que causa admiracion sea parto del juicio del señor Larrea. Es enteramente falso que el decenio para prescribir el derecho ejecutivo sea mas largo ó se estienda á mas cuando empieza á correr desde el reconocimiento que cuando principia desde el dia de la obligacion, pues tanto dura en un caso como en otro, á saber: los diez años que prescribe y señala la ley sin otra diferencia que la de empezar antes ó despues á contarse el decenio.

22. Ni puede reputarse por absurdo el que pretende deducir el señor Larrea de que pedido el reconocimiento del vale á los quince años de contraida la obligacion, se seguiria que estando prescripta la obligacion á los veinte años, durará aun el derecho de ejecutar, porque infiere que pedido el reconocimiento á los quince años, pueda considerarse prescripta la obligacion á los veinte, habiéndose interrumpido la prescripcion de la accion principal por solo el hecho de haber pedido el reconocimiento, pues es principio indudable que por la interpelacion del acreedor se interrumpe la prescripcion. De que se ve que está tan distante de ser absurdo el que intenta persuadir el señor Larrea, que antes bien se debe graduar de tal la consecuencia que infiere.

23. El segundo fundamento que propone al número 8 se reduce á que seria de mejor condicion el papel privado que la escritura pública, porque en esta inmediatamente desde su otorgamiento empieza á correr el decenio en que puede usarse del derecho ejecutivo, y en aquel empezaria despues de los quince años de nacida la obligacion principal, si entonces se pedia y hacia el reconocimiento, el cual ningun efecto produciria en cuanto á poder usar de la ejecucion contra el deudor, porque el derecho ejecutivo proviene de los instrumentos, y estando prescripto por el lapso del decenio, aunque confiese el deudor y reconozca en juicio, como se refiere al instrumento, no debe darse mas fuerza al reconocimiento como á término referente que al instrumento, que es á quien se hace la relacion como á término relato. Corrobora esto mismo con doctrinas comunes del referente y el relato, y con otras alusivas á que el que no puede ser reconvenido, no se perjudica reconociendo lo que no le pueden pedir.

24. Tambien claudica en este argumento el juicio del señor Larrea, porque por el mismo hecho de nacer inmediatamente el derecho de ejecutar de la escritura pública sin necesitar del reconocimiento del deudor, se convence que es de mejor condicion que el papel privado, el cual por sí solo no atribuye el derecho ejecutivo sino concurriendo el reconocimiento, y como este depende del deudor, de aqui es que no solo no produce derecho ejecutivo el papel privado, sino que ni el acreedor tiene facultad para

hacerlo nacer independiente del deudor: resulta, pues, de lo dicho que el instrumento ó escritura pública atribuye un derecho ejecutivo absoluto é independiente del deudor, y el papel privado no produce derecho alguno ejecutivo por sí, sino unicamente la facultad en el acreedor de poder hacer que nazca el derecho ejecutivo cooperando el deudor con su conocimiento.

25. Que el derecho ejecutivo pueda nacer del papel privado si á los quince años se verifica el reconocimiento del deudor no prueba que sea de mejor condicion el papel privado que la escritura pública, pues como se ha hecho ver, de esta nace un derecho ejecutivo absoluto y seguro, y de aquel un derecho ejecutivo, condicional y contingente, con dependencia de la voluntad del deudor, ni el empezar mas tarde á correr el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento del papel privado despues de los quince años que el que produce el instrumento público, se puede reputar por ventaja, porque despues de nacido no es mas larga la duracion del uno que la del otro, á la manera que no se diria que uno que habia vivido igual número de años que otro que murió cuando nació aquel, que habia gozado de mas larga vida.

26. La razon en que se funda para decir que del reconocimiento hecho á los quince años de contraida la obligacion no naceria derecho ejecutivo, porque en tal caso el reconocimiento se referiria á un instrumento prescripto, y el referente no puede tener mas fuerza que el relato, es tan poco convincente, que supone lo mismo que se disputa, pues ni la obligacion contenida en un papel privado se prescribe á los quince años, ni el papel ó instrumento está prescripto á ese tiempo en cuanto al derecho ejecutivo, que aun no ha principiado, porque lo que no es no puede prescribirse, asi como el que no ha vivido no puede morir. Es, pues, importuna la doctrina de la relacion que el referente tiene con el relato, cuando no se ha probado que el relato ó instrumento privado se halle prescripto por el transcurso del decenio.

27. De otro fundamento se vale el señor Larrea en el número 14 para confirmar su opinion, reducido á que el reconocimiento del papel privado se retrotrae al tiempo de su otorgamiento, como sucede en las estipulaciones; segun la ley 78 de *verborum obligationibus*, la 144 de *regulis juris*, y otras que dicen *instipulationibus id tempus spectatur quo contrahimur*. De que infiere que el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento se ha de retrotraer al tiempo de la obligacion, y de consiguiente deberá estar prescripta pasados los diez años.

28. A esto digo que la retrotraccion en las estipulaciones se ha de entender cuando son condicionales, como lo manifiesta el caso que se propone en la ley citada 78, ni podia ser otra cosa, porque en una estipulacion absoluta era no solo inútil la retrotraccion, sino absurda, pues no podia esperarse el evento de ninguna condicion que convalidase la estipulacion.

29. Lo contrario sucede en el caso de la disputa. La obligacion es absoluta sin depender de condicion alguna para su firmeza y validacion, pues el reconocimiento no se requiere ni dirige á la subsistencia de la obligacion principal, contra la cual se puede pedir por la via ordinaria, aunque falte el reconocimiento, sino para proceder ejecutivamente, que es decir que por el reconocimiento no nace obligacion que no existe an-

tes, sino únicamente se varia el modo y forma con que ha de pedir el acreedor.

30. Para convencimiento de lo que dejo espuesto basta reflexionar lo que sucede en el caso que el deudor confiesa la deuda. Esta confesion no produce nueva obligacion sino reconoce la antigua, sin que haya pensado el señor Larrea decir que por referirse la confesion del deudor á la obligacion principal se ha de retrotraer el derecho ejecutivo que nace de la confesion al tiempo que tuvo principio la obligacion.

31. Intenta satisfacer en el mismo número á la objecion que podria hacerse de que para que tenga lugar la prescripcion del derecho ejecutivo, deberia este estar perfecto y consumado, lo que no sucede por faltarle el reconocimiento, y dice que habiendo estado en la potestad del acreedor haber formado el derecho ejecutivo, pidiendo desde el principio el reconocimiento, debe imputársele esta omision, y tendrá que sufrir la prescripcion, la que corre contra el impedido, siempre que este fuese negligente en remover el impedimento. Si fuera esto cierto se seguiria que cuando el acreedor pide el reconocimiento dentro de los diez años, y lo niega el deudor, deberia prorogarse por otros diez el poder pedir el reconocimiento, pues el acreedor no fue negligente, y cita en comprobacion la ley 50, ff. de *contrahent.*, que dice: *et per me stet quominus id á campanis impetrem, non esse dubitandum, quin prescriptis verbis agi possit.*, y la ley 4, ff. de *quibus ad libert: proclam. non licet*, en la que tratando de una cosa tan favorable como la libertad, se da por razon para denegar la libertad al siervo que compitiéndole la libertad fideicomisaria, sufre ó disimula ser vendido, sin hacer presente al comprador su condicion: *cum in sua potestate habeat ut statim ad libertatem perveniat*, y al fin de la misma contrayéndose al caso dice: *sed in proposito magis probandum est, ut denegetur a libertatis petitione, qui potuit petere libertatem et maluit se venundari.*

32. Digo pues, que de la ley 50 citada no se infiere que la omision del acreedor en pedir el reconocimiento del papel privado deba imputársele ó perjudicarle en un derecho que aun no le competia. La ley 50 habla del que está obligado bajo cierta condicion, y él mismo procura impedir que se verifique, en cuyo caso le perjudica, porque se tiene en cuanto á cumplir la obligacion como si se hubiera verificado ó cumplido la condicion. En confirmacion de esta verdad está la ley 24, ff. de *conditionibus, et demonstrationibus*, que dice asi: *jure civili receptum est quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset*: con cuya ley concuerda la 85, ff. de *verborum obligationibus*, párrafo 7, que dice de este modo: *quicumque sub conditione obligatus curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur.*

33. Tanto la ley 50 citada como las que acabo de referir hablan del que está obligado bajo condicion, é impide el que se cumpla para que no tenga efecto la obligacion, cuyo fraude justamente castigan las leyes, teniendo por verificada la condicion en cuanto á cumplir con la obligacion el que estaba ligado en ella, cuya regla se ve confirmada en la ley 5, párrafo *item si qua conditio*, ff. *quando dies legat. ced.* y en la 161 de *reg. jure.*

34. Veamos ahora cuan poco adaptable es esta doctrina al caso de la disputa. El acreedor por ningun título se halla obligado á pedir que el deudor reconozca el vale, con que la regla de que siempre que por aquel que tiene interes en que no se cumpla la condicion, se impide su cumplimiento, se reputa por cumplida, no puede tener lugar en el caso de haber omitido pedir el reconocimiento.

35. Comentando Donelo el párrafo 7 citado de la ley 85 *de verborum obligationibus*, despues de haber establecido la regla referida, fundado en las leyes que se han citado, pone esta advertencia como por escepcion, y dice que no es cierto que la condicion se deba tener por cumplida siempre que por aquel que tiene interés en que se cumpla se impide el que tenga cumplimiento, y pone el ejemplo en el que estipula, en su acreedor ó en el heredero del mismo estipulador. En todos estos casos dice que no se tendrá la condicion por cumplida si alguno de los referidos impide su cumplimiento. Estas son sus palabras despues de referir la ley 39, ff. *de reg. jure*, que dice: *in omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora sit quominus fiat*; continúa: *sed non est perpetuum: quid enim si stipulator ipse, quid si creditor stipulatoris: quid si is qui heres quandoque stipulatori futurus est, vel ignarus conditionis, vel dedita opera curaverit ne conditio existiret? nemo dicet, opinor conditionem pro impleta habere debere.*

36. Aunque omite espresar la razon de su opinion, no puede ser otra que el ser el fin de la condicion la utilidad y beneficio del estipulador, de su acreedor y su heredero, y cuando alguno de estos impide el cumplimiento de la condicion, se presume que renuncia de su derecho, ó por lo menos intenta retardar el cumplimiento de la condicion.

37. En el caso de la disputa no se puede negar que al acreedor se concede por beneficio suyo la facultad de pedir el reconocimiento del vale, con que por la doctrina referida de Donelo acerca del estipulador de su acreedor heredero se debe decir que siempre que el acreedor no pida el reconocimiento del vale no se debe tener por hecho, y de consiguiente no puede ni debe correr la prescripcion del derecho de ejecutar, que solo puede nacer en virtud del reconocimiento.

38. Aunque lo dicho bastaba para un pleno convencimiento de lo mal que se ha aplicado la ley 59 citada y sus concordantes á la presente disputa, no puedo omitir que el reconocimiento del vale en un contrato privado no se pacta ni pone como condicion por ninguna de las partes, sino como un requisito ó solemnidad introducida por la ley para poder pedir ejecutivamente una deuda pura y absoluta que ninguna condicion trajo en sus principios ni adquirió despues, no siendo la condicion otra cosa *quam eventus quidam futurus in quem dispositio suspenditur.*

39. Resta ahora examinar si es mas feliz la aplicacion que se hace de la ley 4, ff. *quibus ad libert. proclam. non licet*, al caso de la disputa.

40. Consultó Licinio Rufino al jurisconsulto Paulo si podia proclamar ó pedir la libertad el que debiéndosele por fideicomiso la libertad sufrió que se le vendiera despues de veinte años, á cuya consulta respondió el jurisconsulto que al que se le debe la libertad fideicomisaria puede ser vendido contra su voluntad, porque en realidad aun es siervo, pero será reprehensible en disimular su condicion, compitiéndole la facultad de conseguir inmediatamente la libertad, y por lo tanto resuelve que se le debe

negar la proclamacion ó peticion de la libertad al que pudo pedir la libertad y no lo hizo, queriendo mas ser vendido, por lo que se hizo indigno del auxilio del Pretor fideicomisario.

41. Tan lejos está de favorecer esta resolucion el intento del señor Larrea, que antes bien la destruye, como voy á manifestar.

42. Al siervo á quien se le debe la libertad fideicomisaria solo con pedirla se le concede, sin que haya facultad para negársela, y por lo tanto se le imputa y perjudica la omision en pedirla. No sucede lo mismo al acreedor, pues aunque tiene facultad de pedir el reconocimiento, no le es debido pudiendo negarlo el deudor: cuya deferencia bastaba para que fueran diversas las resoluciones en uno y otro caso; pero manifiesta mas esta diversidad el juriconsulto en la misma ley, haciendo cotejo entre el caso de que al siervo le compete la libertad fideicomisaria, y el de que le corresponda la libertad bajo una condicion, ya sea casual ó potestativa. En el primer caso dice que no puede pedir la libertad habiendo disimulado su estado al tiempo que se celebró la venta; pero sí en el segundo, porque aun no se le debia la libertad. Estas son las palabras de la ley: *sed is qui adhuc servus est, etiam invitus venire potest, quamvis et ipse in eo malus sit quod de conditione sua disimulat, cum in sua potestate habeat ut statim ad libertatem perveniat. Quod, quidem, non potest ei imputari cui nondum libertas debetur. Pone statu libero passum se venundari, nemo dicturus est superveniente conditione, quae non fiat in ejus potestate, libertatis petitionem ei denegandam. Item, justo etiam, si in ipsius potestate fiat conditio.*

43. Supuesto que la ley deniega pedir la libertad, ó proclamarla al que al tiempo de ser vendido calló que se le debia la libertad fideicomisaria, y que concede esta facultad al *statu libero*, que bajo condicion casual ó potestativa puede conseguir su libertad, resta examinar cuál de estos dos casos se asemeja mas al de la disputa: es indispensable reconocer que el segundo es el que tiene alguna tal cual semejanza.

44. No se puede negar que al que se le debe la libertad fideicomisaria se hace libre en el punto que la pide: así lo espresa la ley: *cum in sua potestate habeat ut statim ad libertatem perveniat*. ¿Podrá decirse otro tanto del acreedor que pide el reconocimiento del vale? Seguramente que no, pues aunque está en su arbitrio pedirlo, depende únicamente de la voluntad del deudor el hacerlo. Es, pues, claro que al acreedor no se le debe el reconocimiento del vale como al siervo la libertad fideicomisaria, y de consiguiente que estos dos casos no tienen entre sí paridad y semejanza para pretender que los efectos del uno se consideren en el otro.

45. Mas se asemeja al caso de la disputa el del *statu libero* bajo alguna condicion, porque á este no se le debe de presente la libertad hasta que se verifique la condicion, como al acreedor no se le debe el reconocimiento hasta que lo haga el deudor; ¿y qué dispone la ley en el caso del *statu libero*? Que no le perjudique el silencio que guardó al tiempo de ser vendido para reclamar la libertad, y esto tanto cuando la condicion era potestativa, como casual; pues si esto es así, como no puede negarse, ¿con qué fundamento puede alegar el señor Larrea la presente ley para probar que el silencio del acreedor en pedir el reconocimiento del vale en los diez años primeros de la obligacion le ha de perjudicar para solicitarlo en los siguientes?

46. He dicho que mas semejanza tenia el caso del *statu libero* con el de la disputa que el de la libertad fideicomisaria, aunque bien mirado, ni el del *statu libero* conviene en lo substancial con el de la disputa, pues en este no está en la potestad del acreedor el que se verifique el reconocimiento del vale, sino el pedirlo, y en el caso del *statu libero* está en el arbitrio de este el que se cumpla la condicion potestativa, bajo la cual se le concede la libertad.

47. De aquí, pues, se infiere que tan lejos está de que esta ley pruebe lo que pretende el señor Larrea, que antes bien se convence de ella que aun cuando estuviere únicamente en el arbitrio del acreedor que se hiciese el reconocimiento, no debia perjudicarle el silencio de pedirle en los diez primeros años de la obligacion, asi como no perjudica al *statu libero* el no usar de la condicion potestativa para que se verifique su libertad.

48. Comentando la presente ley Cujacio en el lib. 12 de las cuestiones del jurisconsulto Pablo, la resume en los términos mas claros diciendo así: *Is, aulem, qui adhuc servus est, etsi ei debeatur fideicommissaria libertas etiam invitus, á domino vendi potest. Imputatur, tamem, ei quod dissimulata conditione sua, et quasi statu libertatis decepto, emptorem se venire passus sit, qui in ipso articulo emptionis declarare debuit sibi deberi fideicommissaria libertatem, quod tamem non potest imputari ei cui nondum libertas debebatur, puta pendente conditione libertatis vel casuali vel potestativa, nihil reffert, ut hic asserit et Paulus. Hic, vero, postea superveniente conditione libertatis proclamationem sive petitione libertatis habet.... At ille de quo est quaestio proposita initio hujus legis, cui debebatur fideicommissaria libertas postquam se venire passus est dissimulat statu suo qui diceret deberi sibi libertatem presente die, quique eam presente die petere debuit, indignus est auxilio preloris, fideicommissariae constituendarum libertatum gratiae quae per fideicommissum relictae sunt.* Hasta aquí Cujacio, cuyas palabras he referido para mayor convencimiento de la esposicion que he hecho de la ley.

49. Continúa el señor Larrea alegando en confirmacion de su opinion del *Cap. ult. decret. de electione et electi potest.* que dice: *his quibus interdicitur, ut absque superioris licentia eligere non presumant, tempus statutum á canone currit ex quo in mora fuerint licentiam hujusmodi postulandi;* y en corroboracion se vale de la regla 174, de *reg. jur.*, cuyas palabras son: *qui potest facere ut possit conditioni parere, jam posse videtur,* de cuyos textos infiere debe imputarse al acreedor la tardanza ó morosidad en pedir el reconocimiento del vale, habiendo estado en su arbitrio hacerlo.

50. En cuanto á la resolucion del capítulo que cita de las decretales, fácilmente se responde, diciendo que hallándose prevenido por el *cap. 2 de concess. preb.* que estas se provean dentro de los seis meses que vacaron; era consiguiente que teniendo obligacion aquel á quien tocaba la provision de pedir licencia para ejecutarla, debia imputársele la negligencia ú omision en habilitarse para cumplir con lo establecido por dicho capítulo de las decretales; mas como no haya ninguna ley que señale y limite el tiempo dentro del cual el acreedor deba pedir el reconocimiento del vale, de aquí es que impunemente puede omitir el pedirlo sin experimentar otro perjuicio que el carecer del derecho que le produciria el mismo reconocimiento, á saber, el uso de la via ejecutiva contra el deudor.

51. Aun es mas fácil el responder á la regla del derecho citada, la cual

habla de la institucion de heredero hecha bajo de alguna condicion casual ó potestativa, y dice, que el que puede hacer que se verifique la condicion, parece que tiene facultad de aceptar la herencia, y cuando difiere la aceptacion se le prefiere tiempo por el Pretor para ejecutarla, segun la ley 23, párrafo 1, ff. de *heredibus intestatis*.

52. Contraida esta disposicion al caso de la disputa se echará de ver la discrepancia. El reconocimiento del vale no interviene en el contrato como condicion, ni casual, ni potestativa, ni mista, que era la única que podia convenirle caso de que se admitiera alguna. Tampoco está en el arbitrio ó facultad del acreedor el que se verifique el reconocimiento; con que mal se le podria aplicar *qui potest facere ut possit conditione parere*; de cuyo antecedente se vale la regla para inferir *jam posse videtur*. Es, pues, fuera de toda duda que la regla no es aceptable al presente caso. Acerca de los argumentos que se forman de las reglas del derecho debe tenerse presente lo que dice Cujacio comentando la regla primera *itaque levia sunt, non firma argumenta quae deducuntur ex regula juris, et pernitiosa. Denique ex his non est argumentandum*.

53. En el número 18 refiere el señor Larrea que se discordó la sentencia, y remitida la causa á otra sala se declaró no podia tener lugar la ejecucion, en virtud de un reconocimiento hecho á los quince años de contraida la obligacion; pero á esto se responde con el principio que enseña que *non exemplis, sed legibus judicandum est*.

54. Las demás razones que propone desde el número 19 hasta el 23 coinciden con las anteriores, reduciéndose en substancia á que el acreedor tuvo facultad para pedir el reconocimiento, y el argumento que saca de la ley 3, párrafo *desinere*, ff. *usus quemadm. caveat*, pretendiendo que puede una cosa dejar de pertenecer ó tocar antes de haber empezado, se satisface con la esposicion que hace Donelo en el libro 10, cap. 14 de los Comentarios citados por el mismo señor Larrea, diciendo que la asercion del juriconsulto Ulpiano no se refiere á la significacion de las palabras, sino á la intencion de los contrayentes. *Quod quidem ab illo non dicitur ex verbi significatione, sed ex sententia contrahentium*. Ni podia ser otra la inteligencia atendida la ley 208, de *reg. jur.*, que dice; *non potest videri descissi habere, qui nunquam habuit*, y la 83 *non videntur rem amittere quibus propria non fuit*.

55. Habiendo examinado y reconocido la poca solidez de los fundamentos en que el señor Larrea y los que le siguen apoyan su opinion, corresponde proponer las razones que persuaden la contraria, y la hacen mas conforme á derecho, cual es la de que los diez años que señalan para prescribir el derecho de ejecutar en las obligaciones en que ha intervenido papel privado, deben empezar á correr y contarse desde el dia del reconocimiento, y no del de la obligacion.

56. Entre los varios autores que defienden esta opinion, los que con mas estension y solidez la fundan son: Gutierrez en el libro 3 de sus Prácticas, cuestion 35, y don José Vela en la disertacion 26, por lo que me valdré de las razones que traen en los citados lugares, y en otros en que por incidencia tocan las mismas cuestiones, á que aumentaré las que á mí me ocurran.

57. Afirma el señor Vela al número 49 del lugar citado que en repetidos casos resolvió la Audiencia de Sevilla que el decenio, para

prescribir el derecho ejecutivo empezaba á correr desde el dia del reconocimiento, y en el número 2, con referencia á la ley 5, tít. 21, libro 4 de la Recopilacion, dice: que queriendo el rey don Carlos remediar los perjuicios que se originaban á las partes de no ejecutarse los conocimientos reconocidos ante un juez ó en juicio, como los otros contratos otorgados ante escribanos, que traen aparejada ejecucion, mandó que de allí en adelante los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar traigan aparejada ejecucion, y que las justicias los ejecuten conforme á la ley de Toledo, que habla sobre la ejecucion de los contratos cuarentenigos.

58. Posteriormente el señor don Felipe II amplió la ley antecedente concediendo que el reconocimiento se pudiera hacer ante el alguacil ó escribano á quien el juez diere la comision, con tal que no se ejecute el reconocimiento reconocido, hasta que traído ante el juez, y visto por él, lo mande ejecutar, cuya ley es la 6 del mismo título.

59. Por estas leyes se echa de ver que el derecho de ejecutar en virtud de un papel privado nace del reconocimiento del deudor hecho ante el juez, segun la ley 5, ó por comision suya ante el alguacil ó escribano, con que hasta que preceda el reconocimiento no puede considerarse existente el derecho de ejecutar, por la misma razon que la causa debe preceder al efecto. No existiendo el derecho de ejecutar hasta que haya precedido el reconocimiento, en vano se pretende que la prescripcion obre contra él antes de haberse verificado, porque como arriba se ha dicho, ni puede destruirse lo que no ha existido, ni morir el que no ha vivido, y habiéndose introducido la prescripcion para privar á los negligentes de los derechos que de presente les competen, sin estender su efecto á los que sólo *in potentia* les pertenecen, pues de lo contrario la prescripcion de un derecho seria bastante para extinguir en el mismo sugeto todos los demás que con el tiempo pudieran competirle, no habiendo llegado á existir el derecho ejecutivo no puede prescribirse.

60. Contra esto se dirá que habiendo estado en el arbitrio del acreedor pedir el reconocimiento, debe imputársele esta omision, y tenerse por prescripto el derecho de ejecutar; pero quien de esta manera discurre no reflexiona que ningun tiempo le han fijado las leyes que se han referido, dentro del cual haya de pedirlo, y no señalando las leyes determinado tiempo, se debe estender esta facultad del acreedor á todo aquel en que permanece viva y eficaz la accion para eximir el cumplimiento de la obligacion. Un ejemplo servirá de convencimiento de la solidez de esta doctrina, sin embargo de que no veo se sirvan de él los autores que tratan esta materia.

61. Está prevenido por la ley 13, *C. de judiciis*, que las causas civiles se terminen en el espacio de tres años, y las criminales en el de dos, que deben contarse desde la contesiacion de la litis ó demanda, y sin embargo á nadie ha ocurrido hasta ahora decir que no poniendo el actor la demanda dentro de los tres primeros años que le nació la accion, queda privado de poderlo hacer en lo sucesivo. Esto así supuesto apliquemos esta doctrina al caso de la presente disputa.

62. Tan determinado está por la ley de Toro el tiempo para pedir ejecutivamente, como por la ley del C. el de la duracion de la manda civil, y tan en arbitrio está del actor de poner la demanda como del

acreedor el pedir el reconocimiento del papel privado. Sin embargo de esto, al actor no le perjudica la dilacion en proponer su demanda, con tal que lo haga antes de prescribirse su accion, ¿pues qué razon habrá para que al acreedor se le impute y perjudique la retardacion en pedir el reconocimiento de que le ha de nacer el derecho de ejecutar? Ninguna. Vaya de otro modo.

63. Como la demanda hace nacer la litis contestacion, asi el reconocimiento produce el derecho de ejecutar; es asi que el tiempo señalado para terminar la litis no se reputa determinado para introducir la demanda, con que tampoco el tiempo designado para pedir ejecutivamente debe considerarse señalado para pedir el reconocimiento, sin el cual no puede nacer el derecho ejecutivo, como sin la demanda no puede verificarse la litis contestacion.

64. No es menos eficaz para apoyo de esta opinion el argumento insinuado arriba, sacado de la ley 44, ff. *qui ad libert. proc non licet*, en la que distinguiendo el jurisconsulto entre el siervo á quien se le ha dejado libertad fideicomisaria, y aquel á quien se le concede bajo de condicion, ya sea casual ó potestativa, dice que al primero, si sufre ser vendido sin espresar la libertad que le compete, no le será lícito reclamarla despues; pero sí al segundo, y da la razon por qué al primero solo con pedirla la conseguia, y de consiguiente le debe perjudicar esta omision para no poder reclamar la libertad; pero el segundo tiene que esperar el evento de la condicion casual, ó cumplir antes con la condicion potestativa, sin que esta omision le perjudique, porque hasta que cumpla con ella no se le debe la libertad, aunque por él esté el no ponerse en este estado.

65. Si al siervo *in statu libero* á quien se le deja la libertad bajo de una condicion potestativa, ó que está en su arbitrio el verificarla no le perjudica la omision en cumplir con ella para reclamar y pedir despues la libertad, ¿cómo se ha de pretender que perjudique al acreedor el no pedir el reconocimiento del vale para privarlo del derecho ejecutivo, que no se concede bajo una condicion potestativa como al siervo, sino de una en cierto modo mixta dependiente de la voluntad del acreedor y del deudor? Si al *statu libero* porque no se le debe la libertad hasta que cumpla con la condicion, no le perjudica la omision en verificarla, ¿por qué razon al acreedor, á quien no le compete el derecho ejecutivo hasta pedir y obtener el reconocimiento del vale, le ha de perjudicar la omision en pedirlo? Por mas que se quiera sutilizar me persuado no se encontrará una razon sólida que establezca una verdadera diferencia entre estos dos casos. Causa admiracion que una ley de que se deduce un argumento tan convincente á favor de la opinion que defendemos la traiga el señor Larrea en apoyo de la suya.

66. No es de menor eficacia para probar nuestra opinion la paridad que resulta entre el reconocimiento del vale y la confesion de la deuda: tanto de esta como de aquel nace el derecho ejecutivo, y sin embargo los autores de la opinion contraria no retrotraen la fecha de la confesion á la celebracion de contrato, y entre ellos es particular Febrero en el juicio ejecutivo, lib. 3, cap. 2, párrafo 1, número 11, en donde da por razon que las leyes hablan indistintamente y sin limitacion, y asi no se debe distinguir, porque en cualquiera tiempo que se haga la confesion trae

aparejada ejecucion, siendo asi que del mismo modo hablan del reconocimiento. Aunque Acevedo en la ley 6, tít. 13, lib. 4 de la Recopilacion, número 14, insinúa que la confesion se debe retrotraer al dia de la celebracion del contrato, desconfiando de la certeza de esta asercion concluye encargando al lector que reflexione sobre ello.

67. El señor Olea en su obra *de cesionis juramentum*, tít. 4, cuestion 1, número 78 y siguientes, se propone examinar esta cuestion, y despues de referir los autores que de intento la han tratado por una y otra parte, pretende conciliarlos valiéndose de una distincion, en virtud de la cual establece dos cuestiones: una cuando el acreedor pide y consigue el reconocimiento del vale dentro de los diez años primeros de la obligacion. En este caso dice es cierta la opinion del señor Vela y los que la siguen, porque corre la prescripcion desde la fecha del reconocimiento y no de la del vale. La otra es cuando se pide el reconocimiento despues de los diez primeros años de la obligacion, y en tal caso vuelve á distinguir diciendo que si el reconocimiento se limita solamente á confesar la firma y no la deuda, antes bien jura que la ha satisfecho, de que se presume no tendrá lugar el juicio ejecutivo en virtud de este reconocimiento; pero si el que reconoce la firma confiesa tambien la deuda, entonces podrá usarse contra él de la via ejecutiva, cuya distincion afirma que la admiten varios autores nuestros (que no cita) si se leen con cuidado.

68. Causa admiracion ciertamente que una ley tan sencilla como la 15, tít. 22, lib. 11 de la Novísima que para obviar las maliciosas dilaciones de los deudores dispone y ordena que los conocimientos reconocidos traigan aparejada ejecucion, haya dado causa á una distincion no menos sutil que embarazosa. Examinemos sus fundamentos.

69. Convento con el señor Olea en que si se pide el reconocimiento antes de los diez años, ha de empezar á correr la prescripcion del derecho ejecutivo desde la fecha del reconocimiento, y no de la obligacion por todas las razones de que me he valido en apoyo de la opinion que defiende, pues afirmando que aun cuando se pida el reconocimiento despues de los diez años empieza á correr la prescripcion desde la fecha del reconocimiento, con mayor razon procederá esta opinion cuando el reconocimiento se ha pedido dentro de los diez primeros años de la fecha del vale.

70. En lo que no puedo conformarme con su dictámen es en que limite su opinion al caso de que se pida el reconocimiento dentro de los diez años, porque si el reconocimiento es causa del derecho ejecutivo, como lo reconoce el señor Olea, queriendo ó admitiendo que desde la fecha del reconocimiento y no de la obligacion empieza á correr la prescripcion, no se alcanza por qué al reconocimiento que se haga despues de los diez años se le ha de privar de producir igual efecto que le concede la ley sin la menor limitacion ni distincion? siendo bien sabido el axioma legal que no debe admitirse distincion cuando la ley no la hace.

71. El reconocimiento dentro de los diez años produce el derecho ejecutivo, sin retrotraerlo á la fecha de la obligacion, segun el señor Olea, con que no estando señalado tiempo alguno por la ley para pedirlo, siempre que este se verifique antes de estar prescripta la obligacion principal, deberá producir el mismo efecto; pero no opina asi el señor

Olea, quien en este caso distingue al número 92 entre el reconocimiento de la firma y el de la deuda, del primero no quiere que nazca el derecho ejecutivo, pero si del segundo. La razon de diferencia la funda al número 93 en que cuando reconoce simplemente el vale y su firma se hace el reconocimiento con su causa, reconociéndose la deuda como prescripta, porque por el transcurso del decenio adquiere el deudor cierta presuncion á su favor que impide el rigor de la via ejecutiva, y por lo tanto debe recurrirse á la ordinaria, como que parece que el punto exige mayor discusion.

72. Por poco que se reflexione acerca de la solidez de esta razon, se conocerá que toda ella se funda en un aparato de palabras, sin contraerse al punto de la disputa. Si dice que haciéndose el reconocimiento despues de los diez años se reconoce la deuda como prescripta la obligacion principal, se engaña conocidamente, porque la obligacion personal no se prescribe por menos tiempo que el de veinte años; si por deuda prescripta pretende entender el derecho ejecutivo comete un error intolerable, y es la razon por qué el derecho ejecutivo nace y dimana como efecto de su causa del reconocimiento, y negándole á este la virtud de producirlo en el caso de que habla, se incurriria en el monstruoso absurdo de pretender que antes que naciese el derecho ejecutivo obrase contra él la prescripcion, siendo principio incontestable una verdad eterna como repetidas veces he dicho, que lo que no ha llegado á existir no puede destruirse: si, pues del reconocimiento en el caso de que habla el Sr. Olea, que es cuando se hace despues de pasados los diez años de la fecha del vale, afirma que no nace derecho ejecutivo, ¿en qué juicio cabe pretender que este está ya prescripto? Todavia es mas imperdonable en el señor Olea este error ó inconsecuencia, porque en el número 94 de la misma cuestion ya habia reconocido antes al dicho número en términos espresos que la escepcion de la prescripcion no puede tener lugar antes de producirse por medio del reconocimiento el derecho ejecutivo, fundándose en que una accion que aun no ha nacido, ni compete ni puede prescribirse. Véanse sus palabras: *prescriptionis exceptio non ante oriri quam via executiva exerceri potuerit, hoc est, post recognitionem: actioni, enim, nondum natae, seu nondum competenti prescribi non potest.*

73. Todavia hay otra razon que eficazmente persuade lo mismo; la prescripcion se dirige y refiere al derecho ejecutivo, y de consiguiente ella es el referente, y el derecho ejecutivo el relato, y como todo referente necesaria y esencialmente haya de ser posterior al relato, no existiendo el derecho ejecutivo no puede referirse ni obrar contra él la prescripcion.

74. El que por el transcurso del decenio adquiera el deudor alguna presuncion que impide el rigor de la via ejecutiva, no se alcanza pueda servir de fundamento para establecer y proferir una proposicion tan voluntaria. O la presuncion que tiene y resulta á favor del deudor es de prescripcion ó de solucion de la deuda, sin que me ocurra que pueda hablar de otra alguna, ni haya medio entre estos extremos. La primera no puede tener lugar en manera alguna, porque ó el vale tiene fecha ó nó; si se dice lo primero, cesa toda presuncion, porque la fecha manifiestamente la escluye, y contra la certeza del tiempo en que se otorgó el vale no se admite presuncion contraria, que siempre cede á la verdad. Si lo segundo, por lo mismo que carece de fecha se ha de suponer que no está prescripta

la deuda, mayormente teniendo el acreedor á su favor el reconocimiento del deudor, á quien no debe aprovecharle la escepcion de prescripcion, aunque la alegue, sino la prueba, porque contra una accion directa no se admite escepcion alguna que no se acredite por el que la propone, y de aqui nace el principio legal de que el reo escepcionando se hace actor. Por último, si la presuncion es de solucion de la deuda, tampoco debe aprovecharle al deudor para impedir el uso de la via ejecutiva en el acreedor.

75. Es constante entre los autores de las dos opiniones que la escepcion de paga propuesta por el deudor al tiempo de reconocer el vale dentro de los diez primeros años no impide el que se despache mandamiento de ejecucion, reservando al deudor su derecho para que lo acredite cuando se le encarguen los diez dias que previene la ley. No impidiendo el despacho del mandamiento de ejecucion una escepcion de solucion espresamente propuesta por el deudor, mal se podrá pretender que le aproveche la tácita ó presunta. A esto se aumenta que el hecho de conservar en su poder el acreedor el vale ofrece una vehemente presuncion de que la deuda no está satisfecha.

76. Aunque por el solo reconocimiento del vale y su firma, hecho despues de los diez años, no admite el señor Olea que resulte derecho ejecutivo contra el deudor, mayormente si este niega la deuda, cuando con el reconocimiento del vale concurre la confesion del deudor, reconoce que en virtud de esta confesion adquiere el acreedor el derecho ejecutivo, aunque se hayan pasado los diez años primeros de la fecha del vale cuando se hizo, fundando esta diferencia en que cuando interviene la confesion del deudor nada hay que impida la ejecucion de aquello que verdaderamente se está debiendo, aunque hayan pasado los diez años, como rectamente lo prueban Gutierrez y Vela.

77. El reconocimiento del vale envuelve en sí la confesion virtual de la deuda, pues á no ser así no dispondria la ley se despachase ejecucion en su virtud. Esto así supuesto, no es admisible que la confesion espresa produzca el derecho de ejecutar aunque hayan pasado los diez años, y se niegue esta virtud á la confesion virtual despues de dicho tiempo, que implícitamente se contiene en el reconocimiento del vale.

78. Mas claro, tan ejecutiva es la confesion virtual y tácita dentro de los diez años, como la espresa, con que pasados los diez años, ó han de conservar la misma virtud ó la han de perder.

79. La causa por qué opina el señor Olea que cuando se pide el reconocimiento despues de los diez años no nace el derecho ejecutivo, es porque se presume prescripta, la deuda, sin embargo de que la fecha del vale escluye esta presuncion no habiendo transcurrido el tiempo de veinte años desde la fecha al reconocimiento; y como por otra parte la ley igualmente atribuía la virtud de producir el derecho ejecutivo al reconocimiento del vale, que á la confesion de la deuda, si por la de esta hecha pasados los diez años nace el derecho ejecutivo, con igual razon ha de nacer el mismo derecho ejecutivo del reconocimiento hecho despues de los diez años.

80. Es arbitraria y destituida de todo fundamento la suposicion de que la confesion de la deuda junta con el reconocimiento del vale haya de ser mas eficaz que este, pues la ley 5, citada, que atribuyó el derecho ejecutivo á estas dos especies de instrumentos, habló de cada uno disyuntivamente y con separacion, suponiendo que en el caso del reconocimiento no

era necesaria la confesion, y que cuando esta intervenia no se necesitaba que mediase el del vale, queriendo que la confesion obrase cuando no habia vale á que referirse, y el reconocimiento cuando precedia este.

81. Queda, pues, manifestado que la distincion ó subdivision que hace el señor Olea entre el caso del reconocimiento hecho simplemente del vale pasado el primer decenio, de cuando el mismo reconocimiento va acompañado de la confesion de la deuda, es manifestamente arbitraria é infundada, y envuelve la contradiccion que se ha notado.

82. Lo mismo que se ha dicho del reconocimiento judicial, hecho despues del primer decenio, debe decirse por igual razon del caso en que el instrumento privado pasados los diez años se reduce á público por voluntad de las partes, pues empezará á correr la prescripcion desde el día de la fecha de la escritura, como lo afirma Gutierrez en el lib. 3 de sus prácticas, cuestion 33, número 12, y Vela en el número 73 de la disertacion 26.

83. Aunque el Olea contrae y limita esta doctrina en el número 91 al caso en que la escritura privada se haya reducido á pública dentro del primer decenio, en cuyo caso afirma que ninguno que ame la verdad podrá negarlo.

84. De lo dicho hasta aqui se convence que los fundamentos con que intenta apoyar su distincion el señor Olea no persuaden y prueban su intento, y cuando mas podria su doctrina ser conducente para la formacion de una nueva ley en la materia, pero no para la esposicion de la que ya está formada.

85. Febrero en su Librería de escribanos, libro 3, cap. 2, párrafo 4, número 217, refiere la distincion que hace el señor Olea, y en el número 219 la aprueba y se conforma con ella, por lo que la opinion de este autor queda sujeta á la impugnacion que se ha hecho de la del señor Olea.

86. Antes de formar un epílogo de la sólida y verdadera doctrina que debe regir en materia de conocimientos reconocidos y de confesiones hechas ante juez competente, acerca de cuando nace, y por cuánto tiempo dura el derecho ejecutivo, me ha parecido conveniente referir las varias opiniones de algunos autores que mas particularmente se han detenido á examinar estos puntos.

87. Parladorio en el lib. 4, cap. 1 *rerum cotidianarum*, párrafo 13, número 11, se propone la cuestion de si pasado el decenio de la obligacion el acreedor pide que el deudor jure si es cierto lo que en el instrumento se contiene, y resuelve distinguiendo del modo siguiente. O está ya prescripto el derecho de ejecucion y la accion personal por el transcurso de veinte años, y entonces opina que no se puede obligar al acreedor contra su voluntad á prestar dicho juramento, y cita en comprobacion de la ley *in contractibus*, párrafo *illo*, C. *de non numerata pecunia*, ó solo se prescribió el derecho ejecutivo, pero no la accion personal, y en tal caso opina que se puede obligar á prestar el juramento. Y entonces dice se ha de entender al modo con que confiesa, porque si la confesion es pura y simple se tendrá por confeso, y tendrá lugar la ejecucion, y cita la ley *si duo*, párrafo *idem*, ff. *de jurejurando*; pero si reconoce el instrumento y afirma que ya habia pagado, opina que nada le perjudica la confesion aunque no pruebe el pago, dando por razon que teniendo á su favor la

presuncion de la ley por el transcurso del decenio no le debe perjudicar, ademas de que ni tampoco tal confesion produciria ejecucion, y cita la ley 8, tít. 3, Partida 3.

88. En esta esposicion de Parladorio se echa de ver que supone puede prescribirse el derecho ejecutivo antes de haberse hecho el reconocimien- to. Tampoco la ley que cita de la Partida impide absolutamente la pro- secucion de la causa, sino que únicamente la suspende hasta haber pro- bado la solucion de la deuda ó promesa de no pedirla el acreedor, lo que se halla confirmado por la ley 4, tít. 17, lib. 3 del Ordenamiento Real que es la 1, tít. 17, lib. 11 de la Novísima, cuya ley comentando Pedro Avendaño en el título de las escepciones, núm. 15, dice que no basta alegar la escepcion, sino que se debe probar en el término de los diez dias: *ibi et non omittatur unum, quod faeta allegatione dictarum, excep- tis nunc probatio debet fieri intra decem dies, ut probat litera ibi*, salvo si fasta diez dias.

89. Acevedo en el Comentarto á la presente ley al núm. 7, suscita la duda de cuándo empieza á correr el decenio para prescribir en las es- crituras privadas, en la suposicion que ya se haya cumplido el dia de la obligacion de pagar; y en el núm. 10 se propone sostener que el decenio para prescribir en las escrituras privadas empieza á correr desde el dia en que se celebró el contrato, y debia empezar ó hacerse el pago, y se funda en que de otro modo se seguiria que una escritura privada era de mejor condicior que un instrumento cuarenticio celebrado ante escribano público; es asi que el derecho ejecutivo que nace de un instrumento cua- renticio empieza á correr desde el dia en que se debió hacer el pago; luego lo mismo debe decirse del derecho ejecutivo contra la escritura privada.

90. Pretende aun que se seguiria un grande absurdo, porque si ha- biendo transcurrido veinte años despues de haberse verificado el dia de la paga se reconociese un instrumento privado, desde entonces deberian em- pezar á correr los diez años para prescribir el derecho ejecutivo. Y asi se verificaria que prescripta ya la accion personal empezaba á correr el de- recho ejecutivo, y en el número 14 afirma que lo que ha dicho del dere- cho ejecutivo que resulta de la escritura privada en cuanto á que si el re- conocimiento se hace dentro de los diez primeros años, se ha de retrotraer al tiempo del contrato y de la obligacion, y lo mismo debe observarse en la confesion hecha de la deuda, la que deberá retrotraerse al tiempo de la obligacion.

91. Esta doctrina de Acevedo claudica en varios puntos, á saber: en que el reconocimiento de la escritura privada de que nace el derecho eje- cutivo hecho dentro de los diez años primeros retrotrae dicho derecho al tiempo en que principió la obligacion, de forma que si el reconocimiento se hizo á los nueve años de celebrado el contrato, el derecho ejecutivo du- rarà solo un año, al fin del cual deberá tenerse por prescrito: segun- do, que el reconocimiento hecho despues de los diez primeros años de la obligacion no produce el derecho ejecutivo, porque de lo contrario se po- dria verificar que prescripta ya la accion personal por el transcurso de vein- te años naciese el derecho ejecutivo: tercero, que lo mismo que ha dicho del reconocimiento debe aplicarse al caso de la confesion.

92. No es cierto lo primero, porque la disposicion de la ley de que

nazca el derecho ejecutivo del reconocimiento es en odio del deudor, y beneficio del acreedor, como lo advierte Gutierrez en el lib. 3, cuést. 35, número 9 de sus varias, impugnando esta opinion de Acevedo, y entonces se verificaria lo contrario con la retroaccion, pues esta privaria del espacio de los diez años que le da la ley al acreedor para usar del derecho ejecutivo, y favorecia al deudor abreviándole el término de poder ser ejecutado.

93. Otra razon hay todavia mas convincente, y es que el mismo efecto produce el conocimiento reconocido que la escritura privada reducida á pública; es asi que la escritura privada reducida á pública no solo produce el derecho ejecutivo, sino que empieza á correr este desde la fecha de la escritura, y dura por espacio de diez años, como lo afirma el señor Olea en el lugar ya citado, á quien sigue tambien Febrero en el lib. 3, capítulo 2, párrafo 4, número 217, con que lo mismo se ha de decir que sucede en virtud del reconocimiento del vale.

94. Todavía se esfuerza mas este mismo argumento. Si una obligacion simple se reduce á escritura privada, el deudor que habia empezado á prescribir la obligacion pierde todo el tiempo que llevaba de la prescripcion, segun espresamente se dispone en la ley 29, tit. 29 de la Partida 3. Véanse sus palabras: «otro si decimos que si un home fuese debdor de otro, por razon de alguna cosa que le oviese á dar, é aquel á quien la debiese, estuviese tanto tiempo quel non demandase el debido, que el otro lo comenzase á ganar por tiempo; si despues desto renovase el debdor la debda que debiese haciendo carta nuevamente..... despues que lo comenzó á ganar; destajase, é perdiese porende el tiempo porque la ganava contra el. Eso mismo seria, si el señor del debdo gelo demandase delante de amigos ó de avenidores»; con que si en el caso de que habla la ley no se admite retraccion, sino que enteramente se estingue y acaba el tiempo que habia empezado á correr para la prescripcion, con igual razon debe decirse que ha de suceder lo mismo, tanto en el caso en que el vale ó escritura privada se reduce á pública, como cuando el vale es reconocido por el deudor, pues en uno y otro caso confiesa Acevedo que nace el derecho ejecutivo.

95. Tambien se hace dificil de comprender que naciendo del reconocimiento el derecho ejecutivo, no se haya de interrumpir la prescripcion que empezó á correr contra este, pues seguramente interrumpe la posesion en que estaba el deudor, y la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, segun la ley 65 de Toro. La otra ilacion de Acevedo, de que seria de mejor condicion la escritura privada que la pública, es manifestamente desatendible, como he probado arriba, impugnando al señor Larrea, y lo convence Gomez en dicha cuestion 35, número 9, y á la verdad no se comprende como la escritura privada, que por sí sola no produce el derecho ejecutivo, sino auxiliada del reconocimiento, ha de ser de mejor condicion y eficacia que la pública, que en el instante de su existencia hace nacer el derecho ejecutivo.

96. Tampoco se verificaria el absurdo que se pretende de que si despues de pasados los veinte años se pidiese é hiciese el reconocimiento del vale, se verificaria que despues de prescripta la accion personal, empezaba á correr el derecho ejecutivo, porque la prescripcion de la accion personal no se presume por el transcurso de veinte años si no se prueba

la buena fé del deudor, lo que se hace muy difícil, porque de un hecho propio ó de su omision no se presume ignorancia, y así dice Villadiego en el capítulo 2 de su política, número 28, que la cédula ó vale reconocido se debe reputar aunque no tenga fecha del día, mes y año, citando en su comprobacion la ley 4 y 5, del tít. 28, lib. 11 de la Novísima y lo mismo afirma Vela en la disertacion 26, número 24, apoyado en la ley 1, párrafo *debitum*, ff. de *constituta pecunia*, y no teniendo fecha el instrumento mal puede conocerse si ha pasado ó no el tiempo necesario para la prescripcion, la que como se ha dicho, no se presume si no se prueba por la razon indicada.

97. Todavía es mas improbable y espuesto á mayores dificultades lo que afirma de que la doctrina que habia dado acerca del conocimiento reconocido debe entenderse de la confesion de la deuda, pues cuando la confesion de la deuda es simple y pura sin añadir ninguna otra cualidad ó circunstancia, no solo nace el derecho ejecutivo dentro de los diez primeros años de la celebracion del contrato sin retrotraerse al tiempo de la obligacion, sino que produce igualmente el derecho ejecutivo aunque hayan transcurrido los veinte años que señalan para la prescripcion de la accion personal, y la razon es incontestable, porque si el deudor confiesa la deuda, manifiesta que ni la ha satisfecho ni la ha prescripto, y no habiéndose verificado ninguno de estos extremos permanece la obligacion natural, la que manifestada por medio de la confesion hace nacer el derecho ejecutivo, segun la ley 4 del tít. 17, lib. 11 de la Novísima, y Vela en la disertacion 26, número 64, sobre cuyo punto merece verse la disertacion 24 de Vela, en donde latamente examina las dudas que pueden suscitarse en esta materia.

98. Gutierrez en el tít. 3 de sus prácticas, cuestion 36, resuelve que cuando consta que está prescripta la accion personal por el transcurso de veinte años el reconocimiento del instrumento privado no produce mérito para la via ejecutiva; pero si el reconocimiento se hace dentro de los veinte años hay mérito para la ejecucion, la que no pudo prescribirse antes del reconocimiento, que si el deudor confiesa la deuda aun despues de haber pasado el tiempo suficiente para prescribirla, tendrá lugar la ejecucion en virtud de la confesion, segun la ley 4, tít. 28, lib. 11 de la Novísima.

99. En el número 6 dice que si se pide al deudor que reconozca el instrumento tiene obligacion de hacerlo, confesándolo ó negándolo, y si en el reconocimiento añade que ha satisfecho la deuda, no le perjudicará la confesion, aunque no acredite el pago, si el derecho ejecutivo del instrumento público está ya prescripto, dando por razon de que tiene á su favor la presuncion de la ley por el transcurso del decenio, y que otra cosa seria si pura y simplemente confesara la deuda, en lo que dice está conforme Parladorio en el número 14 del párrafo décimotercio citado.

100. Esta doctrina tiene contra sí que pidiéndose al deudor el reconocimiento del instrumento no debe admitírsele la escepcion de pago, y de consiguiente el reconocimiento del instrumento producirá la ejecucion, segun la doctrina sentada por el mismo Gutierrez, de que el reconocimiento del instrumento antes ó despues de los diez primeros años de la obligacion produce el derecho ejecutivo.

101. Continúa Gutierrez refiriendo y conformándose con la doctrina

de Parladorio, que si simplemente y sin cualidad alguna confiesa, se tendrá por juzgado, en cuyo caso afirma que Acevedo sigue la opinion negativa. Prosigue Gutierrez diciendo que aun cuando se trate de la prescripcion del derecho ejecutivo, y no de la deuda, antes bien estando ya prescripta ésta, si el deudor con juramento ó sin él confiesa en juicio simplemente que debe, se tiene por confeso y ha lugar á la ejecucion.

102. Lo contrario quiere que se haya de decir si simplemente reconoce el instrumento sin confesar la deuda, y alega que está prescripto el derecho ejecutivo ó que ya ha satisfecho, ó no alegando esto simplemente reconoce que hizo el instrumento; en tal caso no ha lugar á la ejecucion con tal que no confiese la deuda, porque el reconocimiento del instrumento se refiere al mismo, cuyo derecho ejecutivo está ya prescripto.

103. En esta esposicion manifestamente se ve la oposicion que hay contra la doctrina que antes habia sentado en el número 1, en donde afirma que si dentro de los veinte años del dia de la obligacion reconoce el deudor el instrumento, que tiene lugar la ejecucion, dando por razon que no puede prescribirse la via ó derecho ejecutivo, por no haber principiado antes el reconocimiento, y en el caso de que habla en el número 8 sienta que si simplemente confiesa que ha hecho el instrumento sin confesar la deuda, y alega que está prescripto el derecho ejecutivo, entonces dice que no procede la ejecucion por el reconocimiento del instrumento, con tal que no confiese al mismo tiempo la deuda.

104. Si del reconocimiento reconoce que nace el derecho ejecutivo dentro de los veinte años de la obligacion en el número 1, y que no puede prescribirse este derecho antes de haber nacido por medio del reconocimiento; ¿cómo no ha de ser una manifiesta contradiccion decir en el número 8 que si el deudor simplemente reconoce el instrumento sin confesar la deuda, no debe producir ejecucion semejante reconocimiento del instrumento, dando por razon que el reconocimiento del instrumento en tal caso se refiere al mismo instrumento, cuyo derecho ejecutivo está ya prescripto? Si del reconocimiento nace el derecho ejecutivo, segun los principios de este autor, ¿cómo ha de ser componible que antes del reconocimiento se hubiera prescripto un derecho que aun no habia nacido? Por lo que con razon sienta en el número 3 de la cuestion 33, número 3, que la prescripcion del derecho de ejecutar en la escritura privada no empieza á correr antes del reconocimiento, dando por razon en el número 6 que no podia prescribirse la via ejecutiva, cuyo derecho no empezó á competir ni nació antes del reconocimiento, y por lo tanto lo que no existe no puede prescribirse.

105. Vela en la disertacion 26 sigue en todo la opinion de Gutierrez en cuanto á que el reconocimiento se puede hacer, no solo dentro de los diez primeros años, sino en los diez años subsiguientes, y que en uno y otro caso no se retrae el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento al dia de la obligacion del contrato, y dicho derecho ejecutivo permanece por el tiempo de los diez años; pero no incurre en todas las inconsecuencias que quedan notadas en Gutierrez, aunque se advierte en él que en el número 45 afirma que el reconocimiento hecho despues de los veinte años de nacida la accion personal no produce el derecho ejecutivo por estar ya prescripta la accion, dando por razon que la cualidad sin sugeto no puede

existir, y como el mismo habia dejado ya dicho al número 24 que el vale una vez reconocido producía el derecho ejecutivo, aun cuando no tuviese fecha ni constase del día, mes y año de su otorgamiento, y alega en su comprobación la ley 4, párrafo 8, ff. *de pecunia constituta*, donde dice Ulpiano que el que por una acción honoraria no esté obligado por derecho civil, *constituendo tenetur*, que es decir que habiéndose convenido con un acreedor á pagarle á cierto plazo queda obligado sin otro requisito; de que se deduce que si del reconocimiento de un vale que no tiene fecha admite que nace el derecho ejecutivo, no constando si han pasado ó no los veinte años desde la celebración del contrato, no parece hay razón suficiente para que niegue al reconocimiento de un vale despues de pasados los veinte años de su otorgamiento la virtud de producir el derecho ejecutivo, pues así como en el primer caso tendrá el deudor que acreditar en el término encargado de la ley la fecha del otorgamiento del vale, del mismo modo deberá en el segundo probar que se ha verificado la prescripción, lo que todavía es mas difícil, porque debe hacer constar la buena fé de parte del mismo, la que no se presume acerca de un hecho propio.

406. Epilogando de la variedad de las opiniones de estos autores y de otros que lo siguen la verdadera y sólida doctrina que debe regir en esta materia, digo que así como del otorgamiento de la escritura pública nace el derecho ejecutivo, del mismo modo se produce del reconocimiento del vale ó escritura privada ante el juez competente, y de la confesión hecha en juicio, ley 44 tit. 28, lib. 4 de la Novísima, que el derecho ejecutivo nace del reconocimiento: bien sea que este se haya verificado dentro de los diez primeros años del vale, ó despues de dicho tiempo, y otro tanto sucede en la confesión; que el derecho ejecutivo que nace en los dos expresados casos de reconocimiento y confesión no se retrotrae al tiempo del otorgamiento del vale ó principio de la obligación, sino que empieza á correr desde el reconocimiento y confesión, y dura por el espacio de diez años, segun la disposición de la presente ley, á no ser que la obligación sea condicional, que entonces no tendrá efecto hasta que se haya verificado la condición; que la confesión simple y pura hecha de la deuda produce el derecho ejecutivo en cualquier tiempo que se haga, aun cuando haya pasado muchos mas años de veinte desde el principio de la obligación, y es la razón porque por ella confiesa el deudor que debe lo que se obligó á pagar y de consiguiente reconoce que está viva por lo menos la obligación natural, y por lo tanto está obligado en conciencia á satisfacerla, como lo afirma Vela en la disertación 26, número 64, y en la disertación 8, número 12, y aun el mismo Acevedo, que no admite que de la confesión de la deuda hecha despues de pasados los veinte años que se señalan para la prescripción de la acción personal nazca obligación, reconoce en el Comentario á esta ley, número 52 y siguientes, que sin embargo de que por la ley 40 del tit. 44, libro 10 de la Novísima se entiende prescripto el derecho del boticario y criado para pedir el precio de la medicina y el salario, por el transcurso de tres años, admite que si despues de este tiempo por la confesión del deudor consta que no está satisfecha la deuda podrá procederse á precisarlo al pago, infiriendo que lo mismo debe observarse en la disposición de la ley 4, tit. 22, libro 10 de la Novísima, que previene que los bienes mostrencos que no se reclamaren por sus dueños dentro de un año

y dos meses pertenezcan al que los encontró, sin que al dueño le quede accion para repetirlo.

107. Debe tenerse presente en esta materia que las escepciones que espresa la ley 3, tít. 28 libro 4 de Novísima, que impiden la ejecucion, como son paga del deudor etc., no suspenden el juicio ejecutivo solo por el hecho de alegarlas, sino que es necesario probarlas en los diez dias que concede la ley, como así lo reconocen Pedro Avendaño en el título de las escepciones, número 51, y mas particularmente Febrero en el juicio ejecutivo, lib. 3, cap. 2, párrafo 1, número 23, donde hablando del caso en que el deudor reconoce el vale, pero niega la deuda esponiendo que está pagada, dice: «que se ha de despachar la ejecucion sin embargo de la escepcion, y se funda en que por el mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber contraído el débito, recibido el dinero, y quedado obligado natural y civilmente á su solucion, y que por consiguiente es maliciosa la escepcion, y el hallarse en poder del acreedor acreditada que no se lo satisfizo ni este se lo remitió, pues de lo contrario lo hubiera recojido, ó algun resguardo en que esto constase, y así debe justificar la escepcion en el término legal para enervar la invencion del acreedor, y cita á Gutierrez en el lib. 4 de sus prácticas, cuestion 124, número 3.»

108. Si esta doctrina rige en el caso del reconocimiento del vale, con igual ó mayor razon deberá decirse otro tanto en la confesion de la deuda, cualquiera que sea la escepcion que se alegue, bien sea de no pedirla ó de haberla satisfecho; por lo que tengo y considero por inútil la distincion absoluta y simple, y la cualificada en que distingue cuando la cualidad es coetánea al acto de la obligacion ó posterior á él, porque en uno y otro caso debe probar la cualidad en el término de los diez dias.

109. Tambien se convence que es arbitraria la diferencia que supone de que la cualidad sea coetánea á la obligacion, para impedir la ejecucion de cuando no lo sea para que no se suspenda; pues no puede dudarse que la escepcion de pago no es coetánea, sino posterior á la obligacion, y sin embargo la numera la ley 1 citada entre las escepciones que impiden la ejecucion, lo que debe entenderse como queda manifestado cuando se ha probado en el término de los diez dias.

110. Tambien conviene advertir que la prescripcion del derecho ejecutivo no requiere que intervenga en ella la buena fé del deudor, á causa de que por ella no se prescribe la deuda, sino únicamente el medio ó modo de pedir su satisfaccion, quedándole al acreedor espedita la via ordinaria para solicitar su pago, en cuyo caso debe necesariamente intervenir la buena fé del deudor para privar al acreedor del derecho que le compete para solicitar el pago de su crédito por la via ordinaria, sin que por el transcurso de los veinte años se presuma prescripta la obligacion ni la buena fé del deudor, no obstante que el señor Covarrubias en la parte 2 del cap. *possesor. de regulis juris* in 6, párrafo 8, número 3, afirma que en caso de duda, pasado el término señalado para la prescripcion, se presume verificada esta y tambien la buena fé, sin necesidad de que la alegue y pruebe el que ha poseído por el término señalado por la ley, á no ser que el acreedor pruebe la mala fé del deudor, cuya doctrina sigue Pichler, lib. 2, tít. 26, decretales número 38.

111. Digo, pues, que sin embargo de la opinion de estos autores,

debe sostenerse que en el caso del reconocimiento del vale no es admisible la presuncion de la buena fé del deudor, antes bien por el contrario obra contra él la presuncion de que no la ha tenido, como se manifesta al capítulo 41 *de rescriptis*, en que habiéndose quejado al Pontífice Gregorio IX uno de que su obispo le habia escomulgado sin guardar las formalidades que prevenia el concilio general, le manda al obispo que siendo cierto lo que se esponia absolviese al escomulgado, no pudiendo tener duda de lo que habia sucedido tratándose de un hecho propio, *ibi quidem facto suo certus esse debet*.

412. Si, pues, en el reconocimiento del vale se trata igualmente de un hecho propio, esto es, de haber contraido la obligacion, ¿cómo se ha de presumir en el mismo la buena fé de creer que ya la habia satisfecho ó se le habia relevado de ella? Si de un hecho propio debe de estar uno cierto, segun la expresion del capítulo canónico, ¿cómo se ha de presumir que no tiene certeza de que pagó el mismo que debió ejecutar el pago? por lo que debe decirse que la doctrina del señor Covarrubias podrá regir y será admisible en otros casos en que no se trate de prescribirse un hecho propio.

413. Corroborar la doctrina que acabo de proponer la ley última, C. *unde vi*, en donde resolvió el emperador Cenon, el que toma la cosa ó posesion agena por propia autoridad se debe considerar como ladron, fundando en que seria una cosa ridicula el decir ó que se oyese que por ignorancia habia ocupado alguno una cosa agena como propia, porque todos deben saber que lo que no es suyo pertenece á otro Si el deudor de una obligacion en realidad recibe una cosa agena que le consta pertenece á otro ¿cómo se ha de presumir en él la buena fé de tenerla por suya debiendo saber que no la ha satisfecho porque de un hecho propio la ignorancia se presume afectada?

414. No se aparta de este modo de opinar el mismo señor Covarrubias, quien en el número siguiente del lugar citado espresamente afirma que se presume mala fé en aquel que al principio ocupó por autoridad propia alguna cosa, aunque no estuviera poseida por otro, y cita en corroboracion la espresada ley última del código, pues si el deudor al principio se verifica que tomó una cosa agena con consentimiento de su dueño para volvérsela á cierto tiempo, lo que debe saber que no ha ejecutado, tan lejos está de que se presuma á su favor, que antes bien debe suponerse lo contrario, que la tiene mala.

415. Lo que se ha dicho de la escepcion de pago hecho al tiempo del reconocimiento del vale con mayor razon debe decirse de la confesion de la deuda, bien sea la cualidad separable ó inseparable que llama Vela dividua ó individua en el número 37 de la disertacion 24 y es la razon, porque supuesto como se ha indicado arriba que la escepcion de pago no suspende la ejecucion sino se prueba en el término de la ley, ninguna diferencia debe haber entre el caso en que la confesion vaya acompañada de una escepcion separable de ella ó inseparable, coetánea ó no coetánea que son las expresiones de que se vale Vela en la disertacion 24 citada; y en prueba de esta verdad estan las palabras de la ley 4, título 28 del libro 14 de la Novísima que vulgarmente se conoce por la ley de Toledo, en que tratando de la forma en que se han de probar las escepciones en el juicio ejecutivo dice asi: « no seyendo legítimas cualesquier es-

escepciones que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas, y que las justicias no dejen de lo así hacer y cumplir por paga ó escepcion que los dichos deudores aleguen, salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga por legítima escepcion..... por otra tal escritura como fue el contrato de deuda ó por albalá que haga fé, ó por confesion de la parte etc.» por las que se ve que la ley no hace diferencia alguna entre las escepciones con que acompaña el reo su confesion, bien sean coetáneas é individuas á la obligacion, ó posteriores y separables de ella, y lo mismo se establece en la ley 12 del espresado título, en que poniéndose específica y circunstanciadamente la forma de proceder en los juicios ejecutivos, dispone que si el reo alegare escepcion legítima conforme á la ley 3 y 4, de este título, corran los diez dias de la oposicion.

416. Estas repetidas disposiciones convencen que las escepciones que se alegan en los juicios ejecutivos, bien provengan de instrumento cuarenticio de conocimiento reconocido, ó de confesion de la parte, no suspenden el juicio ejecutivo, sino únicamente se limitan á que en virtud de ellas se concedan á las partes los diez dias que se señalan por las leyes 1 y 12 citadas para probar las escepciones que se alegan, y no acreditándolas continúa la ejecucion.

417. Habiendo espuesto la causa de que dimana el derecho ejecutivo, el tiempo en que empieza ó á que debe referirse, y el de su duracion, en que está comprendida la primera parte de la presente ley, que ordena que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años en la obligacion personal, resta entrar á examinar si el derecho ejecutivo y su duracion debe estenderse á las demas obligaciones ó acciones que se comprenden en la segunda parte de la disposicion de la ley, por la que se establece que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos. Oprimido del peso que ofrece la verdadera inteligencia de esta disposicion, lei los principales autores nacionales que la comentan, y medité por mucho tiempo sus esposiciones, y no pude aquietarme con ellas, por lo que las referiré en particular y despues propondré mi opinion y la probaré, por cuyo medio se vendrá en conocimiento de los errores en que en mi concepto han incurrido los espositores, y podrá el juicioso lector elegir con conocimiento la opinion que le parezca mas fundada.

418. Suscitan nuestros autores la duda si el derecho ejecutivo y su duracion, de que habla la primer parte de la ley, deberá estenderse á las acciones de que habla la segunda y tercera parte de la misma, esto es, si en la accion personal y ejecutoria dada en juicio, en la hipotecaria y en la mixta de real y personal, deberá ser el derecho ejecutivo de mayor duracion que la que se le señala en la accion meramente personal.

419. Acevedo en la presente ley al número 3 y siguiente, y la curia filípica en la 2.^a parte de la via ejecutiva, párrafo 1, número 5, examinan esta duda, y afirman que el derecho de ejecutar por accion personal aunque sea hipotecaria y ejecutoriada en juicio y conste por cualquier otro instrumento, se prescribe por el término de diez años, que es decir, que la disposicion de la ley se ha de estender á las demas acciones que en ella se espresan, que es como se explica Acevedo.

420. Parladorio en el libro 1, *rerum quot.*, cap. 1, párrafo 14, número 10, es de la misma opinion, sin embargo de que Acevedo lo cita como

de contrario dictámen al suyo, y el mismo Parladorio afirma que todos los demas autores, esceptuando Antonio Gomez, son de la misma opinion.

121. Este en el núm. 2 en el Comentario á dicha ley, tratando de la inteligencia de las palabras de su segunda parte, propone tres modos ó sentidos con que pueden entenderse estas palabras: «la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos.» El primero es entendiéndose del caso en que habiendo sido deducida en juicio la accion personal, y dándose sentencia condenatoria en favor del actor ó acreedor, aquella primera accion ú obligacion personal dice que dura por veinte años, y el derecho de ejecutar que nace de ella por otros veinte. El segundo caso en que puede entenderse la misma disposicion es cuando la accion ú obligacion personal que nace de nuevo de la sentencia, y el derecho ejecutivo que produce la misma dura veinte años, cuyas dos esposiciones ó interpretaciones afirma que son verdaderas y jurídicas, fundándose en que por la sentencia no se destruye la primera accion personal, sino que nace otra de nuevo. El tercer caso que propone es cuando la accion y obligacion personal consta de algun instrumento público de escribano con cláusula cuarenticia, que entonces quiere que dicha accion y obligacion personal dure por veinte años, dando por razon que en tal caso la accion está junta y corroborada con el derecho de ejecutar.

122. Admira á la verdad que dirigiéndose los Comentarios de las leyes á declararlas, y facilitar su inteligencia á los que se proponen estudiarlas, pudiera hacerse una esposicion mas embrollada y confusa que la que acabo de referir de este autor, que es ciertamente el que mejor ha comentado la célebre coleccion de las leyes de Toro.

123. Como este autor no se ha detenido á manifestar las razones de su esposicion, se presenta Carlebal en el tomo 2 de *judiciis*, tit. 3, disputation 4, núm. 8, á esplicar la mente é intencion de Gomez, y proponiéndose defender su doctrina, dice, que en las primeras partes de la ley se dispone del derecho ejecutivo que nace de un instrumento cuarenticio, y en la segunda del mismo derecho ejecutivo que dimana de la sentencia dada en juicio sobre la accion personal, y de la misma personal accion, lo que afirma que advirtió Gomez en el Comentario á la ley mas claramente que otros autores, de que infiere al núm. 9, que debe desatenderse la sentencia de aquellos que interpretan la ley de Toro, pretendiendo que en su primera parte ordena que el derecho ejecutivo, bien provenga de instrumento ó de sentencia, se prescriba por el espacio de diez años, y que en la segunda parte quiere que la misma accion personal se prescriba por veinte años, denotando que en el último decenio permanece la accion sin el derecho ejecutivo, y que el espacio del primer decenio en que suponen dura el derecho ejecutivo añadido al posterior forme y complete el periodo de les veinte años.

124. Reprueba esta opinion como falsa, y á los varios autores que cita que la siguen, y sienta en el núm. 10 que prefiere la opinion de Gomez, que interpreta la ley de Toro plena y sencillamente, y conforme al claro y espedito sentido de las palabras sin violentar su letra, como dice lo han hecho los autores que se han apartado de su dictámen, conduciéndose por ambages ó rodeos, y caminos tortuosos, y á continuacion pasa á manifestar el camino recto natural acomodado á la letra de la ley, y refiere las palabras de la misma.

425. Dice esta: «que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos,» sobre cuyas palabras arguye de este modo.

426. Si solo se tratára de la prescripcion de la accion personal en dicha segunda parte de la ley contenida en este versículo: «y la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella etc.,» y no se dispusiera tambien de la prescripcion del derecho ejecutivo, procedente de una sentencia sobre accion personal, ¿á qué fin habia de hacer conmemoracion de la ejecutoria, habiéndola ya hecho al principio de la ley, de la prescripcion del derecho ejecutivo, proveniente de la accion personal? Todavía prosigue que no se puede negar que las palabras, «y la ejecutoria dada sobre ella,» ociosa y supérfluamente se habian añadido, y no solamente serian inútiles y supérfluas, sino perjudiciales, porque confundirian y harian del todo ambiguo y dudoso el sentido de la siguiente oracion: «se prescriba por veinte años, y no menos.» Si se hubiera de interpretar la ley, de forma que el tiempo de los veinte años se dividiera en dos decenios, uno en que se prescribiera la via ejecutiva, y el otro que prescribiera la accion añadido al primero. Hasta aqui Carlebal.

427. Prosigue el mismo autor su empeño en el núm. 11, y dice así: aquellas palabras «se prescriba por veinte años, y no menos» es una determinacion que se dirige á muchas cosas determinables, á saber, á los dos nombres substantivos precedentes: «la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella,» de que infiere que la determinacion de la ley debe determinar igualmente aquellos dos substantivos precedentes, dando por razon que seria incógruo é inoportuno que cuando las palabras se aplican á la accion se haya de entender de todo el tiempo de los veinte años, y cuando á la ejecutoria de solo el decenio, siendo así que los dos nombres de accion y ejecutoria están unidos por la cópula, la cual igualmente los junta, dando á entender que lo mismo se dispone de uno que del otro, y que están unidos. A esto se aumenta (prosigue dicho autor) que á los que entienden y esponen dicha ley en el sentido referido se les proporciona una diferencia muy oportuna y acomodada entre los derechos de ejecutar, porque el derecho de ejecutar que dimana de una accion personal contenido en un instrumento público y cuarenticio dura por diez años, y procediendo la sentencia sobre accion personal veinte, y de sentencia sobre accion real ó mixta treinta, segun se ha dicho arriba en el núm. 60, y segun el derecho comun, y lo que dicen los doctores que citó en el número 4, de que concluye que la esposicion que da Antonio Gomez y Pedro Barbosa á la ley es mas allegada á razon, y se debe seguir.

428. Habiendo referido las opiniones de estos autores, y reservándome hablar de las de otros en el progreso de este Comentario, paso á manifestar la verdadera y genuina esposicion de la presente ley.

429. Comprende esta tres partes. En la primera ordena que el derecho de ejecutar por accion personal se prescriba por diez años. En la segunda que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella no se prescriba por menos de veinte. En la tercera que en la obligacion donde haya hipoteca ó sea mixta de personal y real la deuda, no se prescriba por menos de treinta años. Por lo que hace á la primera parte queda ya suficientemente manifestado arriba que el derecho ejecutivo que dimana de

instrumento público, vale reconocido de orden judicial, ó confesion hecha en juicio, etc., se prescribe por el transcurso de diez años, que han de empezar á contarse desde el día en que el instrumento adquirió la virtud ejecutiva, como esiensamente queda espuesto ya.

430. En cuanto á la segunda parte de la ley no puede dudarse que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella deben durar por igual tiempo, pues hablando de una y otra copulativamente, la ley ordena que no se prescriban por menos de veinte años. La única dificultad que resulta en este punto es si en todo el período de los veinte años que la ley da de duracion á la ejecutoria conservará esta la virtud ejecutiva.

431. Ceñido y limitado á esta dificultad soy de sentir contra el dictámen de Acevedo, Parladorio y de otros autores que siguen á estos, que la ejecutoria conserva vivo y eficaz el derecho de ejecutar por todo el tiempo de su duracion, que es decir que ha de dejar de ser ejecutoria, ó ha de tener la virtud ejecutiva.

432. Las letras ejecutoriales, que segun el señor Salgado en la parte cuarta, cap. 1, núm. 39 de *regia protectione*, (son aquellas que vulgarmente se llaman carta ejecutoria), se forman despues de dada y consentida la sentencia, y son en realidad un instrumento público, hecho por el notario, en que se contiene la suma de los autos y del proceso, el que se entrega á la parte que ha obtenido sentencia favorable para que pida su ejecucion, y lo mismo espresan los autores á que se refiere. Tambien dice que las ejecutoriales no se diferencian del mandamiento ejecutivo; pero por costumbre se ha introducido que de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se formen las ejecutoriales; si, pues, las ejecutoriales ó ejecutorias es un instrumento público, formado por el notario ó escribano de la causa despues de pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, á fin de que la parte que ha obtenido en juicio pueda pedir que se lleve á ejecucion la sentencia, se sigue por una consecuencia legítima que la ejecutoria por su naturaleza y esencia lleva consigo la virtud ejecutiva, de forma que no pueda perderla ínterin que exista y permanezca la ejecutoria; es así que la ley quiere y ordena que no se prescriba esta por menos espacio que el de veinte años, con que por el mismo tiempo ha de permanecer ejecutoria.

433. Mas claro, ó la ejecutoria es lo mismo que la accion sobre que recae, ó una cosa distinta de ella; si lo primero habria sido escusado que la ley hubiera hecho mencion de ella, habiendo señalado á la accion el período de tiempo que por lo menos necesitaba para poderse prescribir, si lo segundo, esto es, si la ejecutoria es distinta de la accion sobre que recae, como es preciso confesar, es indispensable reconocer que su duracion ha de ser por igual tiempo que el de la accion sobre que ha recaído, señalándoles la ley á una y otra igual número de años para poderse prescribir.

434. Aunque Antonio Gomez es de dictámen que la ejecutoria dada sobre accion personal necesita por lo menos veinte años para que se prescriba su virtud ejecutiva, padece una notable equivocacion en afirmar como afirma que la accion personal sobre que ha recaído la ejecutoria dura por veinte años, y por otros tantos el derecho ejecutivo que nace de ella, de que vendria á resultar inferirse que la accion personal, en el caso que hubiera recaído sobre ella ejecutoria, habria de durar cuarenta años, ó

caso que solo durase veinte, la duracion de la ejecutoria habia de ser de cuarenta, pues de otro modo no podia verificarse que la accion personal durase veinte años, y otros veinte distintos de los primeros la ejecutoria; las palabras de Gomez son las siguientes: *quod si est actio personalis super quam fuit lata sententia condemnatoria in favorem creditoris, quod illa prima actio etc. obligatio personalis durat per viginti annos etc., jus exequendi, quod ex ea oritur per alios viginti.*

135. Tambien se equivoca este autor cuando espresando el segundo sentido que atribuye á la ley, reducido á que la accion y obligacion personal que nace de nuevo de la sentencia, y el derecho ejecutivo que produce la misma dura por veinte años, afirma que tanto la primera esposicion como la segunda son verdaderas, porque habiendo hecho ver que los veinte años que en la primera esposicion atribuye y dá de duracion á la accion y obligacion personal, en el primer sentido son distintos de los de la ejecutoria, no puede menos de estar en oposicion este sentido ó interpretacion con el segundo, en que admite la duracion de la accion personal por veinte años, y por otros tantos (sin espresar que sean distintos) los de la ejecutoria, y siendo opuestos y contrarios entre sí estos dos sentidos, es imposible que uno y otro sean verdaderos.

136. Todavía es mas arbitraria é infundada la tercera inteligencia ó esplicacion que pretende dar á la disposicion de la ley, contrayéndola á que la accion ú obligacion personal que está puesta ó inserta en un instrumento público de escribano con cláusula cuarenticia, la accion y obligacion dura por veinte años, dando por razon que en tal caso está junta y corroborada con el derecho de ejecutar. Aunque esta esplicacion es ambigua y confusa por la generalidad con que está concebida, procuraré indagar su verdadera inteligencia.

137. La esplicacion de Gomez puede tener uno de dos sentidos: el primero que la accion y obligacion personal cuando consta de un instrumento cuarenticio, dura ó necesita para prescribirse por lo menos veinte años, y en tal caso es manifestamente falsa, porque aun cuando la accion y obligacion personal no resulte de instrumento cuarenticio, su duracion se estiende á los veinte años, pues de lo contrario habria de decirse que la obligacion personal cuando nace de un papel simple no necesitaba para prescribirse por lo menos el periodo de veinte años, y de consiguiente todas las doctrinas que quedan arriba referidas acerca de si el reconocimiento del papel simple, hecho despues de los diez primeros años de la obligacion, producía ó no el derecho ejecutivo, porque si despues de este término estaba ya prescrita la accion, en vano era entrar á disputar si el reconocimiento de una obligacion prescrita producía ó no el derecho ejecutivo, y se contravenia clara y manifestamente á la adiccion que se hizo á la presente ley de Toro al tiempo de insertarla en la Recopilacion, en la que con referencia á la parte en que se disponia que la accion personal se prescribiese por el transcurso de veinte años, se ordena lo siguiente: «lo cual se guarde sin embargo de la ley del rey D. Alonso, nuestro progenitor, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.»

138. El segundo sentido que puede tener la esplicacion de Gomez es que el instrumento cuarenticio conserva la virtud ejecutiva por el transcurso de veinte años, y tambien es manifestamente falso, porque siendo el instrumento cuarenticio de la clase ó especie de los ejecutivos, está

comprendido en la primera parte de la disposicion de la ley que limita á diez años el derecho de ejecutar sin poner escepcion ninguna en contrario.

139. Véase ahora cuán equivocado estuvo Carlebal cuando en el número 9 y siguiente del lugar citado, refiriendo la esposicion que hicieron á la ley de Toro Diego del Castillo, Perez, Acevedo y Parladorio, afirma que se adhiere á la esposicion de Gomez, que es mas propia, natural y acomodada al claro y espedito sentido de las palabras, sin violentar su letra, como lo hacen los autores que se separan de dicho autor, pretendiendo por ambages y rodeos darle otra inteligencia.

140. Tampoco es cierta la opinion de Acevedo y de los que le siguen, porque en ella establece, como principio constante, que todo derecho de ejecutar se prescribe por el transcurso de diez años, lo que manifiestamente es falso, como se echa de ver en la ejecutoria, á quien no puede negársele la cualidad, ó mas bien la naturaleza de derecho de ejecutar, y sin embargo dura, ó no puede prescribirse por menos tiempo que el de veinte años, como espresa y literalmente lo dispone la ley, de que claramente se convence no es cierta la opinion que generalmente establece que el derecho de ejecutar se prescribe por el tiempo de diez años.

141. Nada aprovecha contra esto la esposicion que pretende dar á la ley Parladorio en el lib. 4, cap. 4, párrafo 14, núm. 10, *rer. quot.*, donde dice que la accion personal sobre que ha recaído la ejecutoria separada y sola se prescribe por veinte años, y la ejecutoria por diez, porque dicha esposicion envuelve y lleva consigo un gravísimo inconveniente, como voy á manifestar: supongamos que el que obtuvo á su favor la ejecutoria dejó pasar los diez primeros años sin haber pedido la ejecucion, y en tal caso se pregunta á Parladorio de qué medio deberá valerse el que consiguió la ejecutoria para pedir su crédito dentro de los diez años restantes, en que estinguida la ejecutoria dura la accion personal ordinaria segun su opinion, y es indispensable que responda que deberá usar de un juicio ordinario, pues el ejecutivo ya no podia tener lugar, por no existir la ejecutoria, y entonces se incurria en el gravísimo inconveniente, si acaso no debe mejor llamarse absurdo, de que despues de obtenida sentencia en un juicio ordinario se principiase otro de la misma especie y con lo misma accion.

142. En comprobacion de esta verdad está la ley 4, C. *quando provocare non est necesse*, en donde dispone el emperador Alejandro que la sentencia dada contra otra, de que no se apeló, no tiene autoridad alguna, de que claramente se deduce que obtenida la ejecutoria de una sentencia de que no se apeló era escusado volver á demandar en juicio la misma cosa, porque si la sentencia segunda era contraria á la primera nada aprovechaba, y si conforme, escusada é inútil, pues nada conseguia por ella sino lo que ya se le habia declarado pertenecerle. Lo mismo substancialmente se estableció por el emperador Diocleciano en la ley 5, C. *de re judicata*, en donde se dispone que la autoridad de la cosa juzgada no permite que se vuelva á instaurar de nuevo.

143. Siguiendo este mismo principio nuestro derecho real de las Partidas, se ordena en la ley 15, tit. 41 de la Partida 3, que si el pleito fuere librado por juicio de que no se alzase ninguna de las partes no se podria revocar por cartas ni por pruebas que fallase despues de nuevo, y mas concretamente en la ley 13, tit. 22 de la misma Partida se dispone:

«que si juicio fuese dado contra alguno de que ninguna de las partes no se alzasen é despues movieren aquellas mismas partes otra vez el pleito sobre aquella cosa misma, ó en aquella manera, é diesen otro juicio contra el primero, decimos que no vale el segundo;» lo que convence hasta la evidencia que obtenida ejecutoria en una causa, y prescripta esta por el transcurso de diez años, como pretende Parlatorio y los demas que se han citado arriba, era bien ocioso é inútil que permaneciese la accion personal ordinaria por otros diez años despues de prescripta la ejecutoria, si estinguida esta era inútil que demandase en juicio ordinario con la misma accion la cosa que ya se habia declarado pertenecerle, porque segun la ley citada si el segundo juicio era contrario al primero no debia valer, y si conforme, inútil y supérfluo.

144. Bien penetrado de la solidez de esta doctrina el señor Gregorio Lopez, comentando la ley 1.ª del tit. 27 de la Part. 3.ª, dice en la nota 5.ª que la ejecucion de la ejecutoria no se debe pedir en juicio ordinario sino por el oficio del juez ó por la accion *in factum judicata*, que siempre trae aparejada ejecucion, dando por razon que de este modo se evita que nazcan pleitos de los pleitos, y se consigue que la sentencia prontamente se lleve á ejecucion.

145. El señor Salgado, aunque de paso, trató de la esposicion de la presente ley en la parte que habla del derecho ejecutivo que nace de accion personal y de la ejecutoria dada sobre la misma, pero tuvo la desgracia de no proceder con el acierto que era de esperar de su mucha instruccion en la materia. En la parte cuarta, cap. 2.º, núm. 9.º de *regia protectione*, se esplica en estos términos: el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años, é igualmente el derecho ejecutivo que dimana de la cosa juzgada sobre accion personal junto con la misma se prescribe por veinte años. y á continuacion cita un largo catálogo de autores nacionales que supone dicen lo mismo; pero esceptuando Antonio Gomez, todos los demas opinan que la ejecutoria dada sobre accion personal solo dura el período de diez años.

146. Conviene notar aqui que este autor exige como condicior precisa para que el derecho ejecutivo que nace de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó de ejecutoria sobre accion personal, no puede prescribirse por menos tiempo que el de veinte años, que vaya acompañada á este junta con la misma accion personal, con lo que da á entender á mi parecer que el derecho ejecutivo ó ejecutoria dimanada de sentencia sobre accion personal podria alguna vez verificarse que estaba separado de ella, lo que á la verdad no es fácil de concebir, porque la sentencia no destruye la accion personal deducida en juicio, antes bien la declara, confirma y aprueba, naciendo de la sentencia la nueva accion *in factum judicata*, como observa Heineccio en el título de las instituciones *de officio judicis* en sus recitaciones, párrafo 1339.

147. El mismo señor Salgado en el núm. 50 del lugar citado, refiriendo una opinion de Valdés en las adiciones á Rodrigo Suarez, con relacion á la ejecutoria, afirma en un paréntesis (que esta dura por diez años, segun la ley 63 de Toro, y he dicho arriba). Aqui se ve que el derecho ejecutivo proveniente de ejecutoria sobre accion personal lo reduce y limita al período de diez años, siendo asi que antes lo habia estendido al de veinte. Si esta variacion proviene de inadvertencia, cometió un descuido, y si

la hizo arrepentido de su primer dictámen, incurrió en un error; sea lo que fuere, esto prueba el poco cuidado y atencion que merece á nuestros autores la verdadera inteligencia de las leyes reales, que mas parece las citan por erudicion que para instruccion de las materias que tratan cuando este mismo autor en el núm. 21 del lugar ya citado, tratando de conciliar una opinion de la Rota romana, que declaró que para prescribir el derecho ejecutivo eran necesarios diez y ocho años con el derecho comun que exige treinta, afirma que oprimido en gran manera con aquella dificultad, y meditando profundamente para vencerla, le costó sudar. Ciertamente que no hubiera estado menos bien empleado este trabajo en la esplicacion é inteligencia verdadera de la ley de Toro que en la decision de la Rota romana.

448. Tambien se echa de ver padeció equivocacion Acevedo y los autores que se han citado arriba de su misma opinion, cuando al núm. 3 de la ley 6, título 13, lib. 4 de la Recopilacion reduce y limita el tiempo de la ejecutoria dada sobre accion personal, hipotecaria y mixta de real y personal al tiempo de diez años, fundándose en el número 4, en que habiéndose establecido al principio de la ley que el derecho de ejecutar se prescribiese por el tiempo de diez años, esta disposicion se habia de entender como una máxima ó regla que se estendia á lo que despues se ordenaba á continuacion, sin advertir que cuando la ley dispone que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años, habla y se contrae al que proviene de accion personal, é igual limitacion hace cuando señala á la ejecutoria para su duracion el término de veinte años, contrayéndola á la que recae sobre accion personal; y como la accion hipotecaria ó mixta de real y personal participa de la naturaleza de la accion personal, de aqui es que la ejecutoria dada sobre accion hipotecaria ó mixta de real y personal debe durar el mismo período de tiempo de veinte años, por verificarse que recae sobre accion personal.

449. No sucede lo mismo en la ejecutoria que recae sobre accion real, pues no disponiendo acerca de este caso cosa alguna la ley, debe estarse á lo dispuesto por el derecho comun, y como por este derecho la ejecutoria no se prescribe por menos de treinta años, segun lo reconoce el mismo Acevedo en el núm. 4, dando por razon que el derecho ejecutivo se ejercia por el oficio del juez, el que duraba por espacio de treinta años, y cita en su comprobacion la ley 3, C. de *prescriptione triginta, vel quadraginta*, y con la autoridad de Antonio Gomez en la presente ley, y de Olano en la concordia de las antimonias *verbo: jus exequendi*, núms. 57 y 58. La misma verdad reconoce el señor Salgado en el núm. 24 del lugar citado arriba, donde advierte al lector que no se aparte de la regla del derecho comun que dicta que el derecho de ejecutar que proviene de la cosa juzgada y de sus ejecutoriales, ó de otra cosa, no se prescriba sino por el silencio de treinta años, y del mismo sentir son comunmente los autores regnicolas y estrangeros que hablan en la materia.

450. Tambien reflexiona dicho señor Salgado al núm. 12 del mismo lugar citado, con otros, y Parladorio en el lib. 4, *rerum quot.*, cap. 1, párrafo 13, núm. 10, que como la disposicion de la ley de Toro se limita al derecho de ejecutar que proviene de accion personal y sea correctoria, no debe ampliarse y estenderse á los casos no espresados en ella, y asi el derecho de ejecutar que provenga de accion real quedó intacto y bajo

las reglas del derecho comun, de forma que no se prescriba por menos de treinta años.

151. De aquí se infiere padeció tambien equivocacion Carlebal, cuando en el núm. 44 de la disputacion 4.^a ya citada, afirma que la ejecutoria sobre accion real ó mixta dura treinta años, segun la ley de Toro, porque como queda manifestado, la ejecutoria sobre accion mixta de real y personal está comprendida en la disposicion de dicha ley, en que señala á la ejecutoria dada sobre accion personal el tiempo de veinte años, y como la accion mista participa de la naturaleza de la accion personal, no puede menos de entenderse comprendida en su disposicion, y de consiguiente su duracion no debe ser de treinta, sino de veinte años.

152. En comprobacion de que la accion hipotecaria ó mixta de real y personal están comprendidas en la primera parte de la ley que dispone que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años, y en la segunda que la ejecutoria dada sobre accion personal dure por veinte, se ve que en la tercera parte solo se limita á señalar la duracion que ha de tener la obligacion hipotecaria ó la mixta de real y personal, sin hacer la mas mínima mencion del tiempo en que se habia de prescribir el derecho de ejecutar dimanado de estas acciones, cuyo silencio indica que lo dispuesto acerca de la duracion que habia de tener el derecho de ejecutar dimanado de accion personal debia estenderse y regir respecto de la accion hipotecaria y mixta de real y personal, porque como se ha dicho ya en estas dos especies de acciones se verifica que interviene accion personal, y por lo tanto debia tener lugar la misma regla.

153. En corroboracion de esta verdad obsérvese que el derecho de ejecutar en virtud de una escritura de censo en que haya hipoteca se prescribe por diez años el derecho de pedir las pensiones devengadas, como generalmente se observa en la práctica, y si la ley no comprendiera este caso deberia estenderse la duracion del derecho ejecutivo hasta treinta años, segun lo establecido por derecho comun; de que debe inferirse que si sobre un contrato censuario se siguiera un juicio ordinario y se ejecutoriase la sentencia á favor del censualista, el derecho de ejecutar, en virtud de dicha ejecutoria, deberia limitarse al período de veinte años, siendo así que por derecho romano se estendia á treinta.

154. En suma, toda la disposicion de la presente ley se reduce á estos cuatro puntos: que el derecho de ejecutar dimanado de accion personal se prescriba por diez años: que la accion personal dure por veinte: que la ejecutoria que recae sobre la misma tenga igual duracion; y que la obligacion hipotecaria y mixta de real y personal no se prescriba por menos de treinta años; de que se deduce que la presente ley fue correctoria del derecho civil en la parte que limitó el derecho de ejecutar por accion personal á diez años, y tambien lo fue en la que redujo la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella á veinte, como se manifiesta entre otras leyes por la 5, *C. quibus non objic: long. temp. prescrip.*, y dejó en su fuerza y vigor el período que se necesitaba por derecho civil para prescribir la accion hipotecaria y mixta de real y personal, que es el de treinta años, segun la ley *hereditatis*, *C. de petitione hereditatis*, y la 3, *C. in quibus causis cessat long. tempor. prescriptio*, y tambien puede reputarse correctoria del mismo derecho civil en la accion hipotecaria, la cual cuando la cosa hipotecaria estaba en poder del deudor ó sus here-

deros duraba por cuarenta años, segun la ley 7, *C. de prescriptione triginta vel quadraginta annorum*, con quien conviene la ley 27, tit. 29, Part. 3, á diferencia de cuando la cosa hipotecada ha pasado al tercer poseedor, que entonces basta la prescripcion de treinta años, y generalmente basta este periodo de tiempo para las prescripciones de todas las acciones, segun generalmente se establece en la ley 3, *C. de prescriptione triginta vel quadraginta annorum*, en que se comprenden las acciones reales para en caso de que baste para ellas la prescripcion *long. temp.*, sino que sea necesaria la de *longissimi*, como lo observa Cujacio al principio del Comentario de dicho título del Código, donde dice que donde no basta la prescripcion de largo tiempo sucede en su lugar la del muy largo, que es de treinta años.

155. Lo dicho tiene lugar y debe regir cuando se trata de prescribir un derecho, remedio ó accion para pedir y cobrar alguna deuda del que no tiene ni derecho ni título, porque si lo tuviese y posee la cosa agena con título y buena fé, entonces debe regir lo que se observa en la materia propia de las prescripciones usucapiones, como juiciosamente lo advierte Gomez al fin del Comentario de esta ley.

156. Continuando Parladorio la esposicion de esta ley afirma en el número 5 del párrafo 42 del lib. 1, cap. 4, que las pensiones ó prestaciones ánuas que provienen de estipulacion ó contrato, se prescriben por el transcurso de los diez primeros años, de forma que en ellas se estinga el derecho de ejecutar, no solo en cuanto á las devengadas sino en las que se devenguen en lo subcesivo, dando por razon que en el caso de que las pensiones ó prestaciones provienen de estipulacion ó contrato, asi como es una sola la obligacion, debe bastar para estinguirlas una prescripcion. Cita en corroboracion de su opinion algunos testos del derecho canónico y civil y tambien la autoridad de Gomez en el tomo 2, capítulo 11, número 44, de sus varias resoluciones.

157. Se hace cargo de que un glosador antiguo ultramontano llamado Martino es de opinion contraria, á quiea siguen algunos de los citramontanos, y despues de intentar evadir la decision de la ley 7, párrafo 4 y 6, *C. de prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, que está terminante en el asunto, concluye que su opinion es mas verdadera y está comunmente recibida; pero don Gonzalo de Paz, en la práctica eclesiástica y secular, tomo 1, parte cuarta, cap. 3, número 16, desmiente la asercion de Parladorio afirmando que siempre vió observarse en la práctica que aunque las pensiones devengadas despues de los diez años primeros se pudiesen por la via ordinaria, las que sucesivamente se devengaban se pedian por la via ejecutiva, y pretende que la especie de que trata Antonio Gomez es distinta y no se debe aplicar á los réditos anuales, que por tener un tracto sucesivo cada año empiezan á deberse, y á fin de precaver esta duda aconseja se use de la cautela que propone Cifuentes y Castillo en el Comentario á esta ley, verbo, *diez años*, que se reduce á que el deudor renuncie el derecho de prescribir pasados los diez años. La práctica que regia en este punto en tiempo de Paz la vemos continuamente repetida y observada en el presente, pidiéndose por la via ejecutiva las nueve pensiones y media últimas devengadas, quedando el acreedor en disposicion de hacer otro tanto para la sucesiva.

158. Comentando Cujacio la ley 7, *C. de prescriptione triginta vel qua-*

draginta annor., es de la misma opinion que Martino, dando por razon que las pensiones que se deben de estipulacion, legado ú otra causa cada año ó mes, el dia de la prescripcion empieza á contarse no desde el principio de la obligacion sino desde el dia en que se venza la pension; de forma que el que cesó por muy largo tiempo desde aquel dia pierde aquella pension por la prescripcion, pero no la del dia siguiente (que dice), es la decision del párrafo último de la espresada ley, bien entendida por Martino, sin hacer diferencia entre la estipulacion y legado, de manera que bien se deban las pensiones por legado ó estipulacion, cuantas sean las pensiones, otras tantas son tambien las acciones aunque sea una la estipulacion porque no nacen todas juntas y á un tiempo: hasta aqui Cujacio: Antonio Perez en el Comentario al título del C. de *prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, número 10 y siguiente, es de la misma opinion que el glosador Matienzo, é insinúa las mismas razones de Cujacio, siendo de advertir que Parladorio reconoce al número 7 del párrafo 13 que en los legados ánuos aunque pasen muchos años siempre tiene lugar la ejecucion por las pensiones de los nueve próximos años.

159. Por último, concerniente á este punto es de advertir que Febrero en la parte 2.^a, cap 4, párrafo 4, de la Librería de Escribanos, número 73, corrobora y confirma la práctica que supone Paz, y afirma que el derecho de ejecutar por las pensiones de censo solo se prescribe por las devengadas despues de los diez primeros años pero no para las que sucesivamente se vayan devengando y lo mismo repite en el tomo 3, lib. 3, cap. 2, párrafo 4 de los cinco juicios, núm. 215.

160. Es tambien duda concerniente á la inteligencia de la presente ley, si el instrumento para que traiga aparejada ejecucion ha de ir acompañado de la cláusula cuarenticia, ó bastaria que sea público otorgado por escribano numerario ó real. Esta duda la suscitó y resolvió Segura, afirmando que para pedir la ejecucion en virtud de un instrumento público era necesario fuese acompañado de la cláusula cuarenticia: esta cláusula segun Paz en el tomo 4, parte cuarta, cap. 4, número 10 de su práctica, se espresa con las siguientes palabras: «damos poder á todos y á cualesquier jueces y justicias ante quien la presente carta fuere presentada para que sobre lo contenido en la dicha carta hagan ejecucion en nuestras personas y bienes, así y tan cumplidamente como si contra nosotros fuese dada sentencia definitiva por juez competente y fuese por nosotros consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada.»

161. Rodrigo Suarez, en la exposicion de la ley *post. re judicata*, es de la misma opinion que Segura y tambien el señor Covarrubias en el lib. 2, cap. 11, número 3, de sus varias resoluciones, y pretende que la ley real que concede ó declara la virtud ejecutiva al instrumento público se ha de entender al uso de Italia y de todo el orbe cristiano, á causa de que todos los instrumentos públicos, segun Bartolo, llevan consigo la cláusula cuarenticia, y aunque reconoce que con razones y derechos se puede defender que la ley real concedió la virtud ejecutiva á los instrumentos públicos por el hecho de ser escrituras públicas, aunque no lleven la cláusula cuarenticia, esto no obstante afirma que está tan recibida en la frecuentísima práctica del foro su opinion, que ya no queda motivo alguno para dudar de ella.

162. En comprobacion de la misma alega la ley 4, tít. 28, lib. 4 de la

Novísima en que se hace alguna referencia á la ley real que trata de la ejecucion de los contratos cuarenticios (es la ley 2 del mismo título). De que infiere que como la ley real que habla de la ejecucion de los instrumentos se refiera á los contratos cuarenticios, se deduce manifestamente, y sin ninguna duda, que no tendrá lugar dicha ley en los contratos que no sean cuarenticios. Aunque esta explicacion del señor Covarrubias sea bastante confusa y oscura, como se deja conocer, lo que quiso dar á entender fue que la ley 5, habiendo dado ó declarado á los conocimientos reconocidos y á las confesiones hechas en juicio ó ante juez competente la virtud ejecutiva, ordena que las justicias las ejecuten conforme á la ley de Toledo, que habla sobre la ejecucion de los contratos cuarenticios, siendo así que la espresada ley de Toledo, que como se ha dicho, es la 2 del mismo título, solo hace mencion de cartas, contratos públicos y recaudos ciertos de obligaciones, sin usar de espresion alguna alusiva á cláusula cuarenticia.

163. Paz en el tomo 2, parte cuarta, cap. 4, núm 9 de su práctica, sigue en todo la opinion del señor Covarrubias, y cita por la contraria á Castillo Palacios Ruvios, Avendaño y Antonio Gomez en la ley 64 de Toro, número 4, donde despues de referir la opinion de Segura y Rodrigo Suarez, afirma que él es de contrario dictámen, y que el instrumento público en su tiempo tenía la virtud ejecutiva aunque no contuviera la cláusula cuarenticia, segun la ley 4, tít. 8, lib. 3 del Ordenamiento Real, y por la presente ley; y asegura que así se practicaba.

164. Conviene notar de paso que estos dos graves y respetables autores el señor Covarrubias y Antonio Gomez, que vivieron y escribían á un mismo tiempo, con corta diferencia, cada uno nos atestigua y asegura de una práctica contraria á la del otro, lo que conviene tener presente para estimar y graduar el poco aprecio y desconfianza que debe hacerse ó tener en las prácticas que nos aseguran los escritores en apoyo de su propio dictámen.

165. Colon en su instruccion de Escribanos en el tomo 1, lib. 2 del juicio ejecutivo, tratando de los recados que traen aparejada ejecucion, cuenta entre ellos la escritura pública otorgada con las solemnidades y requisitos en derecho necesarios, y añade aunque le falte la cláusula cuarenticia, dando por razon que así lo resuelve la ley 12, tít. 28, lib. 11 de la Novísima; pero advierte que lo mas seguro es poner en el instrumento dicha cláusula. En la ley que cita Colon se propuso declarar don Felipe II la forma que se debía tener y observar en las ejecuciones, y únicamente hace mencion de los contratos públicos y de otras escrituras que la traen aparejada, de que se infiere con bastante fundamento que el legislador tuvo por suficientes y bastantes para despachar la ejecucion los contratos meramente públicos sin llevar la cláusula cuarenticia, pues esta no les da la cualidad de públicos, antes bien la supone.

166. Febrero en el tomo 3, cap. 2, párrafo 1, número 2 del juicio ejecutivo, tratando de los instrumentos que traen aparejada ejecucion, numera el instrumento público ú auténtico que haga fé, sin espresar otra cualidad, y cita la ley 3 y 1 del espresado tít. 8, lib. 11 de la Novísima, y tambien á Parladorio en el libro 2, capítulo final, parte 1, párrafo 11, donde examina detenidamente este punto, citando por una y otra opinion varios autores, y responde á las razones del señor Covarrubias, y otras.

que se alegan en su favor; pero sin embargo, se aparta de su opinion y sostiene que la contraria está mas recibida y es mas comun.

167. Yo en esta duda tengo por mas fundada la opinion de los autores que acabo de referir, y en corroboracion de ella voy á hacer una reflexion que tengo por original en la materia por no haberla visto en ninguno de los autores que he tenido á la mano para formar este Comentario.

168. La cláusula cuarenticia, en realidad, no es otra cosa, como hemos visto por la descripcion que se ha hecho de ella, que una sentencia definitiva dada por juez competente, consentida por la parte y pasada en autoridad de cosa juzgada, que entre nosotros y por la ley de Toro se llama ejecutoria; es así que la ejecutoria por la espresada ley dura y conserva por veinte años la virtud ejecutiva, con que si el instrumento público para que sea ejecutivo ha de llevar la cláusula cuarenticia, ó lo que es lo mismo ha de tener la misma virtud que es la ejecutoria, su duracion deberá ser, no de diez años como espresa la ley, sino de veinte. Se confirma esto mismo con la doctrina de Parladorio en el lib. 2, cap. último, parte 1, párrafo 1 y 2, donde hablando de la virtud de la cosa juzgada, dice que es tan cierto que es ejecutiva, que lo ven y saben hasta los ciegos y esquiladores, y afirma que la sentencia se diferencia y distingue de la cosa juzgada como la causa del efecto, de que infiere que de la cosa juzgada nace una nueva accion, que por algunos se llama *in factum*.

169. Todavia ocurre otra duda acerca de la inteligencia de esta ley, que propone Gomez al fin de su Comentario, reducida á si por ella se ha abolido y ha cesado la perpetuidad de las acciones, y resuelve que si fundándose en que por derecho comun si el acreedor pide contra su deudor por la accion que le corresponde, se perpetúa por la contestacion del pleito, y con mayor razon por la sentencia, estendiéndose al tiempo de cuarenta años, como se dispone en la ley última, *C. de prescriptioe triginta vel quadraginta annor.*, y al presente por la ley de Toro no se perpetúa la accion sino que dura menos periodo de tiempo, esto es, de veinte años, lo que dice Gomez que debe entenderse quando se trata de prescribir un derecho, remedio ó accion para pedir una deuda que el acreedor tiene contra otro que no tiene derecho ni titulo, porque si lo tuviese y posee la cosa con titulo y buena fé, entonces debe regir lo dispuesto en la materia de prescripcion y usucapion, esto es, que se prescriba por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes.

170. Para la inteligencia de esta duda conviene recordar lo que indiqué al principio de este Comentario, á saber: que las acciones perpétuas se llaman así, no porque duran siempre, sino porque no se prescriben por menos tiempo de treinta años, ley 3, *C. de prescriptioe triginta vel quadraginta annor.*, y temporales se dicen aquellas cuya duracion no pasa de veinte años, ley única, *C. de usucapione transf.*

171. Parladorio trata esta duda en el lib. 1, cap. 1, párrafo 14, número 4, *rerum quotidianarum*, y distingue de este modo, si la accion personal fuere deducida en juicio, y este no se terminase, vuelve á distinguir si empezó el juicio por la citacion ó por la contestacion; si lo primero dice que se interrumpe la prescripcion, pero no se perpetúa la accion; pero si llegó á contestarse la demanda, no solo se interrumpe la

prescripcion, sino que se perpetúa la accion por otros cuarenta años, si en ellos no se hubiere concluido el pleito, y cita en comprobacion la espresada ley última C. *de prescript. triginta vel quadraginta annorum*, y sostiene que se engañó Gomez cuando opinó que por la ley de Toro creyó que se habia estinguido y derogado la perpetuidad de las acciones, fundándose en que no perpetuándose la accion por la cosa juzgada, segun dicha ley de Toro, mucho menos debia perpetuarse por la contestacion de la demanda, á que satisface Parladorio diciendo que no es legítima la ilacion, dando por razon que en el seguimiento del pleito pueden ocurrir muchos casos que retardan su prosecucion, segun dice que lo indica el Emperador en la enunciada ley del código, y por lo tanto era justo y debido que á la accion se le diera un tiempo mas largo de vida, pero en el caso de estar ya dada la sentencia y concluido el litigio, no hay ninguna impedimento que estorbe al actor hacer valer su derecho, y por lo tanto se reduce y minora en este caso la duracion y vida de la accion.

172. Esta diversidad y diferencia afirma que la notó ya el señor Menchaca, lib. 1, párrafo 10, número 32 de *succ. creatione*. y Diego Perez en la ley 3, tit. 13, lib. 3, *est de incess.* del Ordenamiento, de que concluye que no se debe decir que por la ley de Toro se derogó la perpetuidad de las acciones. Don Juan Alvarez Posadilla sigue la opinion de Gomez en el Comentario de esta ley, pero yo tengo por mas fundada la de Parladorio.

173. En tanto grado es cierto que por la contestacion de la demanda se perpetúan las acciones, que se ve comunmente en los tribunales que un pleito contestado y suspendido por ciento ó doscientos años se prosigue á instancias de cualquiera de las partes, solo con citar á la otra por retardado, lo que prueba concluyentemente que por la contestacion de la demanda las acciones perpétuas no se hicieron temporales ni por la ley de Toro ni por la práctica generalmente recibida en los tribunales de España.

174. Otra igual dificultad ofrece la duda de si por la presente ley se derogó lo establecido en la ley 7, C. *de prescriptionibus triginta vel quadraginta annorum*, confirmada por la 27, tit. 29, Partida 3, donde á la accion hipotecaria se le señalan cuarenta años de duracion, cuando se intenta contra el deudor ó sus herederos, y treinta cuando se dirige contra los estraños, y la razon de dudar se funda en que si la accion hipotecaria es accesoria á la personal, parece que implica que prescripta la accion principal se conserve la accesoria, y como por la presente ley queda prescripta la accion personal por veinte años no parece debia durar por mas tiempo la hipotecaria.

175. Parladorio en el lib. 1, cap. 1, párrafo 16 de *usucapionibus*, trata este punto, y resuelve que la accion hipotecaria dura todavia cuarenta años, esto es, que el deudor ó sus herederos no pueden prescribirla por menos tiempo que el de cuarenta años, segun las leyes citadas, y se funda para ello en que la ley no trata de la prescripcion contra la hipoteca, sino del débito, y así dice, pero donde en la obligacion hay hipoteca, la deuda se prescribe por treinta años. La deuda propiamente se entiende y toma por la accion personal, de que infiere que esta ley, correctoria de las acciones personales no se debe estender á las reales,

porque puede suceder que prescripta la accion personal, aun dure la hipotecaria, como lo afirma Baldo en el lugar que se le cita.

176. Aunque esta opinion de Parladorio parezca fundada, ciertamente no puede sostenerse si se reflexiona que la ley de Toro indistinta y generalmente señala á la accion hipotecaria treinta años de duracion, ó para prescribirse sin distinguir de cuando la hipoteca permanece en poder del deudor ó de sus herederos, ó de cualquier extraño, y donde la ley no distingue tampoco se debe distinguir.

177. Tiene razon Parladorio en decir que puede darse caso en que prescripta la accion personal, dure la hipotecaria como sabiamente lo explica Cujacio en el Comentario á la ley 7 de *prescriptionibus triginta vel quadraginta annorum*, en donde hace ver con ejemplos y leyes terminantes esta verdad, manifestando que la accion hipotecaria no es accesoria á la personal, sino que existe por sí, y es de diferente naturaleza y cualidad, á diferencia de lo que sucede en la fianza que estinguida la deuda, ella tambien se estingue, con lo que se salva aquella regla que se alega de que estinguido lo principal, comunmente cesa lo accesorio, á causa de que la accion hipotecaria, siendo por su naturaleza real, no pueda ser accesoria á la obligacion personal, lo que no sucede en la obligacion del fiador, la que por ser personal cesa y se estingue fenecida la obligacion personal, de que es accesoria.

178. Todavía se hace demostrable la falsedad de la opinion de Parladorio con las mismas palabras de la ley de que se vale para apoyarla, porque en ella se dice que donde en la obligacion hay hipoteca, la deuda se prescribe por treinta años; si, pues, segun la espresion literal de la ley, la deuda se prescriba por treinta, ¿á qué fin se habia de conservar por diez mas la accion hipotecaria? ¿acaso podria pedirse por ella una deuda que ya no existia por estar legítimamente prescripta?

179. Otra cosa seria si la accion hipotecaria no se constituyese para la satisfaccion de alguna deuda, sino para seguridad de cosa que se ha vendido, prestado ó permutado, que entonces serian necesarios cuarenta años para su prescripcion, segun las leyes citadas, y Acevedo en el número 43 de la presente ley, la que ciertamente no habla de este caso, segun el mismo Acevedo, que pretende que en el caso de que la accion hipotecaria no se ha constituido para satisfaccion de deuda, sino para seguridad de venta préstamo ó permuta, deberán ser necesarios cuarenta años para la prescripcion, como antes se prevenia, fundándose para ello en que la ley dice deuda, de que infiere que donde no hay deuda que se intente prescribir, no tiene lugar la disposicion de la ley. Sea ó no cierta la opinion de Acevedo en este punto, que poco interesa para la verdadera inteligencia de la presente ley, lo que no puede dudarse es que unas veces se prescribe la accion personal permaneciendo la hipotecaria, y otras al contrario se estingue la hipotecaria conservándose la personal, como voy á manifestar.

180. Supóngase que un deudor constituyó una prenda ó hipoteca á favor de su acreedor, y que posteriormente el mismo deudor la hipotecó á un segundo acreedor, que es el caso que propone Cujacio al principio del Comentario de la ley citada del código, y en él resuelve que el primer acreedor tendrá la accion hipotecaria por el espacio de cuarenta años contra el segundo, porque este, viviendo el deudor, se entiende que posee en su nombre, y como este no podia prescribir la accion hipotecaria por me-

nos de cuarenta años, igual duracion de tiempo necesitaba para prescribir la accion hipotecaria el segundo acreedor, que como se ha dicho poseia en nombre del deudor, y en el caso que hubiera muerto este, y no quisiese el segundo acreedor usar del tiempo que habia poseido en nombre del deudor, le bastaria treinta años para prescribir la accion hipotecaria contra el primer acreedor, porque entonces se verificaba que no la poseia ni el deudor ni sus herederos, sino un extraño, como se dispone en la espresada ley 7.

181. En el mismo lugar esplica Cujacio como puede verificarse que estinguida la accion personal, dure aun la hipotecaria, segun la ley 4 y 2 *C. de l. pignoris*, y propone el caso de que uno de dos herederos del deudor que hipotecó la cosa, satisface la parte que le corresponde en la deuda por razon de heredero, que entonces se estingue la accion personal contra este, y permanece la hipotecaria para repetir la parte que le falta al acreedor para reintegrarse de su crédito, por lo que la accion hipotecaria se llama individua ó indivisible.

182. Tambien hay casos en que por el contrario, estinguida ó prescripta la accion hipotecaria, permanece la accion personal contra el deudor, como espresamente se resuelve en la ley 1, *C. si adversus creditorem prescrip. opponatur*.

183. Por complemento de esta materia se ha de tener presente que la accion hipotecaria es real, segun se espresa en la ley 17, ff. *de pignoribus* y en la 18, *C. eodem*, y por lo tanto se prescribe como las demas acciones reales por el tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, por terceros poseedores con justo titulo y buena fé, segun la ley 1 y 2, *si adversus creditorem prescrip. opponatur*, pero en caso de que falte el justo titulo y buena fé en el que haya de prescribir la accion hipotecaria, es cuando la ley 7 citada del código, y la de la Partida señala el período de treinta á cuarenta años para prescribirla, con la diferencia que indica de cuando la posee el deudor ó sus herederos ó algun extraño, pero como la ley de Toro no hace espresion de semejante distincion, sino que generalmente dispone que la accion hipotecaria no se puede prescribir por menos de treinta años, es claro que este período quiso que rigiese igualmente para con el deudor y sus herederos, que para con los terceros poseedores, sin que aproveche decir que la ley no señaló el tiempo de treinta años como un término fijo suficiente para prescribir la hipoteca, sino que únicamente se limitó á prohibir que no pudiese prescribir por menos espacio que el de treinta años, esto es, no concedió que la prescripcion de la hipoteca se completase por treinta años, sino prohibió pudiese verificarse por menos de treinta años, con lo que quiso dar á entender que no corregia la disposicion del derecho civil y real, que determinaba el espacio de cuarenta años para que pudiesen el deudor y sus herederos prescribir la hipoteca, porque contra esto obra la disposicion de la misma ley, en que hablando del tiempo en que debia prescribirse la accion personal, espresa que sea por lo menos el de veinte años, y nadie ha puesto en duda hasta ahora que con esta espresion no solo prohibió que pudiese prescribir por menos de veinte años, sino que tambien limitó y fijó á este período de tiempo el que era necesario para la prescripcion de dicha accion.

184. Dije ya, y vuelvo á repetir ahora, que el derecho de ejecutar se prescribe con mala fé, porque esta prescripcion no recae sobre la obliga-

cion, sino únicamente sobre el medio ó modo de pedirla, esto es, no estingue la deuda, sino solo el derecho de pedir ejecutivamente su satisfaccion. Otra cosa debe decirse en cuanto á la prescripcion de la accion ú obligacion, en la que se hace necesaria la buena fé del que prescribe, y aunque no pocos son de contrario dictámen, fundados á mas de las leyes civiles, en la 27, tít. 29, Partida 3, sin embargo, debe sostenerse lo contrario, como sólidamente lo convence el señor Covarrubias en la segunda parte de la Recopilacion al cap. *possesor*, párrafo 11, fundado en el capítulo último y en el 5 *decretalium de prescript.*, y en el cap. *novi de iudiciis*, de cuyo dictámen es tambien el señor Menchaca, núm. 1, test. *potencia* párrafo 10, pretendiendo ambos autores que es necesario la buena para que en el fuero interno quede seguro el que alega la prescripcion. Cuya opinion no puede dudarse que es la mas segura, y en cierto modo la corrobora la ley 3, tít. 8, lib. 11 de la Novísima en que declarando una ley del Fuero, espresamente dispone que en la prescripcion del año y dia, contra casa, viña ó heredad, es necesario el justo título y buena fé.

185. Por último, se advierte que el derecho de ejecutar puede renunciarse en favor de los deudores, como lo reconoce Gregorio Lopez en la ley 1, tít. 29, Partida 3, glosa 1, y Parladorio, lib. 4, capítulo 1, párrafo 13, siendo como es introducido este derecho en beneficio de los acreedores en que ningun interés tiene el bien de la comunidad ó del público.

Ley 64 de Toro; es la 3.^a, tít. 21, lib. 4.^o de la Recopilacion, y la 2.^a, tít. 28, lib. 11 de la Novísima.

Los diez dias asignados para alegar y probar las escepciones corren desde el dia en que el demandado se opusiere á la ejecucion.

Por cuanto en las ordenanzas que fecimos en la villa de Madrid, á cuatro dias del mes de diciembre del año passado de mil é quinientos é dos años, hay una ordenanza, su tenor de la cual es este que sigue. Otro si por cuanto por la ley por nos fecha en las cortes de Toledo, ovimos ordenado que si los deudores, que deben algunas detdas en quien son fechas execuciones por contractos, obligaciones, ó por sentencias á pedimento de los acreedores en los deudores, ó en sus bienes alegaren paga, ó otra escepcion que sea de rescebir, que tenga diez dias para la probar, y no se declara desde quando han de correr los dichos diez dias, declaramos é mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion, é pasados los dichos diez dias, sino probare la dicha escepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dis-

pone, sin embargo de cualquier apelacion, que de ello se interpusiere, dando el acreedor las fianzas, como la dicha ley lo manda, é porque nueva merced é voluntad es, que la dicha ordenanza haya cumplido efecto, por ende mandamos que lo contenido en ella se guarde y cumpla y execute como en ellas se contiene sin embargo de cualquier apelacion, que de ella se interponga para ante nos ó para ante los oydores de las nuestras Audiencias, ó para ante otros cualesquier jueces ó cualquier nulidad que contra la dicha execucion é remate se alegue.

COMENTARIO A LA LEY 64 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. La ley de Toledo dispone las fianzas que en la ejecucion deben darse, aunque no en toda ejecucion interviene esta fianza.—3. Para que se ejecute la sentencia de remate se ha de dar la fianza correspondiente: en qué consiste la de la ley de Toledo. La pena del doble no se practicaba segun Acevedo y Villadiego.—4. No se da siempre la fianza de la ley de Toledo, pues en la ejecucion despachada en virtud de sentencia arbitraria ó transaccion se dá la de la ley de Madrid que prescribe la ley recopilada que se cita, segun afirma Febrero, y apoya en el caso que espresa.—5. Esta ley quiere que se guarde lo dispuesto por la ordenanza de Madrid aunque se apele, pues no se suspende la ejecucion sino en la corte en donde se observa lo que dice Febrero y se espone.—6. Se esponen los dos casos en que se admite la apelacion en cuanto al efecto suspensivo no obstante lo dispuesto por la ley real.—7. Tampoco debe suspenderse la ejecucion por la nulidad que se alegase contra la ejecucion ó remate, sino en los casos que se esponen.

1. Dispone la presente ley que la ordenanza de Madrid, que declarando la ley de Toledo, manda que los diez dias que por esta se conceden á los deudores ejecutados por contratos, obligaciones ó sentencias para probar paga ú otra escepcion que sea de recibir, corran desde el dia que el deudor se opusiere á la ejecucion, y que pasados los diez dias no probando la dicha escepcion, el remate se haga como lo dispone la ley de Toledo, sin embargo de cualquiera apelacion que se interpusiere, dando al acreedor las fianzas que en dicha ley se mandan, se guarde y ejecute sin embargo de cualquiera apelacion que de las espresadas leyes se interpusiere para ante el Rey ó los oidores de sus Audiencias, ó para ante otros cualquiera jueces ó cualquier nulidad que contra la ejecucion ó remate se alegare.

2. La ley de Toledo, de que habla la presente ley, se halla en la 1, título 8, lib. 41 de la Novísima y en ella se dispone las fianzas que en la

ejecucion se deben dar, así por el acreedor como por el deudor, aunque no siempre se dan por uno y otro, ni tampoco es constantemente cierto que en toda ejecucion deba intervenir la fianza de la ley de Toledo.

3. Es principio cierto que para que se ejecute la sentencia de remate se ha de dar antes por el acreedor la fianza correspondiente. Esta fianza, en virtud de la ley de Toledo, se reduce á que el acreedor afiance que si el deudor probare la paga ú otra legítima escepcion, le volverá lo que le ha pagado, con mas el doble. El rigor de esta pena, dice Acevedo al fin de la ley 4 de este título, que no lo vió observar y Villadiego al capítulo de su práctica, número 118, afirma que no se practica dicha pena del doble por pena en nombre de interes, y esto es en el caso de que el deudor no se haya opuesto, ó en el término de los diez dias no haya probado su escepcion sin que en tal caso por parte del deudor se deba prestar fianza alguna. Pero si el deudor se opone y alega que tiene que presentar testimonios para probar su escepcion que se hallan en las distancias que en dicha ley es espresan, en tal caso para la ejecucion de la sentencia de remate el acreedor dará la fianza que se ha dicho, y el deudor prestará otra por la que se obligue á que si no prueba en el término que se le señala la escepcion que opone, pagará otro tanto como pagó por pena, debiendo ser la mitad para el acreedor y la otra mitad invertirse en obras pías ó públicas.

4. He dicho que no es constantemente cierto que en toda ejecucion deba intervenir la fianza de la ley de Toledo, porque en la que se despacha en virtud de sentencia arbitraria ó de transaccion, no se da por el acreedor la fianza de la ley de Toledo, sino la que prescribe la ley 4, tít. 17, lib. 11 de la Novísima, que se reduce á que el fiador se obligue por parte del acreedor á restituir lo que hubiere recibido por la sentencia de remate con los frutos y rentas segun fuere condenado, si la sentencia se revocare, y está tan autorizada esta práctica, que afirma Febrero en el juicio ejecutivo, lib. 3, cap. 2 párrafo 5, número 289, que porque un juez en una ejecucion de esta especie mandó dar la fianza de la ley de Toledo, y no quiso reponer esta providencia, el Consejo la revocó y se persuade esta verdad por la disposicion de la ley 19 del mismo título, que ordena que no haciendo el deudor la oposicion dentro del tercero dia, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide ejecucion que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, cuya última espresion seria enteramente ociosa é inútil si todas las fianzas que deben intervenir en las ejecuciones estuvieron reducidas á las de la ley de Toledo.

5. Quiere tambien la presente ley que se guarde y ejecute lo dispuesto por la ordenanza de Madrid, sin embargo de cualquier apelacion que se interpusiere, pues por ella no se interrumpe ni suspende la ejecucion, excepto en la corte, en donde segun Febrero número 291, si el deudor requiere con el decreto de mejora á los ministros ejecutores y escribano originario se suspende la ejecucion hasta que se confirma ó revoca la sentencia y sino requiere se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza, la que se da aunque la sentencia se confirme.

6. Dos son los casos en que se admite la apelacion en cuanto al efecto suspensivo, no obstante la disposicion de la ley real, y son el primero quando un tercero apela de la sentencia, pues no debe ejecutarse en quan-

to á él hasta que se confirme, y el segundo cuando la sentencia es notoriamente injusta, y su injusticia resulta de los mismos autos: Febrero, número 292, Acevedo en la ley 19, tit. 21, lib. 4, número 124, afirma que por la apelacion del tercer opositor se ha de suspender la ejecucion en cuanto á él y al ejecutado.

7. Lo mismo que dispone la ley en cuanto á la apelacion, ordena en cuanto á cualquiera nulidad que se alegare contra la ejecucion ó remate no debiendo este suspenderse por ella; pero los autores exceptúan la nulidad de incompetencia de jurisdiccion, la de citacion y otra cualquiera notoria que resulte de autos, segun Febrero, número 293, y los autores que cita, y tambien Acevedo en la presente ley, número 7.

Ley 65 de Toro, es la 7.^a, tit. 15, lib. 4.^o de la Recopilacion, y la 6.^a, tit. 8.^o, lib. 44 de la Novísima.

La interrupcion en la posesion, interrumpe la prescripcion en la propiedad y al contrario.

La interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad é por el contrario la interrupcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion.

COMENTARIO A LA LEY 65 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. La prescripcion unas veces no procede ni corre, otras cesa y duerme, y otras se interrumpe, segun se espone.—3. La interrupcion de la prescripcion una es natural y otra civil, segun se explica.—4. Para saber quando se interrumpe la prescripcion se ha de distinguir si esta es odiosa que se admite en odio del negligente y se completa por 30 años, ó favorable, como en la usucapion trienal, ó irrita que se completa por 10 ó 20 años.—5. Actos por los cuales se interrumpan estas prescripciones.—6. El efecto de interrupcion en las acciones temporales de medio

año ó uno y en las que se prescriben por tres años por la litis contestacion, se perpetúan por 40 años. Duda sobre si interrumpida la prescripcion, cesando la interrupcion, podrá incoarse de nuevo: opinion de Covarrubias sobre este punto segun latamente se espone.—7. La interrupcion de la prescripcion hecha en la posesion no causa, segun Gomez, la interrupcion de la prescripcion en la propiedad, como afirma Palacios Ruvios, pues el verdadero sentido de la ley se reduce á que si se interrumpe la posesion que tenia el reo convenido, mediante la que prescriba la cosa inmediatamente se interrumpe la prescripcion de la propiedad, lo que se ha de entender cuando la posesion que se interrumpe es la natural y civil, no si solo la natural: actos por los que se pierden estas dos posesiones.—8. Se rebate la doctrina espuesta de Gomez, por las razones que latamente se esponen.—9. Conformidad del señor Llamas con la opinion de Palacios Ruvios, de que la interrupcion de la prescripcion en la posesion, interrumpe la prescripcion en la propiedad, pues si se entendiera solo como quiere Gomez, que la interrupcion de la posesion, interrumpe la prescripcion en la propiedad, vendria á quedar reducida la decision de la ley á ordenar que cesando la posesion ó perdida esta, no se puede continuar la prescripcion de la propiedad, lo que ya estaba decidido por derecho civil, canónico y real.—10. Doctrina de Covarrubias sobre que la presente ley no habla de la interrupcion natural, sino de la civil que sucede por la citacion ó por la litis contestacion.—11. Tercera esposicion de Gomez, reducida al caso en que el actor y dueño pone demanda al poseedor sobre la posesion por los interdictos, y contestada, se interrumpe la posesion en la propiedad; pero afirma que no puede admitirse esta esposicion porque el juicio posesorio no toca á la propiedad.—12. Doctrina de Covarrubias análoga á la ya aceptada.—13. El sentido de la exclusion que hace la ley en su segunda parte es segun dice Gomez que interrumpida la prescripcion en la propiedad se interrumpe la posesion, pero sostiene que esta esposicion no es verdadera por las razones que dá.—14. Se rebaten los fundamentos que propone Gomez, 45 y 46. No es menos infundada la esposicion que propone en esta segunda parte que la que hace en la primera, segun latamente se espone.—17. Duda de Covarrubias sobre si la ley de Toro podrá tambien estenderse á la interrupcion natural: opinion del mismo sobre que la ley no puede tener lugar en la interrupcion que proviene de falta de posesion, pero no está seguro cuando la interrupcion procede de falta de título ó buena fé: opinion del señor Llamas sobre que por la presente ley, la interrupcion de la prescripcion en cuanto á la propiedad por defecto de título ó buena fé se estiende e interrumpe los entredichos posesorios que por derecho civil podrian prescribirse sin título y buena fé.

1. Dispone la presente ley que asi como la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, la interrupcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion.

2. Antes de tratar directamente de la esposicion de esta ley, se hace preciso advertir que la prescripcion unas veces no procede ni corre, otras cesa y duerme, y otras se interrumpe. No procede cuando por la mala fé ó por otra causa no principia. Duerme y cesa cuando se suspende la prescripcion por algun tiempo, como sucede á la que se principió contra la Iglesia antes de estar vacante, y si continúa provista que sea de Pre-lado. Se interrumpe cuando se estingue del todo por alguna causa.

3. La interrupcion de la prescripcion, una es natural y otra civil: natural se llama aquella por la cual falta alguna de las cosas que necesariamente se requieren para la prescripcion, como son la posesion, la buena fé y el título: la civil es aquella que sucede por acaecer algun hecho de aquellos que por derecho civil causa la interrupcion.

4. Para resolver los casos en que tiene lugar la interrupcion civil, se ha de suponer que la prescripcion no es uniforme en todas las cosas, ni procede de un mismo principio. Hay una prescripcion que se llama odiosa y es aquella que se admite en odio del negligente, y se completa por treinta años, sin que sea necesaria la buena fé por derecho civil. Otra

es favorable, cual es la que concede el derecho en favor del que posee, como sucede en la usucapion trienal. Otra hay que se llama irrita por hallarse introducida en odio del negligente y favor del poseedor, y es aquella que se completa por diez ó veinte años.

5. Pasando ahora á esponer los actos por los cuales se interrumpen estas prescripciones que dejo referidas, digo que la prescripcion trienal, que se llama usucapion, no se interrumpe por la litis contestacion, segun comun opinion de los autores, fundados en la ley *naturaliter* 5, ff. de *usucap.*, y el cap. 8 *illud. de prescrip.*, pero sí la prescripcion de diez ó veinte años, que en parte es favorable y odiosa, advirtiéndose que la interrupcion en dicha prescripcion no tiene lugar si el actor sucumbe en la demanda. Igualmente se interrumpe por la litis contestacion la prescripcion de treinta ó cuarenta años, que procede con buena fé. Por último la prescripcion odiosa que procede con mala fé se interrumpe por sola la citacion.

6. Veamos ahora el efecto de interrupcion en las acciones temporales de medio año ó uno, como son las que espresa la ley 65, tít. 5, Partida 5, y en todas las demas acciones que se prescriben por tres años por la litis contestacion, se perpetuan hasta el tiempo de cuarenta años segun la ley última, C. de *prescrip. triginta vel quadraginta annor.* Suscitan los autores la duda de si una vez interrumpida la prescripcion cesando la interrupcion, podrá incoarse de nuevo la prescripcion, en cuya duda resuelve Covarrubias al número 7 de la parte segunda de la Recopilacion, al cap. *possesor*, párrafo 12, que puede incoarse de nuevo la prescripcion habiendo casado la interrupcion natural concurriendo en el prescribente la posesion, título y buena fé, fundándose para esto en el capitulo *illud. de presc.* y en la ley 29, tít. 29, Partida 3. En la interrupcion civil dice el mismo autor que por comun opinion sientan los autores que interrumpida la prescripcion en las acciones reales y personales, no puede incoarse de nuevo y llevarla á efecto por menos tiempo de cuarenta años, segun la ley última, C. de *presc., triginta vel quadraginta annor.*, y refiere la opinion de Saliceto, que afirma que en la interrupcion civil basta que cesando la interrupcion en las acciones reales se prescriban por cuarenta años mas de los que se necesitaban por derecho ordinario, caso de que no hubiera habido interrupcion, y limitando aun mas este tiempo, Covarrubias se inclina á que bastará para que se prescriban las acciones reales, cesando la interrupcion civil, el mismo tiempo que hubiera sido suficiente sino mediara la interrupcion, con tal que intervenga la posesion, buena fé y demas circunstancias que por derecho se requieren para la legítima prescripcion, pretendiendo que las leyes que se alegan en contra por la comun opinion se han de entender en el caso que la mala fé continúa en el poseedor, porque entonces se hace necesaria por derecho civil la prescripcion de cuarenta años, que en esta parte está derogado por derecho canónico. Esta misma doctrina la estiende al caso de que la interrupcion de la prescripcion intervenga en las acciones, si el que prescribiese en realidad tiene buena fé (se presume mala de la interrupcion civil), cuya opinion en este caso de las acciones personales la establece con alguna duda, pues aconseja que se medite el punto con mas reflexion. Todo lo dicho hasta aqui es tomado del Covarrubias en el lugar citado.

7. Llega Gomez á esponder el sentido literal de la presente ley despues de varias suposiciones, y dice, refiriéndose á Palacios Ruvios y demas glosadores, que el sentido de la primer conclusion ó parte de la ley es que la interrupcion de la prescripcion hecha solo en la posesion causa la interrupcion de la prescripcion en la propiedad; pero lejos de conformarse con esta esposicion, afirma que no es esta la verdadera inteligencia y sentido de la ley, fundado en que es constante por derecho que si por un instante se pierde ó interrumpe la posesion, no puede continuarse la prescripcion por la regla de la ley 25 *sine possessione*, ff. de *usucap*, y en confirmacion advierte que por eso en la primera parte de la ley no se dice que la interrupcion de la prescripcion en la posesion etc, sino la interrupcion de la posesion, por lo que á continuacion establece que el verdadero sentido de la ley en la primera conclusion se reduce á que si se interrumpe ó omite la posesion que tenia el reo convenido, mediante la cual prescribia la cosa inmediatamente, se interrumpe la prescripcion de la propiedad, lo que dice se ha de entender cuando la interrupcion de la posesion es tal que por ella se pierda la posesion natural y civil, pero no si se pierde solo la natural, porque como ella no es causa de la prescripcion, no lo puede ser de su interrupcion: los actos por los que se pierden estas dos posesiones, dice que son aquellos por los que la cosa se inunda por las aguas, ó la ocupa un opositor tan poderoso que no sea verosímil ó posible volverla á recuperar, segun varias leyes civiles que cita, y la 14, lít. 30, Partida 3, y propone por acto de perder la posesion la ausencia del poseedor por mas de diez años.

8. Por poco que se reflexione sobre la doctrina que hemos referido de Gomez se conocerá su poca solidez. Si porque es constante en el derecho que si por un instante se pierde ó interrumpe la posesion no puede continuarse la prescripcion, no puede ser verdadero el sentido que dan los glosadores á la primer parte de la ley, de que la interrupcion de la prescripcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad: por la misma razon no podrá ser verdadero el sentido que intenta atribuir Gomez á la ley de que si se omite ó interrumpe la posesion del que prescribia, inmediatamente se interrumpe la prescripcion de la propiedad, pues tanto en una esposicion como en la otra se verifica que falta la posesion, sin la cual no procede la prescripcion. Ni es fácil de comprender á qué contribuye la reflexion que hace Gomez de que la ley no dice interrupcion de la prescripcion en la posesion, sino interrupcion de la posesion para separarse de la esposicion de los glosadores, pues no menos en la interrupcion de la posesion que en la interrupcion de la prescripcion en la posesion se verificaria que sin posesion no hay prescripcion, que es el fundamento de Gomez para separarse de los glosadores.

9. Supuesto, pues, que la esposicion de Gomez no salva el inconveniente que nota atribuye á la que dan los glosadores, resta examinar los fundamentos de esta, y su conformidad con la letra de la ley, y en mi concepto me parece muy conforme la opinion de Palacios Ruvios y demas comentadores á la disposicion de la ley, la que establece que la interrupcion de la prescripcion en la posesion, interrumpe la prescripcion en la propiedad. Digo que es esta la disposicion de la ley en su primera parte, porque si solo estableciera que la interrupcion en la posesion interrumpia la prescripcion en la propiedad, como pretende Gomez, vendria á quedar

reducida la decision de la ley á ordenar que cesando la posesion ó perdida esta, no se pudiese continuar la prescripcion de la propiedad, cuya resolucion estaba tan decidida, no menos por el derecho real de las Partidas que por el civil y canónico, que no puede eximirse la presente ley de la nota de inútil y supérflua, contra el principal fin que se propusieron nuestros legisladores Doña Isabel y D. Fernando en la formacion de las leyes de Toro, que fue el de aclarar las dudas originadas «de la gran diferencia é variedad que habia en el entendimiento de algunas leyes de estos mis reinos, asi del Fuero como de las Partidas é de los Ordenamientos, é otros casos donde habia menester declaracion aunque no habian leyes sobre ello,» como se vé en el prólogo que la reina Doña Juana puso á dichas leyes, de donde he copiado las palabras que dejo referidas. De aqui se convence claramente que no pudiendo adaptarse á la ley la esposicion del Gomez, se haya forzosamente de admitir la de los glosadores no hallándose medio que elegir entre una y otra esposicion.

10. Y cuando no bastara para desatender la opinion de Gomez el no incurrir en el inconveniente que dejamos notado, podrá servir de convencimiento el ver que no se habian hecho iguales leyes para establecer que por la interrupcion en el título y buena fé se interrumpia la prescripcion en la propiedad. Conociendo sin duda esto mismo el Covarrubias en el lugar citado, núm. 8, establece que la presente ley no habla de la interrupcion natural, sino de la civil que sucede por la citacion, ó por la litis contestacion, pero lo que deja fuera de toda duda que la esposicion de Gomez es impropia y agena del sentido de la ley es el ver la dificultad que le causó á él mismo la inteligencia de la ley, como manifiesta en el número 4 de su Comentario por estas palabras: *Quae lex, certe quoadme est valde difficilis et subtilis, et libenter audirem ejus intellectum á dignissimis, et peritissimis Regii senatus conditoribus hujus legis*, cuya dificultad no parece compatible con la esposicion tan comun que le atribuye, si él no la tuviera por insuficiente.

11. Propone Gomez tercera esposicion á la primera parte de la ley, reducida al caso de cuando el actor y dueño pone demanda al poseedor sobre la posesion, valiéndose de alguno de los entredichos posesorios, *adipiscendae, retinendae vel recuperandae*, y contestada la demanda se interrumpe la prescripcion en la propiedad, de forma que tenga el poseedor que empezar de nuevo la prescripcion segun esta ley. Pero afirma que dicha esposicion no puede admitirse, á causa de que el juicio posesorio no toca de ningun modo á la propiedad, por ser del todo diversos y nada tienen de comun, segun la ley, *naturaliter* 12, ff. párrafo *nihil commune. de adquir. possessione*.

12. Covarrubias en el número 8 citado propone del mismo modo que Gomez el caso de la ley no siendo otra cosa que la esplicacion de la esposicion que hemos admitido como verdadera, y funda su resolucion en que en la materia de las prescripciones estará muy unida la causa de posesion á la propiedad, no pudiéndose adquirir la propiedad por prescripcion sin la posesion, por lo que se satisface al inconveniente que propone Gomez.

13. Continúa este la esposicion de la segunda parte de la ley en el número 4, y dice que el sentido de esta conclusion es que interrumpida la prescripcion en la propiedad, se interrumpe la posesion que tenia el

reo demandado; pero sostiene que esta esposicion no es verdadera ni corresponde, porque si la sentencia se da en favor del actor, recupera la propiedad y la posesion, y sin embargo hasta que la sentencia se ejecuta dura la posesion en el reo: si la sentencia se da á favor del demandado no se interrumpe la posesion, antes bien se confirma, porque la interrupcion en un artículo ó causa no aprovecha en otro segun el cap. *auditis de prescriptionibus*, por lo que resuelve que la verdadera y sutil inteligencia de esta ley se reduce á que interrumpida la prescripcion en la propiedad se interrumpe la prescripcion de la posesion, á causa de que por un año continuo desde el tiempo que tuvo la cosa no prescribe la posesion con sus efectos, la que hubiera prescripto sino se hubiera puesto la demanda en la propiedad, segun la disposicion de la ley 1, tít. 13, lib. 3 del Ordenamiento que es la 3, tít. 8, lib. 11 de la Novísima y la ley 4, título 11, lib. 2 del Fuero Real.

14. Los fundamentos que propone Gomez para apartarse del sentido literal de la segunda parte de la ley no son mas fundados que los que tuvo en la primera y quedan rebatidos. El que cuando en juicio de propiedad se da la sentencia por el actor recobre este la cosa y la posesion, y que esta dure en el reo hasta que se ejecute la sentencia, no falsifica la decision de la ley de que la interrupcion de la prescripcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion, pues el que se continúa la posesion en el reo hasta que se ejecute la sentencia no arguye el que no se haya interrumpido la prescripcion en la posesion, asi como cuando la demanda se pone en la posesion se interrumpe la prescripcion de la posesion por la litis contestacion, y sin embargo continúa en la posesion el demandado hasta la ejecucion de la sentencia si se da á favor del actor, siendo cosas totalmente diversas la interrupcion de la prescripcion de la posesion y la continuacion de la posesion, la que puede continuarse con mala fé, hablando de la posesion natural, siendo constante que despues de la litis contestacion se continúa verdadera y naturalmente la posesion, y se completa la usucapion, ley 2, *pro donato*, ff. y la 2, y última *pro empt.*; y por el contrario el que no se interrumpa la posesion, antes bien se confirme cuando en el juicio de propiedad se ha dado la sentencia á favor del poseedor ó reo, no arguye que la interrupcion en la propiedad no interrumpe la prescripcion en la posesion, pues dándose la sentencia á favor del reo, no se interrumpe la prescripcion en la propiedad, asi como no se interrumpe la prescripcion en la posesion cuando en el juicio posesorio se da la sentencia á favor del poseedor, como lo advierte Covarrubias en el lugar citado, número 4, aunque si en este caso el actor pusiese la demanda en la propiedad, y el poseedor quisiese ayudarse para la prescripcion del tiempo que continuó en la posesion despues de contestada la demanda en el posesorio, dice Covarrubias al número 8 que si no se prueba una prescripcion inmemorial vió frecuentemente que no se admitia para la continuacion de la prescripcion el tiempo que el reo poseyó despues de movido el pleito sobre el juicio posesorio, por ser conforme á la presente ley, lo que dice Covarrubias que para él es dudoso.

15. Ni es menos infundada la esposicion que propone en esta segunda parte de la ley que la que dió en la primera, siendo digno de notarse que habiendo intentado persuadirse en la primera parte que la *interrupcion en la posesion*, que son las palabras de que usa la ley, no debian enten-

derse de la interrupcion de la prescripcion en la posesion, espongá ahora las palabras de la segunda parte, que son semejantes á las de la primera sin otra variedad que la de poner propiedad en lugar de posesion, de la interrupcion de la prescripcion en la propiedad, diciendo que esta causa la interrupcion de la prescripcion en la posesion, porque interrumpida la prescripcion en la propiedad se interrumpiria la prescripcion en la posesion, á causa de que no podria prescribir por un año continuo la posesion con sus efectos, la que de otro modo prescribiria sino se hubiera puesto la demanda en la propiedad, fundado en la disposicion de la ley 3, título 8, lib. 11 de la Novísima que se reduce á que por los fueros de algunas ciudades se ordenaba que el que poseyere alguna heredad por año y dia en faz del que se la demanda no deba responder por ella, y porque se dudaba si para dicha prescripcion era necesario título y buena fé, declaró el rey don Alonso XI que era necesario título y buena fé para la prescripcion de año y dia.

16. De la disposicion de esta ley se conoce cuán importunamente pretende Gomez que la ley de Toro se refiera á ella, pues á mas de que si en la segunda parte se referia la ley de Toro al caso de la ley citada, por la misma razon debia referirse tambien en la primera parte, lo que es contra la doctrina dada por el Gomez, ¿qué razon podrá encontrarse para que la interrupcion de la prescripcion en la propiedad interrumpa la prescripcion en la posesion en el caso de la ley esplicada contra la disposicion del capítulo 13, *auditis de prescriptionibus*, que manda que la interrupcion en artículo ó causa no aproveche en otro? ¿Y no sucede lo mismo en las otras prescripciones de diez, veinte y treinta años? Y cuando estas reflexiones no fueran suficientes para rebatir la opinion de Gomez, basta saber que afirma Covarrubias hablando de la ley del rey don Alonso XI en la parte 2, R, capítulo *possesor. de regulis juris* in 6, párrafo 11, número 12, que en los juicios no se admite la prescripcion de año y dia aunque sea con título y buena fé, no habiendo sido otro el ánimo del rey don Alonso que el de declarar que la ley del Fuero que establecia la prescripcion de año y dia se entendiesen tendria lugar en las ciudades que se observase, concurriendo el título y buena fé, sin pretender establecer ley nueva, sino interpretar la del Fuero, y lo mismo hicieron los Reyes católicos, insertando dicha ley en el Ordenamiento, no siendo creible quisiesen derogar tantas leyes de las Partidas y de otros ordenamientos que tratan de la prescripcion con una ley no establecida de nuevo, sino tomada del rey don Alonso contra la mente de su antiguo legislador, que no pensó en derogar las otras leyes. Del mismo sentir es Acevedo en el Comentario á esta ley 3, tit. 13, lib. 4, número 1, donde satisface al argumento que podia hacerse de que dicha ley estaba en uso por hallarse inserta en la Recopilacion, diciendo que como la espresada ley es una declaracion de la ley del Fuero, no puede tener mas fuerza que la ley del Fuero que se declara por ella, cuya ley no se halla inserta en la Recopilacion.

17. Esplicada ya la inteligencia de la ley de Toro, por mas que Antonio Gomez, dándola muchas esposiciones, la haya querido hacer difícil é ininteligible, segun dice Acevedo al fin del número 6, nos resta examinar si la referida ley podrá tambien estenderse á la interrupcion natural, cuya duda propone Covarrubias al fin del número 8, y afirma que no puede negarse que la ley no puede tener lugar en la interrupcion que proviene de

falta de posesion, sin duda por causa de que sin posesion no puede haber prescripcion ni en la posesion ni en la propiedad; pero no está tan seguro cuando la interrupcion procede de defecto de título ó buena fé. En estos casos se interrumpe la prescripcion de la propiedad por la falta de título ó buena fé; y con todo los interdictos posesorios temporales, que lo son asi por ley ó estatuto, como los que propone la 40, tít. 4, lib. 10 de la Novísima y la 65, tít. 5, Partida 5, se prescriben y estinguen sin título y buena fe, no estando derogado el derecho civil en esta parte, asi como se ha dicho del derecho de la ejecucion sumaria, Covarrubias, párrafo 11, número 4, versículo sexto, por lo que parece podrá decirse que por la presente ley la interrupcion de la prescripcion en cuanto á la propiedad, por defecto de título ó buena fé se estiende é interrumpe los entredichos posesorios, que por derecho civil podrian prescribirse sin título y buena fé; y aunque Covarrubias concluye diciendo que este punto merece examinarse con mas madurez y diligencia, soy de sentir que nuestra ley real debe estenderse á este caso, ya porque ella habla indefinidamente sin hacer alguna distincion, como por ser esta esposicion mas conforme al derecho canónico, que no admite ninguna prescripcion sin título y buena fé, y á lo espuesto en razon de lo mismo por Covarrubias en el pár. 11 citado del mismo capítulo, desde el número 6 hasta el 12 donde persuade que ni por derecho real puede proceder la prescripcion con mala fé, sin embargo de que reconoce que hay algunas acciones temporales que las pierde el actor por el mero transcurso del tiempo aunque el poseedor tenga mala fé, como son la accion redhibitoria, *quanto minoris* y otras, sin que por esto admita en tales casos prescripcion con mala fé, pues como dice en el número 6, una cosa es que la ley humana niegue la accion por alguna causa que proceda sin dolo ó por defecto de alguna solemnidad, y otra cosa es dar fomento por la ley para ocupar las cosas ajenas con mala fé y perjuicio de las conciencias, lo que no se debe tolerar en la república cristiana, siendo constante que estinguida la accion temporal aun queda la accion en el fuero interno que obliga á la compensacion del daño, como lo afirma santo Tomás en la 2.^a, cuestion 77, artículo 3.

Ley 66 de Toro, es la 3.^a, tít. 6.^o, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 5.^a, tít. 41, lib. 4.^o de la Novísima.

Ninguno esté obligado por demanda personal que se le ponga á dar fiador sin que preceda informacion de testigos de la deuda ó escritura auténtica.

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 auténtica.

COMENTARIO A LA LEY 66 DE TORO.

SUMARIO.

Parrafo 4. Resúmen de la ley.—2. Por derecho comun el reo cuando era demandado por accion real tenia que dar fianza de pagar lo juzgado, mas no si por accion personal.—3. Justiniano relevó de esta fianza en arribos casos, bastando que afiançe ó dé caucion juratoria de continuar el juicio hasta el fin; pero si tuviese bienes raíces, no debe dar fianza.—4 y 5. Disposicion de una ley del Fuero Real, sobre que cuando el deudor demandado deba dar fianza, sino la puede dar, debe ser reducido á cárcel, y dicha fianza ha de ser de presentarse en juicio siempre que se le mande, y en su defecto, pagar lo juzgado y sentenciado, la cual fianza se llama de la haz: tal es la opinion de Suarez, Gregorio Lopez y Matienzo, por las razones que se esponen.—*Nota.* En el dia nadie puede ser preso por deuda civil.—6. El obispo Vicente Arias pretende que la fianza que ha de prestar el deudor para librarse de la cárcel ha de ser de pagar juzgado y sentenciado.—7. La fianza de la haz ha de tener lugar segun Suarez antes de que el pleito se concluya, pues siendo condenado á pagar el deudor ó confesando la deuda no podrá usar de los cuatro meses (hoy diez dias) concedidos para pagar la deuda sin prestar la fianza de pagar juzgado y sentenciado, y pasado dicho término deberia ser apremiado á pagar, sin que baste ninguna fianza.—8 y 9. La presente ley de Toro suponiendo que el deudor no tenga precision de dar fianza, requiere que preceda informacion sumaria de testigos ó escritura auténtica de la deuda, y que el deudor no tenga bienes para pagarla antes de encarcelarle.—10. Son bienes bastantes los que bastan para satisfacer la deuda y no basta que se posean en ageno territorio.—11. Se entiende que bastan para satisfacer la deuda los bienes que cubren esta, y de tal especie ó cantidad que no hay temor de que se oculten

4. Dispone la presente ley que ninguno esté obligado por demanda personal que le sea puesta á dar fiador sin que preceda informacion de testigos de la deuda ó escritura auténtica.

2. Para la inteligencia de esta ley se ha de suponer que por derecho comun tenia que dar fianza el reo cuando era demandado con accion real, cuya fianza era de pagar lo juzgado, segun la rúbrica del tit 11, *Institut. de salisd.*, libro cuarto; pero cuando era demandado con accion personal no tenia obligacion de dar fianza de pagar lo juzgado, párrafo 1, *eodem tit.*, consiendiendo la razon de la diferencia en que el que era demandado con accion real habia peligro de que deteriorase ó distragese la cosa, con lo que evitaria la condenacion, y haria ilusorio el juicio, no asi el que es demandado con accion personal que no se le pide cosa determinada, por lo que tiene que responder con todo su patrimonio, segun Kes y Vinnio.

3. Posteriormente dispone Justiniano en el párrafo 2, *eodem tit.*, que tanto el que sea convenido con accion real como personal no tenga

que prestar fianza de pagar lo juzgado, sino que bastará afianzar por su persona de continuar el juicio hasta el fin; no pudiendo prestar esta fianza deberá dar caucion juratoria de continuar hasta la determinacion de la causa; pero en el caso que el demandado tenga bienes raices no estará obligado á dar fianza segun la ley 15 ff. *qui satisfacere cogitur*, y la ley 41, tít. 2, Partida 3, y es la razon por qué la posesion de bienes raices equivale á la fianza, y de consiguiente se satisface á la ley segun la ley 6, párrafo 4 *quin pupilo*, ff. *ad carbon.*, y lo mismo se ha de decir en el caso de que por poseer muchos bienes muebles no se haga sospechoso de fuga, como lo afirma Rodrigo Suarez, tít. de los empréstitos, á la ley 2 del Fuero Real, párrafo *hae lex*, número 14.

4. La ley 3, tít. 3, lib. 2 del Fuero Real, separándose del derecho comun que siguieron despues las Partidas, dispone que en los casos en que el deudor demandado está obligado á dar fianza, si no la puede dar debe reducirse á la cárcel, sin que sea bastante la caucion juratoria que admite el párrafo *sed hodie. instit. de satisd.*, y la ley citada de las Partidas (1).

5. Ni la fianza que se ha de dar en virtud de la ley del Fuero se reduce á presentarse en juicio hasta el fin y éxito del pleito como lo requieren el párrafo *sed hodie*, y la ley de Partida, sino que ha de ser de presentarse en juicio siempre que se le mande, y en su defecto pagar lo juzgado y sentenciado, la cual fianza se llama por nuestra leyes, de la haz. Esta es la opinion de Rodrigo Suarez en la esposicion de la ley 2 del Fuero, tít. de los plazamientos, número 3, fundado en que por lo regular el derecho no obliga á que ninguno dé fiador para mas de lo que uno está obligado; y como por la fianza de la haz se cumple con lo que desea la ley 2 del Fuero, y es que dé fiador que le cumpla fuero porque por derecho del Fuero si el deudor no tiene de que pagar debe entregarse en la cárcel al acreedor para que le sirva hasta satisfacer la deuda, segun lo dispone la ley 2, tít. de los gobiernos; de consiguiente por la fianza de la haz se satisface al acreedor del remedio de la fianza que le es debida del modo y forma que el deudor está obligado por las leyes del Fuero, cuya opinion segun Gregorio Lopez en la ley 41, tít. 2, Partida 3, y Matienzo en la ley 3, tít. 16, lib. 5 de la Recopilacion, glosa 4, número 4.

6. Vicente Arias, obispo de Palencia en sus notas á esta ley del Fuero pretende que la fianza que ha de prestar el deudor para libertarse de la cárcel ha de ser de pagar juzgado y sentenciado, fundando su opinion en la ley 6, tít. 8 de las testimonias, libro 2 del Fuero, cuya opinion es muy conforme á las leyes que cita y refiere Rodrigo Suarez, citado número 4 y 2, de que se comprende que la ley del Fuero corrigió tambien en esta parte la disposicion del derecho comun.

7. Admitiendo la opinion de Suarez se ha de tener presente la escepcion que pone en el número 12, reducida á que la fianza de la haz tendrá lugar antes de que el pleito se concluya, pues en el caso de estar condenado á pagar el deudor ó haber confesado la deuda no podrá usar de los cuatro meses que se le concedian antiguamente por misericordia para pa-

(1) La doctrina que se espresa en este párrafo y en los siguientes sobre que el deudor puede ser reducido á prision cuando no dé la fianza que se espone, no tiene lugar en el dia en los pleitos civiles, puesto que por el artículo 7 de la Constitucion, nadie puede ser preso por deudas civiles.

gar la deuda cuyo tiempo se halla reducido al presente á diez dias, *leg. si debitori* 21 ff. de ind., sin que preste la fianza de pagar juzgado y sentenciado, segun la misma ley y en el número 15 añade, que pasado el tiempo que por commiseracion se le concede al deudor para pagar, no bastará la fianza de pagar juzgado y sentenciado para libertarse de la cárcel, sino absolutamente deberá ser apremiado á pagar, de forma que distingue tres tiempos, el primero antes de fenecer el pleito, y entorces bastará la fianza de la haz: el segundo despues de sentenciado, estando dentro del término concedido para pagar, y entonces es necesaria la fianza de pagar juzgado y sentenciado, y el tercero es despues de pasado este término y en tal caso no basta ninguna fianza.

8. La presente ley de Toro, suponiendo la decision del derecho civil, párrafo *sed hodie. de satis. d.*, y la de la ley 2, tít. 3, lib. 2 del Fuero, sobre que el deudor idóneo no tenga precision de dar fianza, requiere que preceda informacion sumaria de la deuda antes de encarcelar al deudor cuya resolucion se dirigió, segun Palacios Ruvios que asistio á la formacion de las leyes de Toro, á precaver que el que era deudor fuera preso y detenido en la cárcel, lo que afirma sucedia muchas veces, de forma que para hallarse en el caso de hacer preso al deudor es necesario por esta ley que preceda informacion de la deuda, y que el deudor no tenga bienes para satisfacerla, segun P. al número 7, y Matienzo ley 3, tít. 16, lib. 3 de la Recopilacion, glosa 2, número 2.

9. La informacion que ha de preceder de la deuda ha de ser á lo menos sumaria de testigos ó de escritura auténtica, que se llama *probatio probata, presens, realis, et evidens*, segun Matienzo, glosa 3.

10. Examinan los autores en esta ley los bienes que deberá tener el deudor para libertarse de dar fianza, y si bastará que los posea en territorio distinto de la jurisdiccion del juez de la causa, y en cuanto á la primera duda parece deberán reputarse por bastantes los que sean suficientes á satisfacer la deuda, y por lo que hace á la segunda resuelve Matienzo en la glosa 1, número 7, citando á otros, que no basta el tener y poseer bienes en ageno territorio.

11. Aquellos bienes se deben reputar por suficientes para satisfacer la deuda que alcancen á cubrir el débito y ademas sean de tal especie ó en tanta cantidad que no se tema su ocullacion ó enagenacion, sean raices ó muebles.

Ley 67 de Toro; es la 5.^a, tít. 7.^o, lib. 4.^o de la Recopilacion, y la 3.^a, tít. 9.^o, lib. 11 de la Novísima.

Prohibicion de jurar en los lugares que se espresan, y pena del que hiciere, mandare ó pidiese dicho juramento.

Ningun juramento aunque el juez lo mande hacer ó la parte lo pida no se haga en san Vicente de Avila, ni en el herrojo de santa Agueda, ni cuerpo santo: ni en otra Iglesia juradera, sopena de diez mil maravedis para la nuestra cámara é fisco, al que lo jurare; é al juez que lo mandare é al que lo pidiere, ó demandare.

COMENTARIO A LA LEY 67 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. Por derecho civil se permitia que el juramento se prestase en las iglesias ú oratorios.—3. Disposicion de las Partidas conforme á la es- puesta.—4. No obstante la prohibicion de la ley de jurar en los lugares que espresa, no es correctoria del derecho civil y real de las Partidas, ni del canónico, sino que se dirige á prohibir los juramentos que se hacian en los lugares espresados, en la creencia de que si el que juraba estaba culpado, seria castigado por Dios, quitándole la vida, los que se consideraban como las purgaciones vulgares prohibidas; mas no está prohibido jurar sobre los sepulcros de los santos, con el solo fin de que se jure con mas reverencia.—5. Aunque por purgacion vulgar se entiende estrictamente aquella de la que no se puede salir sin lesion sea inocente ó reo, sin que intervenga milagro, latamente comprende otros casos que se espresan: distincion de tres grados en la purgacion vulgar, segun el Tostado.—6 y 7. Los juramentos que prohibe la ley real eran de aquellos en que se creia que si se juraba falso, habian de ser castigados por Dios, segun el texto del P. Fr. Luis Ariz, en sus grandezas de Avila, que se espone.—8. La purgacion vulgar que solo es perjudicial al reo, como sucede en el juramento, puede usarse segun el Tostado, lícitamente, cuando hay justa causa para ello, segun el ejemplo que se espone.—9. Remision á la ley 77 para resolver si en la pena impuesta por esta ley se incurre *ipso jure* ó habrá de preceder sentencia condenatoria.—10. Valor que debe darse á los 40,000 maravedis que impone por pena la ley.

1. Dispone la presente ley que ninguno jure, aunque el juez lo mande ó la parte lo pida, en la Iglesia de san Vicente en Avila, en el herrojo ó cerrojo de santa Agueda, ni sobre altar ó cuerpo santo, ni en alguna Iglesia jurada, bajo la pena de diez mil maravedis, que se exigirán al que jure, al juez que lo mande, y á la parte que lo pida, aplicados á la cámara del Rey.

2. Era permitido por derecho civil que los juramentos se prestasen en las Iglesias ú oratorios, como lo manifiesta la ley 42, C. de reb. párrafo 3, por estas palabras: *In omnibus, autem, casibus in quibus sacramenta prestantur, observationem judicialem permanere censemus, secundum personarum qualitatem, sive sub ipso iudice prestari oportet juramentum sive in domibus, sive sacris scripturis tactis in sacrosanctis oratoriis.*

3. Conforme á esta disposicion ordenan las leyes de Partida en la 19 y 22, tit. 11, Part. 3, que «cuando las partes se avinieron en que el pleito se libre por jura, deben venir ante el juzgador á hacer esta jura en la iglesia ó sobre el altar, etc.

4. Aunque la ley de Toro prohiba el que los juramentos se hagan en los lugares espresados, no se debe considerar como correctoria del dere-

cho civil y real de las Partidas, y mucho menos del derecho canónico, por el que se ve en el cap. 7 y 8, causa segunda, cuestion 5, que el papa San Gregorio Magno en el primero de dichos capítulos ordenó que Mena, obispo, se purgase del débito que se le impulsaba juramento sobre el sepulcro de San Pedro apóstol, y en el segundo mandó á Castorio, que entendia en la causa formada á Máximo, obispo Salonitano, sobre simonía, que si dicho Máximo afirmase bajo de juramento en el sepulcro de San Apolinario, que estaba inocente, lo absolviese. Cuyos cánones los reconoce por legítimos Velarde en su apreciable obra sobre el derecho de Graciano, aunque advierte que en el primero se insertaron las palabras que se leen desde *purgationem*, las que no se hallan en el original, ni pertenecen á la decision principal, dirigiéndose la ley real á prohibir los juramentos que se hacian en los lugares espresados con la creencia de que si el que juraba estaba culpado seria castigado por Dios quitándole la vida, cuyos juramentos se dirigen á tentar á Dios, y por lo tanto están prohibidos como ilícitos, y reputados como purgaciones vulgares, las que se hallan reprobadas por el cap. 3 *ext. de purgatione vulgari*, y así se ve que la ley se limita á prohibir los juramentos que se prestaban en ciertos y determinados lugares, por estar las gentes en la creencia que en ellos Dios manifestaba la verdad; pero cuando los juramentos se hacen sobre los sepulcros de los Santos, sin otro fin que el que el juramento se haga con mas reverencia, no están prohibidos, antes bien son lícitos, como consta de los capítulos citados, y obligan mas estrechamente á manifestar la verdad como lo persuade el célebre obispo de Avila Alfonso el Tostado en la cuestion 289 sobre el capítulo 5 del evangelio de san Mateo; y así, respondiendo en la cuestion 297, en la que se propone examinar si es lícito jurar por los evangelios sobre los sepulcros de los Santos, en los cuales los que juran falso son castigados con la muerte, al argumento que se hace de los dos capítulos citados de San Gregorio, dice que en dichos capítulos fueron compelidos á jurar los dos obispos sobre los sepulcros de los Santos por sola reverencia, pero no porque se creyese que si juraban en falso habian de morir, por lo que resuelve en dicha cuestion que es ilícito el que alguno compela á otro á jurar sobre aquellos altares, sepulcros de los Santos, ó sagrados libros, en los que se cree que ha de peligrar el que jura falsamente.

5. Para rebatir en la espresada cuestion la opinion de aquellos que solo tiene por purgacion vulgar aquella de la que no se puede salir sin lesion, sea inocente ó reo, sin que intervenga milagro, como sucede en la del agua hirviendo y el hierro caliente, dice, que esta se llama rigurosamente purgacion vulgar; pero latamente tambien es la monomachia ó certámen singular por el que intentan descubrir los duelantes que sea inocente ó culpado, hallándose prohibida por el cap. 22, *monomachiam*, causa 2, cuestion 5, y el 4 y 2 *de purg. vulg.*, y con todo puede sin milagro libertarse el reo y perecer el inocente, comprendiéndose bajo de este nombre aquella en que solo peligran los reos y no los inocentes, como sucede en los casos prohibidos por la presente ley, y se verificaba en la que se hacia en el cap. 5 de los números, con la muger sospechosa de adulterio por las aguas amarguísimas, las cuales, maldecidas por el sacerdote, y bebidas por la muger, reventaba si se hallaba culpada, y quedaba ilesa si estaba inocente, no teniendo alguna otra virtud que la que le co-

municaba la maldicion del sacerdote contra la adúltera, y en los que juraban falso en el templo de Salomon, segun el capítulo 8 del libro 3 de los Reyes, por lo que distingue el Tostado tres grados en la purgacion vulgar: el primero quando la prueba que se hace es de tal naturaleza que es necesario peligran el inocente ó el reo, si Dios no hace un milagro, como es el agua hirviendo y el hierro caliente. El segundo es por el que no se puede descubrir cuál es inocente ó culpado, y es de tal naturaleza la prueba que puede salir bien de ella, tanto el inocente como el culpado sin milagro, como sucede en el duelo. El tercero consiste en aquella purgacion por la que se encuentra suficientemente el delito, y con todo para encontrarlo se tienta á Dios, ó se hace algo por lo que parece se tienta á Dios para que se descubra el delincuente. De esta especie era la purgacion que se hacia por las aguas amarguísimas, y la de jurar en el templo de Salomon, cuyas purgaciones eran de tal naturaleza que por sí no podian dañar ni al reo ni al inocente, si Dios no hacia un milagro. A la misma clase pertenecen los juramentos que se hacian sobre los altares, sobre los cuerpos de los Santos y sobre los evangelios quando se creia que los que juraban falsamente habian de ser ciertamente castigados por Dios.

6. Resta ahora ver si los juramentos que prohibe la ley Real eran de aquellos en que se creia que si juraba falso habian de ser castigados por Dios.

7. El P. Fr. Luis Aríz en su historia de las Grandezas de Avila, impresa en Alcalá de Henares, año de 1607, en el párrafo 9 al fin dice lo siguiente. Tambien es público y notorio haberse guardado por las leyes anteriores la costumbre de hacer el solemne juramento en el sepulcro de San Vicente, y poniendo en ella mano algun fementido, en pena de su atrevimiento y falsedad secársele poco á poco el brazo; y por esta historia se verá el pleito homenaje que muchos caballeros de Avila para mayor solemnidad y firmeza de lo que entre sí capitulaban, y de no lo quebrantar, le hacian delante del sepulcro, tocando en él con las manos. Lo cual todo cesó por la ley y mandato de los Reyes católicos D. Fernando y Doña Isabel. Hasta aqui el historiador, por cuya relacion se manifiesta la creencia que se tenia de que el que juraba falso en el sepulcro de San Vicente de Avila era castigado por Dios, y que los Reyes católicos fueron á remediar y corregir este abuso por la ley Real, prohibiendo esta especie de juramentos, bien sobre altar ó cuerpo santo, ó en cualquier otro lugar ó iglesia donde habia la creencia de que era castigado por Dios el que juraba falsamente, persuadiendo esto mismo la espresion de que usa la ley, limitando la prohibicion á las iglesias juraderas para manifestar que no prohibia los juramentos en cualquier iglesia, sino en aquellas en que se creia que el que juraba en falso era castigado visiblemente por Dios.

8. Pregunta el Tostado en el lugar citado si en algun caso podrá lícitamente usarse de la purgacion vulgar que no es perjudicial sino al reo como sucede en el juramento, y resuelve que si es lícita tal purgacion quando haya justa causa para practicarla, y pone el ejemplo en una muger á quien tenga por sospechosa de adulterio su marido, y exige de ella que jure sobre el sepulcro de algun Santo que no le ha faltado á la fidelidad. Si ella conoce que de escusarse á jurar ha de tener su marido por cier-

ta la sospecha que le quitára la vida, podrá jurar lícitamente sobre tal sepulcro para libertarse de la muerte hallándose inocente; pero el marido pecará en pedirle esa purgacion. Si la purgacion que exige el marido es la del hierro caliente ú otra peligrosa no debe admitir ni condescender en semejante purgacion, sino antes debe tolerar cualquier mal que le resulte, segun el mismo autor.

9. Acerca de si en la pena impuesta por esta ley se incurre *ipso jure*, ó habrá de preceder sentencia condenatoria, me refiero á lo dicho en la ley 77 de Toro. Por último, es digno de notarse que el mandato del juez no excusa al contraventor de incurrir la pena de la ley.

10. Los diez mil maravedís que impone por pena la ley son de los que se labraron en virtud del arreglo de monedas de oro, plata y cobre que hicieron los Reyes católicos en las cortes de Madrid, celebradas por los años de 1476, en donde señalaron el valor del maravedí de los actuales, como lo dice el señor Cantos en su escrutinio de maravedises, cap. 10, número 7, y en el 11 número 17 cuyo valor se mantuvo hasta el año de 1686 que don Carlos II para dar proporcion entre el vellon y la plata rebajó el real de plata doble á sencillo de ocho cuartos y medio, ó treinta y cuatro maravedises, con cuya rebaja quedaron los maravedises reducidos á la mitad del valor que les dieron los Reyes católicos, segun el mismo autor en el capítulo 12, número 11 y 12, de que se deduce, que los diez mil maravedís del tiempo de los Reyes católicos hacen veinte mil de los nuestros.

Ley 68 de Toro, es la 1.^a, tít. 13, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 5.^a, tít. 16, lib. 40 de la Novísima.

Cumplimiento de las condiciones y pena de comiso puestas en los contratos de censo.

Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, con condicion que si no pagare á ciertos plazos que caya la heredad en comiso, que se guarde el contrato, y se juzgue por él puesto que la pena sea grande y mas de la mitad.

COMENTARIO A LA LEY 68 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.—2. Qué se entiende por censo, según el derecho civil y según el canónico.—3 y 4. Qué sea censo reservativo.—5 y 6. Diferencia entre el contrato de censo y el enfiteutico.—7. Se define el censo consignativo.—8. Division de dicho censo en real, personal y mixto: qué sea el real.—9. Qué sea el personal.—10. Qué sea el mixto.—11. Considerado el censo por razon de la pension, se divide en fructuario y pecuniario, y en cierto é incierto.—12. Se halla mandado que en el censo consignativo la pension se constituya en dinero.—13. Division del censo por razon del tiempo en perpétuo y temporal, y este en redimible é irredimible.—14. Opinion de Covarrubias sobre que el pacto de que habla esta ley solo se admite en el censo reservativo, constituido sin el pacto de ser redimido: opinion de Gutierrez y Mejía sobre que lo mismo sucede aunque el censo sea redimible: opinion de Molina sobre que esta ley no puede tener lugar en el censo consignativo, sino en el reservativo: razon por qué puede tener lugar en éste.—15. Razon por qué no puede tenerlo en el consignativo.—16 y 17. La disposicion de la ley solo habla del censo consignativo, sin poderla estender al reservativo.—18. Opinion de Molina en el mismo sentido, si bien únicamente se practica lo dispuesto por la ley en el censo enfiteutico: opinion de Acevedo sobre que las palabras de la ley «sobre su heredad» se han de entender del que constituye un enfiteusis perpétuo en su fundo.—19 y 20. La esposicion de Acevedo es falsa, pues las palabras «si alguno pusiere sobre su heredad algun censo» no pueden aplicarse al enfiteusis, por el cual el censo no se impone sobre heredad del enfiteuta, sino sobre la del dueño directo: además se haria inútil la disposicion de la ley, pues el derecho civil, canónico y real disponen que el enfiteuta por la omision de pagar la pension por el tiempo que señala la ley, pierda la cosa dada en enfiteusis y la gane el señor del dominio directo.—21. Se corrobora lo mismo de no hablar esta ley de una pena legal, cual es la que se establece por derecho en el censo enfiteutico, sino de una pena convencional.—22. Regla establecida por Justiniano acerca de las penas convencionales, reducida á que cuando hubiese cantidad cierta no debia la pena esceder del duplo, y siendo incierta, el resarcimiento se hacia á arbitrio del juez.—23 y 24. Opinion de algunos autores sobre que tanto en las penas legales como en las convencionales, el interés no puede esceder del duplo: idem de Antonio Perez y Donejo sobre que por ninguna ley se han establecido límites á las penas que no sea permitido aumentarlas por medio de la convencion, por lo que Justiniano habla de la tasa de lo que interesa, cuya cantidad siendo incierta, se ha de fijar por el juez, pero no de la que se señale por la convencion de las partes, la cual es cierta, y aunque esceda del duplo debe pagarse por el reo, puesto que consintió en ella.—25 y 26. Justiniano no habla de las penas legales que se imponen por transgresion á lo dispuesto por las leyes, porque en ellas puede el legislador establecer las penas pecuniarias mas convenientes para impedir los delitos, sino que propone la regla para graduar el interés que ha de abonarse á una de las partes en virtud de las penas convencionales que se pactan, reducida á que en los contratos en que hay cantidad cierta, deben regular los jueces el interés

de las partes, no escediendo del duplo de la cantidad que interviene en los mismos y donde la cantidad es incierta se ha de graduar el interés por el juez arbitrariamente, de suerte que en ambos casos el interés que han pactado las partes no ha sido fijando la cantidad á que debía ascender, sino indicándola para que el juez gradúe.—27 y 28. Asi, pues, no es cierta la interpretacion que hacen de esta constitucion Alciato y Molina, estendiéndola á las penas criminales, y al contrario, es mas adaptable la interpretacion de Donelo y Perez, la que no se opone á lo contenido en esta ley de Toro, que señala la pena en el comiso de la heredad censuaria, aunque escedan en mas de la mitad las pensiones del censo devengadas.—29 y 30. Disposiciones de dos leyes de Partida mas análogas á la de la presente ley de Toro.—31 y 32. Disposiciones de otras dos leyes de Partida que hablan de penas convencionales, asi de cantidad cierta como incierta, sin limitar la cantidad de que no debe esceder la pena.—33. No limitándose por Justiniano el pacto de penar en cualquier cantidad, y permitiendo las Partidas que se pacte la pena del duplo que intervino en el contrato, no hay razon para calificar de injusta la razon de la ley de Toro porque permite que en el censo reservativo se pacte la pena de comiso de la finca censuaria aunque esceda en mas de la mitad el valor de lo que se ha dejado de satisfacer, y para que Gutierrez afirme que debiendo entenderse esta ley de un censo consignativo, se debe tener por rigurosa, porque la pena de comiso en dichos censos es injusta, por lo que solo está recibida en los censos reservativos, perpétuos irredimibles, segun Matienzo y Velasco.—34. Se pasa á examinar la razon de que dicha pena sea injusta en el censo consignativo y no en el reservativo.—35 y 36. No es de la naturaleza y esencia del censo reservativo que se constituya por título meramente lucrativo, pues puede igualmente hacerse por el oneroso de compra y venta, segun el caso que se espone.—37. Se supone el caso que el dueño de una heredad de 3000 rs. imponga un censo de 4000 al 3 por 4000, pactando la pena de comiso.—38. Siendo la pena de comiso por los casos espuestos de igual gravedad en el censo reservativo que en el consignativo, debe ser tan justa en uno como en otro.—39. La razon de que en el censo reservativo se presume que el dueño de la heredad no se enagenaria de ella sino con la condicion de que en caso de suspender el censuario las pensiones, cayese la heredad en comiso, milita igualmente en el censo consignativo, segun se espone.—40. Que el censuario tenga en el censo consignativo el dominio de la heredad con anticipacion al censo, y en el reservativo lo adquiera al tiempo de su constitucion, es una diferencia que no puede influir para impedir ó no su traslacion en virtud del pacto de comiso.—41. Para que la pena de comiso se ejecute en el censo reservativo, quiere Covarrubias que sea perpétuo y no temporal ó redimible, pero Mejía la admite en el censo reservativo redimible, y Gutierrez en el enfiteútico: esto último es contrario á la ley, segun se ha espuesto.—42. El pacto de comiso no es por su naturaleza infuso, como afirma Soto, y puede imponerse por pena y ser justo si se atempera á la gravedad de la culpa.—43. Se corrobora esta doctrina con lo que dispone una ley de Partida.—44. De la presente ley de Toro no hay que recelar los inconvenientes que intentan precaver las de Partida porque en ella no se aprueba el comiso de la finca censuaria sino quando las pensiones atrasadas esceden en mas del valor de la mitad de la heredad, y por las demas consideraciones que se espone.—45. Se pasa á esponer el origen de los censos, especie en que debe pagarse la pension y cuota de que no puede esceder.—46. El censo reservativo trae su origen de los ejipcios.—47. Posteriormente la primera ley nuestra que menciona este censo es la presente de Toro.—48. Segun Albornoz no se halla vestigio del censo consignativo hasta la espulsion de los judios.—49. En Alemania se tenian nociones de él en el siglo XV, segun este autor, y se hace mencion de censos en los Fueros de Valencia y Aragon en tiempo del rey D. Alonso y aun de D. Martin.—50 y 51. Error de Albornoz en cuanto al tiempo de la formacion de las leyes de Toro y rey á quien se atribuyen.—52. Asiente el señor Llamas á la conjetura de Albornoz de que los censos se introdujeron en Castilla á fines del siglo XV, tal vez á semejanza de los juros introducidos en el reinado de Enrique IV: diferencia entre los censos y los juros.—53. En cuanto á la pension, por una ley recopilada, se mandó que los consignativos no pudieran constituirse sino en especie que no fuese dinero, al 44 mil maravedis el millar, cuya ley coartó la de Toro.—54. La cuota marcada en la ley recopilada citada, respecto de los censos, se estendió á los juros.—55. Por los años 1608 y 1621, se rebajó el rédito ó pension á 20 mil el millar y en 1705 á un 33 y un tercio el millar, cuya disposicion se estendió á los juros.—56. La rebaja de D. Felipe V, no se fundó en la mayor abundancia del dinero que hubo con motivo del descubrimiento

de las Américas, sino en la minoración del valor de las haciendas redituables.=57. Baja que tuvo el valor del dinero segun el conde de Florida-blanca.=58. Segun Smit, Say y Destutt de Tracy desde el descubrimiento de América ha bajado el valor de la plata de uno á cuatro, y el del oro de uno á tres, á lo que se atribuye la baja del interés del dinero aunque Say opina lo contrario.=59 y 60. Los censos son justos y lícitos en lo moral segun declaración de los Pontífices y especialmente de Pio V, quien en una constitucion sobre los modos de constituirse los censos requiere para que se reputen justos que se impongan con dineros de presente, aunque este punto no se halla recibido en España.=61. Acerca de la utilidad de los censos en la sociedad opina Lopez Bravo que son peores que la usura.=62 y 63. Opinion en el mismo sentido de Pedro Fernandez, Navarrete, Juan de Solorzano, Alonso de Olea y D. Vicente Vizcaino.=64 al 70. Se entra á defender por el señor Llamas la utilidad de los censos, probándose con copiosas razones y ejemplos que es medio mas conveniente y menos gravoso al que necesita dinero para subvenir á sus necesidades, imponer censo sobre sus heredades que tomar dinero á préstamo ó vender sus fincas.=71. Siendo los censos útiles al que se los impone y ha de satisfacer la pension, no pueden reputarse perjudiciales al Estado y á la sociedad por el que los compra.=72 y 73. El dinero que se destina á la compra de censo, ó estaba antes en circulacion ó separado de ella; si lo primero, no resulta perjuicio á la industria, segun la doctrina de Say que se espone; si lo segundo, fomenta los ramos de la industria, pues siendo estéril, lo hace productivo.=74. Réplica de que el dueño del dinero con que se compró el censo se constituye en la clase de un consumidor ocioso.=75 al 78. Se contesta á esta réplica diciendo que así como cuando un hombre acaudalado emplea en tierras sus capitales para darles á otros en arrendamiento, no puede decirse que este propietario no ejerza industria alguna, pues su interés se halla identificado con el de la agricultura, y este propietario no es otra cosa que un verdadero prestamista de sus tierras segun Destutt Tracy: tampoco puede haber razon para que se tengan por perjudiciales á los censualistas ó compradores de censos que se hallan comprendidos en el concepto general de prestamistas de dinero, aunque en clase mas benéfica.=79. Si se declama contra los compradores de censos debe declamarse contra los propietarios que dan sus tierras en arriendo.=80. Se espone lo lánguidas y mezquinas que serian las especulaciones del comercio, si en ellas solo se invirtiera el capital de los comerciantes.

1. Dispone la presente ley que el que pusiere sobre su heredad algun censo con condicion de que no pagando á los plazos señalados caiga en comiso, quede obligado al contrato y se juzgue por él, aunque la pena sea grande y esceda en mas de la mitad.

2. Antes de tratar de la esposicion de esta ley se hace preciso examinar la naturaleza del censo y sus varias especies, á fin de conocer del que habla la ley. Varias son las significaciones que tiene la voz censo, como se puede ver en Covarrubias, lib. 3, cap. 7, número 1 *var. res.*; pero contrayéndome á la que es propia de la presente materia, digo que el censo ó contrato censual es el derecho de prescribir una pension ánua de la cosa ó persona de otro. El derecho canónico entiendo por censo aquel contrato por el que se concede alguna cosa, reservándose únicamente el concedente una pension ánua ó mensual que tendrá que satisfacer el que ha recibido la cosa, ya de los frutos de ella ó bien en dinero ó en algun equivalente, segun el cap. 6 de *releg. dom.*

3. Se llama este censo reservativo, á diferencia del consignativo, que son las dos especies de censos en que se divide el censo en comun que queda definido.

4. Dicese, pues reservativo porque el que da ó concede la cosa se reserva aquella pension para sí ó para otro, sin recibir en recompensa de lo que concedió otra cosa alguna. Como por este contrato confiere y traslada el conferente todo el derecho que tiene en la cosa, se sigue que no solo

le pasa el dominio útil, como sucede en el contrato enfiteútico, sino tambien el dominio directo, y de aqui nace el vulgar axioma que el censo se paga de cosa propia, y la pension ó cánon de la agena, aludiendo á que la cosa de que paga el enfiteuta la pension pertenece á otro en cuanto al dominio directo.

5. A mas de esto se diferencian el contrato de censo y el enfiteútico en que si el enfiteuta deja de pagar dos ó tres pensiones pierde el dominio útil, el que se transfiere al propietario, lo que no sucede en el contrato de censo aunque no se pague en muchos años.

6. Tambien se diferencian en que el enfiteuta no puede vender el predio sin requerir al propietario, y de no hacerlo pierde el dominio útil, y vendiendo el fundo con noticia del propietario tiene que dar á este el laudemio del precio del fundo, no siendo necesario nada de esto en el que paga el censo, quien puede enagenarlo sin consentimiento del censualista, ni tiene que pagarle cosa alguna.

7. El censo consignativo es el que se consigna y constituye en los bienes de aquel que lo concede, permaneciendo en el concedente tanto el dominio útil como el directo, y si se constituye mediante precio, como regularmente sucede, es verdadera compra y venta, pudiendo tambien constituirse por otros varios títulos, como de permuta, donacion, compensacion, etc.

8. El censo consignativo se divide por razon de la materia en real, personal y mixto. Real, como queda dicho, es el que se funda sobre alguna finca ó fundo del cual se ha de pagar la pension. Al derecho de percibir la pension corresponden en este censo tres obligaciones, una que se halla en la cosa que debe el censo, y esta obligacion se llama real, porque siempre sigue á la cosa que está obligada; otra se llama personal por estar constituida en la persona de aquel de quien es la cosa, porque la obligacion de la cosa es indispensable que redunde en el dueño de ella, y otra obligacion es la cosa que se debe, cual es la pension misma.

9. Censo personal es el que inmediatamente se constituye sobre la persona, obligándose esta á pagar la pension, y en este censo solo hay dos obligaciones, una de la persona y otra de la pension, pues aunque intervenga hipoteca no proviene en virtud del contrato censual, sino por otro contrato dirigido á la mayor seguridad del contrato censual, por lo que no se ha de exigir la pension de la hipoteca sino en el caso de no poder cobrar de otro modo del deudor.

10. Mixto es el que se constituye sobre una cosa y sobre la persona obligándose esta á pagar la pension aunque perezca la cosa obligada.

11. Considerado el censo por razon de la pension se divide en fructuario y pecuniario, el primero es el que se ha de pagar en frutos, y el segundo en dinero; y en cierto é incierto. Cierto es cuando se ha de pagar una cierta cantidad de dineros ó frutos, é incierto cuando se haya de satisfacer la tercera ó quinta parte de frutos, como estableció Josef en Egipto, bien que esta condicion no puede ser lícita sino en el censo reservativo.

12. Por esto en el censo consignativo mandó Carlos V por su pragmática del año de 1534, que es la ley 3, tit. 15, lib. 10 de la Novísima, que la pension que se pagaba en pan, vino ó aceite y otras especies, se reduje-

se á dinero á razon de uno por catorce; véase á Covarrubias *var. res.*, lib. 3, cap. 10, número 3.

13. Por razon del tiempo se divide en perpetuo y temporal, y el perpetuo en redimible é irredimible, de que se infiere que todo censo irredimible es perpetuo, pero no todo censo perpetuo es irredimible. El temporal se subdivide en el que se estiende á un cierto tiempo, como de veinte, ó treinta años, ó á un incierto, como por la vida de uno ó mas hombres, que se llama vitalicio.

14. Vistas las varias especies de censos resta examinar de qué censo habla la ley cuando manda que se guarde el pacto de que caiga el fundo en que se haya constituido el censo en comiso, aunque el dicho pacto sea grande y esceda en mas de la mitad del justo precio. Covarrubias en el cap. 7, número 1, lib. 3, *var. res.*, afirma, que la práctica de los tribunales reales solo admite ese contrato en censo reservativo, constituido sin el pacto de ser redimido; Gutierrez de *jur. conf.* parte primera cap. 34, número 40 al fin, dice, refiriéndose á Mejía, que lo mismo sucede aunque el censo sea redimible, y faltando estas circunstancias, dice que por una benigna interpretacion del derecho jamás obtiene el que pide se le adjudique el comiso en virtud de la ley Real. Molina de *just. et jure*, en la disposicion 381, número 6, y en la 390, número 25, tratado 2, citando á Covarrubias, Medina, Gutierrez y otros, afirma que la ley de Toro no puede tener lugar en el censo consignativo, sino en el reservativo, y es la razon, segun el mismo, por qué en el censo reservativo cómo se concede la heredad ó fundo en cuanto al dominio y propiedad reservándose la pension, puede el que concede el fundo no querer concederlo; sino con el pacto de que no pagándole la pension en tanto tiempo vuelva el fundo á él en cuanto al dominio y propiedad, al modo que el que concede alguna heredad en enfiteusis puede lícitamente no querer concederla en cuanto al dominio útil, sino bajo la misma condicion.

15. No así en el censo consignativo, porque el que lo concede no recibe del que lo compra el dominio útil ni directo, sino únicamente el precio de él, en virtud del cual adquiere el comprador el derecho de percibir cada año la pension estipulada.

16. No se puede dudar que la ley habla del censo consignativo, como claramente se infiere de su contesto, cuando dice que el que pusiere sobre su heredad algun censo con condicion de que no pagando á los plazos señalados caiga en comiso, quede obligado al contrato, pues en el censo consignativo es donde se verifica que el que lo impone los constituye sobre su heredad, conservando el dominio útil y directo de la misma: en una palabra, se constituye deudor y se obliga á pagar cierta pension; lo contrario sucede en el que constituye el censo reservativo, el cual pierde el dominio que tenia en su heredad, y los transfiere y pasa al censuario, que se hace dueño de ella, y es el que queda obligado á satisfacer la pension, de forma que en el censo reservativo el que lo constituye tan lejos está de obligarse á satisfacer pension alguna, que antes bien se constituye acreedor á la misma.

17. Mas claro, la ley dispone que el obligado á pagar el comiso sea el que pone el censo sobre su heredad: es así que en el censo consignativo es donde únicamente se verifica este, pues en el reservativo el que impone el censo tan lejos está de constituirse obligado al comiso, que an-

tes bien se hace acreedor á la pension como verdadero censualista, luego la disposicion de la ley solo habla del censo consignativo, sin poderla entender al reservativo sin violentar manifestamente sus palabras.

18. Del mismo dictámen es el padre Molina en la disputacion 390 citada, siguiendo á Gutierrez *de jur. conf.* parte primera cap. 31, número 10, quien reconoce que estas palabras de la ley «que si no pagare» se refieren á las anteriores «si alguno pusiere sobre su heredad», que es lo mismo que referirse al dueño de la heredad que constituye el censo sobre ella, y de consiguiente dice que habla la ley del que constituye el censo sobre su heredad permaneciendo la heredad censuaria en dominio del mismo dueño que constituyó el censo, lo que únicamente se verifica en el censo consignativo, y despues de referir el dictámen de Covarrubias, que queda citado, afirma con Olano y Alvaro Velasco que la ley Real, aunque espresamente habla del censo, únicamente se practica en el enfiteusis perpetuo, cuya práctica vió observar el mismo Gutierrez en la Chancillería de Valladolid, y en las prácticas, cuestion 168 del lib. 2, confirma lo que deja dicho en el lugar referido. Acevedo, despues de referir mucho de lo que trae Gutierrez, concluye al número 10 diciendo, que las palabras «sobre su heredad» se han de entender del que constituye un enfiteusis perpetuo en su fundo, y las demas palabras con que continúa la ley se han de adoptar á este sentido, y asi se ha de defender intrépidamente.

19. Esta esposicion de Acevedo es no solo falsa sino que haria inútil la disposicion de la ley, pues prescindiendo de la práctica que atestiguan los autores citados, y tambien Orozco y Matienzo, á que no debe atenderse cuando se trata de la verdadera inteligencia que debe darse á las palabras de la ley, la que espresamente dice que si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, cuyas palabras no pueden aplicarse en manera alguna al enfiteusis, porque la imposicion que se hace en el enfiteusis no se impone en fundo propio del enfiteuta, sino en ageno, que lo es el señor del directo dominio, con que mal puede verificarse que la imposicion del censo de que habla la ley se haga en un fundo propio del que se constituye deudor de la satisfaccion del censo.

20. Seria inútil la disposicion de la ley si se hubiera de entender del contrato enfiteutico, pues no solo por el derecho civil y canónico ley 2, C. *de jure emphiteut.*, y el cap. 4, tit. 18 de las decretales, se disponia que no pagando el enfiteuta por dos ó tres años la pension volviase el fundo a señor del directo dominio sino que la ley Real 28, tit. 8 de la Partida 5 espresamente ordena que si la cosa dada en enfiteusis fuese de iglesia ó de orden, y el que la tuviese retuvo la renta ó el censo por dos años ó si fuese de hombre lego por tres, que los señores de ella sin mandado del juez la puedan tomar; donde claramente se manifiesta que el enfiteuta por la omision de pagar la pension por el tiempo que señala la ley perdía la cosa dada en enfiteusis, sino que en la misma se dice, que volvía al señor de ella, luego es claro que el censo enfiteutico no se pone sobre el fundo propio del enfiteuta, y de consiguiente las palabras de la ley «si alguno pusiere sobre su heredad algun censo» no pueden aplicarse al contrato enfiteutico, por el cual el censo no se impone sobre la heredad del enfiteuta, sino sobre la del dueño directo.

21. Todavía se persuade esto mismo con la disposicion de la presente

ley, que habla de un contrato que se celebra con la condicion ó pena convencional de que no pagando á ciertos plazos caiga la heredad en comiso, lo que denota que no se habla de una pena legal, cual es la que se establece por derecho en el contrato enfiteútico, sino de una convencional por convenio de ambas partes.

22. Para proceder en este punto, que no deja de ser oscuro y difícil, con la debida claridad se ha de tener presente que queriendo el emperador Justiniano remover las dudas y cuestiones que se originaban acerca de las penas convencionales, y graduar el perjuicio ó utilidad que se irrogaba, ó de que se privaba á una de las partes por la falta de cumplimiento de lo que se le habia prometido, estableció en la ley única, *C. de sententiis quae pro eo. C. interest*, la regla que debia observarse, reducida á que en todos los casos en que hay cantidad cierta, como en las ventas locaciones y todos los demas contratos, la cuota del interes no debia esceder el duplo de la cantidad de que se trataba, y en los demas casos en que no se trataba de cierta cantidad, como cuando las promesas eran de hacer, por lo que los llama inciertos, dejó al prudente arbitrio de los jueces regular el daño que habia resultado á uno de los interesados para decretar su resarcimiento, debiendo observar lo mismo cuando se habia verificado privacion de lucro ó utilidad, y concluye que tan solamente se han de exigir aquellas penas que pactan con la competente moderacion, ó se establecen por las leyes con cierto fin ó motivo.

23. Tratando de la esposicion de esta ley opinan algunos autores, referidos por Antonio Perez en el Comentario al título dicho del código, que tanto en las penas convencionales como en las legales, el interes no puede esceder del duplo; pero el mismo Antonio Perez se aparta de esta sentencia, y con referencia á Donelo en el capítulo último de su tratado *eo quod interest*, afirma que por ningunas leyes se ha establecido ciertos límites á las penas que no sea permitido aumentarlos por medio de la convencion, lo que dió causa á distinguir las penas convencionales de las legales, porque en estas hay cierto término y modo á que debe sujetarse el juez; pero en aquellas no hay otro modo ó término que el que se fija por la convencion, y asi es de parecer que la constitucion de Justiniano habla de la tasa de aquello que interesa, cuya cantidad es incierta, y por lo tanto se ha de fijar y determinar por el juez, pero no de la que se señala por la convencion de las partes, la cual es cierta y está determinada, y en ella aunque esceda el duplo, debe ser condenado el reo que no cumplió lo que habia prometido.

24. Qué cosa mas justa, prosigue, que el que quede obligado el reo á satisfacer aquella cantidad que señaló y fijó por su propia voluntad, á fin de que el acreedor no fuese engañado en lo que estipuló, lo que se le habia de dar por su interes, el que con precaucion, mirando por sí, redujo la cantidad á una cuota fija para no esponerse á pleitos y litigios.

25. Para hacer ver la verdadera inteligencia que debe darse á la constitucion de Justiniano, y venir en conocimiento de cuál de las dos opiniones que se han referido de los autores citados es mas conforme y arreglada á la letra y espíritu de dicha constitucion, debe suponerse que esta no habla de las penas legales que se imponen por contradiccion ó transgresion á lo dispuesto por las leyes, porque en estas es árbitro el legislador de establecer aquellas penas pecuniarias que tenga por mas conveniente

para impedir los delitos de hacerse obedecer, como sucede frecuentemente en materia de contrabando, en el que comunmente establece la pena de comiso de las mercaderías prohibidas á comercio, y lo mismo en las permitidas si se falta á alguna formalidad prescripta para su introduccion ó transporte por el reino, cuya pena en los géneros permitidos escede veinte ó treinta veces mas á los derechos que habian de adeudar.

26. Trata, pues, Justiniano de proponer la regla que se debe observar para graduar el interes que corresponde abonar á una de las partes en virtud de las penas convencionales que se pactan, asi en los contratos como en otras convenciones, y establece la siguiente distincion: que en los contratos en que por su naturaleza hay cantidad cierta, como en los de venta, arriendo, y comunmente en todos los demas, el interes de la parte deben regularlo los jueces en términos que no esceda del duplo de la cantidad que interviene en los mismos, y en los demas actos ó convenciones en que no espresa cantidad cierta y determinada, el interes de la parte se ha de graduar por el prudente arbitrio de los jueces, examinadas diligentemente las circunstancias del acto, de forma, que asi en los casos de mediar cantidad cierta como en los de no haberla, el interes que han pactado las partes no ha sido fijando y determinando la cantidad á que debia ascender, sino que se han contentado con indicarlo bajo el concepto general de resarcimiento de perjuicios y abono de utilidades por el que dejó de cumplir lo prometido.

27. De esta esposicion de la constitucion de Justiniano se infiere que la inteligencia que le intentan dar Alciato y Molineo no es adaptable á la misma, porque en ella, como se ha visto, no se habla de las penas criminales, sino únicamente de las convencionales, y los espresados autores pretenden estenderla tambien á las primeras, con sola la diferencia de que en las penas criminales ó legales no pueden esceder los jueces del duplo de la cantidad de que se haga mencion, y en las convencionales quieren que los jueces arreglen por un prudente arbitrio, por medio de su pericia y diligencia, el interes del daño irrogado, ó utilidad de que privó á una de las partes, la que no cumplió con lo estipulado.

28. Tambien se deduce que la opinion de Donelo y Antonio Perez es la mas conforme y arreglada á la letra y espíritu de la ley, que no habla de las penas legales, sino de las convencionales, y de estas solo en el caso de que se haya pactado el interes ó resarcimiento de perjuicios y abono de utilidades en general, sin pasar á fijar ó detallar su cantidad, y por la misma se coarta ó limita la facultad de las partes para no poder pactar la pena convencional que tengan por conveniente, aunque esceda el duplo de la cantidad contenida en el contrato, por lo que soy de parecer que la citada opinion de Donelo y Antonio Perez es mas adaptable á la decision de Justiniano, la que no es contraria, ni se opone á la contenida en la presente ley de Toro, porque en esta se señala y determina la pena en que se ha de incurrir en defecto del cumplimiento del contrato esto es, en el comiso de la heredad censuaria, aunque esceda en mas de la mitad las pensiones del censo devengadas.

29. Mas análoga y concreta á la decision de la ley de Toro es la que se encuentra en la ley 32, tit. 5, Partida 3, donde hablando del vendedor de una heredad que pactó la eviccion ó saneamiento de ella, bajó la pena de satisfacer el duplo de su valor, ordena que no solamente debe

pagar el duplo ó el precio doblado tan solamente, «mas la cosa doblada maguer mas valiese,» por cuyas palabras manifestamente se da á entender, no solo que se puede pactar la pena del duplo del precio en el contrato de compra y venta, sino que deja al arbitrio del comprador de mandar el duplo del precio ó el duplo de la heredad, si acaso valia mas que el precio en que se habia vendido.

30. Consiguientemente á esto mismo, prescribiendo la ley 56, tít. 18 de la Partida 3, la fórmula con que debian estenderse las escrituras de compra y venta, entre otras cláusulas pone la de que, si el vendedor ó sus herederos inquietasen al comprador en juicio ó fuera de él en el disfrute ó posesion de la heredad vendida, se les satisfaga el duplo del precio dado por ella, la cual pena dice que la pueda demandar el comprador tantas veces cuantas el vendedor ó sus herederos obrasen contra lo prometido.

31. Tambien hablan de estas penas convencionales las leyes 34 y 40 del tít. 14 de la Part. 5, y en la 1 se dice que si en la promesa se obligó el promitente á satisfacer la pena y á cumplir lo prometido, en tal caso siempre que dejase de cumplir lo que habia ofrecido, podia demandársele la pena y la cosa prometida. En la 2 se dispone que cuando la pena se impone sobre alguna cosa que se obliga á hacer, incurre en ella el que no cumple; pero si fuese estipulada sobre entrega de cierta cantidad podrá exigirla aquel á quien se ha hecho la promesa, con tal que no tenga contra sí la sospecha de usurero.

32. En estas dos leyes se habla, como se ha visto, de penas convencionales, así de cantidad cierta como incierta, y en ninguna se fija y limita la cantidad de que no debe esceder la pena, antes bien en ambas se dispone que el obligado cumpla lo prometido, sin otra escepcion que el ser sospechoso de usurero el que pactó á su favor la pena de cantidad.

33. Si por la constitucion de Justiniano no se limita la facultad de los contrayentes para pactar la pena de cualquier cantidad que tengan por conveniente, y por las de Partida que quedan citadas espresamente se permiten las del duplo de la cantidad que ha intervenido en el contrato, qué razon puede haber para graduar de injusta la decision de la presente ley de Toro, porque permite que en el contrato de censo reservativo se pacte la pena de comiso de la finca censuaria en defecto de pagar las pensiones, aunque el valor de la finca esceda en mas de la mitad el valor de lo que se ha dejado de satisfacer, para que Gutierrez en el lib. 2, cuestion 168 de las civiles, núm. 10, afirme que debiéndose entender la resolucion de la ley de Toro de un contrato censual consignativo, se debe tener por rigorosa, porque la pena de comiso en dichos censos consignativos es injusta é inícuu, por lo que dice que en la práctica nunca fue recibida ni observada, sino únicamente en los censos perpétuos reservativos con pacto de no poderse redimir, y lo mismo dice Matienzo en la ley 4, título 15, lib. 5 de la Recopilacion, afirmando que en los censos reservativos es muy equitativa la práctica de admitir la pena de comiso, la que vió observar y tiene por justa y equitativa, aunque contraria á las palabras de la ley, y lo mismo habia dicho Alvaro Velasco de *jure emphiteutico*, cuestion 32, número 31.

34. Como estos autores, incluso Covarrubias en el lugar arriba citado, reconozcan por justa y equitativa la pena de comiso en el censo reserva-

tivo, y la graduén de inícuá é injusta en el consignativo, se hace preciso examinar la razon ó fundamento en que apoyan su distiucion.

35. No es de la naturaleza y esencia del censo reservativo que su constitucion sea por título meramente lucrativo, pues puede igualmente hacerse por el oneroso de compra y venta, como lo afirmó Lesio en el capítulo 22 de *censibus*, duda segunda, como si se dijera, te vendo esta heredad por tres mil reales, por ejemplo, de los que me darás dos mil, y los otros mil restantes quedarán impuestos al rédito de tres por ciento.

36. En este caso se verifica un verdadero censo reservativo, por el cual el vendedor al tiempo de transferir el dominio de su heredad se reservó el derecho ó censo de recibir cierta pension correspondiente á la parte del precio que dejó de percibir por ella, de forma que aqui se encuentra todo lo que constituye la esencia del censo reservativo, esto es, la traslacion del dominio de la heredad censuaria del vendedor ó censualista en el comprador ó censuario, y la reserva del primero del derecho de exigir cierta pension, y la obligacion del segundo de satisfacerla.

37. Supóngase ahora que el dueño de una heredad de valor de tres mil reales se impone un censo de mil de capital al rédito de tres por ciento, y se pacta la pena de comiso, en caso de no satisfacerse las pensiones por determinado número de años. Asi en este censo como en el reservativo el dominio de la heredad gravada reside en el censuario, y en virtud de la pena de comiso se priva á este de las dos terceras partes del valor de dicha heredad.

38. Ahora bien, si la pena de comiso se pacta espresamente en uno y otro censo, y en ambos es de la misma gravedad, ¿qué causa puede haber para que en el censo reservativo se tenga por justa y arreglada, y en el consignativo por inícuá é injusta?

39. Se alega con apariencia de decir algo de importancia, que en el censo reservativo se presume que el dueño de la heredad no se enagenaria de ella sino con la condicion de que en caso de suspender el censuario el pago de las pensiones cayese la heredad en comiso; pero como en el censo consignativo entrega igualmente su dinero el censualista al censuario, y pacta del mismo modo la pena de comiso, deberá por igual razon presumirse que el censualista de otro modo no se hubiera desprendido de su dinero, sino con la condicion de que en defecto de satisfacer las pensiones el censuario cayese la heredad en comiso, y si no digase qué razon fundada puede darse para que en el censo reservativo el pacto del comiso suponga una condicion, sin la cual se presume que la voluntad del dueño de la heredad no fue de constituir el censo, y que en el consignativo el mismo pacto no suponga igual condicion, sin la cual la voluntad del dueño del dinero fue el no entregar su dinero á censo.

40. El que el censuario en el censo consignativo tenga el dominio de la heredad con anticipacion al censo, y en el reservativo lo adquiera al tiempo de la constitucion del mismo, es una diferencia que nada puede influir para impedir ó no su traslacion en virtud del pacto de comiso, porque el dominio no adquiere su legitimidad y firmeza en virtud del tiempo que se tiene, sino del título de su adquisicion.

41. Añade Covarrubias en el lugar citado, otra condicion ó requisito para que la pena de comiso tenga lugar y se ejecute en el censo reservativo, y es la de que este ha de ser perpétuo y no temporal ó redimi-

ble; como no da la razon en que funda esta diferencia, y por otra parte se echa de ver que en nada puede contribuir la perpetuidad ó temporalidad de censo para atribuir efectos tan diferentes á la pena de comiso, quando siempre esta recae sobre moroso en satisfacer las pensiones del censo, y á mas por la uniformidad ó paridad establecida arriba entre el censo reservativo y consignativo en cuanto á la pertenencia del dominio al censuario, parecia que por igual razon en el censo consignativo deberia admitirse la misma distincion en cuanto á incurrir en la pena de comiso si era perpétuo y no temporal, por lo que tengo por perdido é inútilmente gastado el tiempo que se ocupe en adivinar el fundamento de la distincion de Covarrubias, contentándome con advertir que Luis Mejía, discípulo de Covarrubias, en su segunda parte, fundamento segundo, en el Comentario á la ley real de Toledo, núm. 36, se aparta de la opinion de su maestro, admitiendo la pena de comiso en el censo reservativo redimible ó temporal, y del mismo dictámen es Gutierrez en su tratado del juramento confirmatorio, parte primera, cap. 34, núm. 40 al fin, entendiéndolo del censo enfiteútico, cuya inteligencia no solo es contraria á las palabras espresas de la ley, como se ha manifestado arriba, sino que hace inútil su disposicion, pues no solo por el derecho civil, sino por el canónico y real de las Partidas estaba dispuesto, que no pagando el enfiteuta por el espacio de tres años la pension, volviese la heredad ó fundo al señor del directo dominio, ley 2, C. de *jure emphiteutico*, cap. 4, tít. 18 de *locato et conducto*, lib. 3 de las Decretales, y la ley 28, tít. 8, Partida 3.

42. El pacto de comiso no es por su naturaleza inícuo é injusto, como lo afirma Soto de *justitia et jure*, lib. 6, art. 2, donde reconoce que se puede imponer por pena, y cita en comprobacion la presente ley de Toro, advirtiendo que para que la pena sea justa se ha de atemperar á la gravedad de la culpa, cuyo temperamento cuadra muy bien con la esposicion que hace Juan de Medina en su código de *restitutione, de cens. redimib.*, folio 181, donde hablando de la presente ley afirma, que su resolucion tomada en un sentido absoluto seria injusta, porque si en una heredad de cuatro mil ducados de valor se hallase constituido un censo pequeño de veinte ó treinta, que redituase un ducado de pension, y se pactase el comiso de la heredad, si no pagaba el censualista en dos ó tres años la pension ó censo, se seguiria que por los dos ó tres ducados de las pensiones, y los veinte ó treinta del capital del censo, tenia el censualista un justo título para adquirir toda la heredad que valia cuatro mil ducados, lo que ciertamente no puede admitirse.

43. Se corrobora esta doctrina con lo que se dispone en la ley 44, título 5, Partida 5, y en la 42, tít. 13 de la misma Partida, en las que espresamente se prohibe el pacto de que caiga en comiso la cosa que se da en prendas, si al dia señalado no se vuelve la cantidad que se prestó, ó no se cumple lo prometido, por el perjuicio que se seguiria á los que precisados de la necesidad empeñaban alguna alhaja ó finca por el dinero tomado á préstamo.

44. De la ley de Toro no hay que recelar los perjuicios de que habla Medina, y los inconvenientes que intentan precaver las leyes citadas de Partida, porque en dicha ley no se aprueba el comiso de la finca censuaria por cualquiera atraso de pago de pensiones, sino que lo estiende á

cuando estas escedan en mas de la mitad el valor de la heredad, y como por otra parte queda ya manifestado que las penas convencionales que no escedan del duplo de la cantidad cierta son justas y legales, se deduce por una consecuencia legítima que la decision de la ley de Toro solo estiende el permiso de la pena de comiso á quando la cantidad de las pensiones devengadas no escedian al duplo del valor de la heredad censuaria, con lo que queda precavido el inconveniente de aplicar la decision de la ley de Toro al censo reservativo contra las palabras de la ley, lo que no es permitido ni á los comentadores, ni aun á los tribunales supremos, porque como observa Juan García en el capítulo 9 de su tratado *de expensis*, número 68, hablando de este caso dice que los tribunales supremos tienen obligacion de consultar al Príncipe en los casos dudosos, ó de entender la ley en el sentido que espresan sus palabras.

45. Habiendo manifestado ya la inteligencia que debe darse á la decision de la presente ley, convendrá para su mayor ilustracion decir algo del origen de los censos reservativo y consignativo, de la especie en que debe satisfacerse la pension por nuestras leyes reales, y la cuota que no puede esceder.

46. El censo reservativo es de una data tan remota y antigua, que trae su origen de los Egipcios en tiempo en que José, hijo del patriarca Jacob, era primer ministro del rey Faraon, quien despues de haber comprado todas las tierras de sus súbditos, en precio del grano que les dió para mantenerse en los siete años de esterilidad que sufrió el pais, les volvió á dar las tierras, reservándose el derecho de percibir la quinta parte de sus frutos, segun consta del capítulo 47 del Génesis.

47. Posteriormente á esta época no se hace mencion de este censo, ni en las leyes romanas, ni en el código gótico; ni en el Fuero Real, ni en el de las Partidas ni en el Ordenamiento Real en que se recopilaron las leyes de los reyes sucesores á don Alonso el Sábio hasta los reyes católicos, ni tampoco se halla el menor vestigio del censo consignativo en estas diversas épocas, de forma que la primer ley que se halla en nuestros códigos legales que habla de censos, especialmente del consignativo, es la presente de Toro, que se ha insertado en la 1.^a del título 13, lib. 40 de la Novísima.

48. Tratando el sutil y diligente Bartolomé de Albornoz de señalar la época ó tiempo en que se introdujo en Castilla el censo al quitar, por el que entiende el consignativo, afirma en el lib. 3, tit. 2 del arte de los contratos, que el censo al quitar es tan nuevo en Castilla, que hasta el año de 1492, en que los reyes católicos espelieron á los judios de España, no ha encontrado vestigio de este censo, sin embargo de las diligencias que habia practicado conducentes al intento.

49. El mismo autor supone que en Alemania ya habia nociones de este censo á principio del siglo XV, y cita en comprobacion la decretal del Papa Martino V, que se halla en el título de *emptione et venditione* de las extravagantes comunes, dada en el año 8.^o de su pontificado, que corresponde al de 1425, y tambien es de opinion que en los fueros de Valencia y Aragon se hacia mencion de dichos censos, especialmente en tiempo del rey don Alonso, que conquistó á Nápoles, y aunque no cita ninguno perteneciente á este Rey, no puede dudarse que en la época anterior de don Martin, rey de Aragon, ya se encuentra un fuero que disponia acerca de esta especie de censos, y es el único del título de *censalibus* de 1398, de

que infiere que si hubiera habido en Castilla nociones de estos censos se hallarian leyes que hablasen de ellos, las que no se encuentran, siendo las mas antiguas que tenemos las de Toro, hechas en el año 1509 por la reina doña Juana, lo que reputa por un argumento urgentísimo de lo que acaba de decirse.

50. Por lo que hace á la época de la formacion de las leyes de Toro, y el autor á quien se le atribuye, comete Albornoze dos errores capitales, pues es bien sabido que las leyes de Toro no se publicaron en el año que supone, sino en el de 1505, y su autor no fue la reina doña Juana, sino los Reyes católicos don Fernando y doña Isabel.

51. Feliciano Solís, catedrático de derecho canónico en la universidad de Alcalá de Henares, en el lib. 4, capítulo 4, número 48 de su tratado *de censibus*, refiere los dos errores de Albornoze, sin impugnarlos, de que se infiere que no los conocia, lo que presta un manifiesto convencimiento de cuán escasas y equivocadas eran las noticias que tenian estos autores de la historia de nuestra jurisprudencia ó cuerpos legales, sin embargo de ser ambos tenidos por criticos y diligentes, y haber publicado sus obras en el siglo XVI, y á pesar de esto ignoraban los hechos acaecidos á principios del mismo siglo.

52. Tengo por fundada la conjetura de Albornoze, de que los censos se introdujeron en Castilla á últimos del siglo XV, á imitacion de lo que ya se practicaba en el reino de Aragon, y acaso podrá decirse con igual probabilidad que á semejanza de los juros introducidos en Castilla en el reinado de don Enrique IV se establecieron los censos, pues entre estos y los juros no hay otra diferencia sino la de que los juros se imponian sobre las alcabalas, tercias y otras rentas de la corona, y los censos sobre los bienes de los particulares, comprándose unos y otros por cierta cantidad de dinero, con obligacion de satisfacer la pension que señalaba, bien fuese en maravedis ó en otras especies, como se puede ver en el capítulo 95 de la crónica de los Reyes católicos, escrita por su cronista Hernando del Pulgar, donde refiere las esquisitas diligencias que practicaron los mismos Soberanos en las córtes de Toledo de 1480, con el fin de averiguar los juros de origen vicioso de los que no lo eran, anulando unos y moderando ó confirmando otros, de que dimanaron las leyes 10 y 44 del título 5, lib. 3 de la Novísima.

53. Por lo que hace á la pension que debia satisfacerse por los censos se ordenó en la ley 3, título 15, lib. 40 de la Novísima, que desde allí en adelante, esto es, desde 1534 no se pudiesen constituir censos al quitar bajo la condicion de que la pension se haya de satisfacer en pan, vino, aceite ú otra cualquier especie que no sea dinero, y se mandó que los censos que en otro modo se hubieran constituido en dichas especies se redujesen á dinero al respecto de catorce mil maravedis el millar, que viene á corresponder á un poco mas del siete por ciento, por cuya disposicion se coartó y moderó la resolucion de la ley de Toro, que general é indefinidamente permitia la constitucion del censo consignativo al quitar en dinero ó en especie.

54. Aunque ha permanecido invariable la ley que prohibia constituir las pensiones de los censos en otras especies que en dinero efectivo, no ha sucedido lo mismo con respecto á la cantidad ó cuota de dicha pension. Se ha visto que por la ley 3 del título y libro citado, que fue del empera-

don Carlos V y de su madre la reina doña Juana, se limitó la cuota ó tasa de la pension á poco mas del siete por ciento del capital, y lo mismo quiso que se observase el rey don Felipe II en el año de 1563, segun consta de la nota primera del referido libro y título, estendiendo su disposicion á los juros que el Rey hubiese vendido ó vendiese en adelante.

55. Por los años de 1608 y 1621 se moderó ó rebajó el rédito ó pension de los censos, como se echa de ver en la nota segunda de dicho título publicadas por don Felipe III y don Felipe IV, en que se prohíbe que los censos al quitar se constituyan á menos precio de veinte mil el millar, que equivale al cinco por ciento de capital, cuya providencia confirmó don Carlos II en el año de 1680, segun consta de la ley 5, tit. 14, lib. 10 de la Novísima, y últimamente don Felipe V por su pragmática de 1705 rebajó y fijó el rédito de los censos á un tres por ciento, y el precio de sus capitales á un treinta y tres y un tercio al millar, ley 15 del espresado título y libro, habiendo estendido esta su disposicion en el año 1727 á los juros, segun consta de la ley 4 de igual título y libro de la Novísima. La resolucion de don Felipe V, quiso su hijo que se observase y estendiese á toda la corona de Aragon desde el año 1750, ley 9, del mismo título y libro.

56. Se hace reparable que la razon en que fundó D. Felipe V la rebaja que hizo del rédito de los censos en su pragmática de 1705, no fue en la mayor abundancia del dinero, sino «en que el tiempo habia minorado el valor de las haciendas redituales, no habiendo alguna que produzca el rédito ó frutos que antes hizo, proporcionados los intereses a razon de veinte mil el millar,» sin hacer la mas minima mencion del valor que fue teniendo la moneda con motivo de su mayor abundancia desde el descubrimiento de la América. Hablando de los intereses del dinero el señor conde de Floridablanca en el espediente del reverendo obispo de Cuenca, al folio 101 vuelto, número 444 y siguiente, dice lo que sigue. Los intereses del dinero son un barómetro, cuya baja ó subida demuestra la estimacion legítima de la moneda, su valor ó envilecimiento. Baja precisamente el rédito de una alhaja si ella se deteriora ó envilece. Mas vale lo que mas produce, y por el contrario.

57. Contrayéndose despues al rédito de los censos, refiere las variaciones que quedan notadas, y consta de las leyes que se han citado, de que iafiere al núm. 148 que comparándose el valor antiguo al que actualmente se experimenta, se verá la baja prodigiosa que ha tenido la estimacion del dinero, infiriendo con respecto á los censos que desde el año de 1572 un capital de catorce mil valia tanto como lo que ahora vale uno de cincuenta ó de cuarenta, de que concluye, que por una regla clara y moderada de proporcion se descubre que sin exageracion tenia el dinero algo mas de dos terceras partes de mayor estimacion el año de 1572 que al tiempo presente, ó dos siglos despues.

58. Conviene los mas sábios economistas, como son Smit, Say y el conde Destutt de Tracis, que desde el descubrimiento de la América ha bajado ó disminuídose el valor de la plata de uno á cuatro con corta diferencia, y de uno á tres el del oro, que es decir, que la plata ha perdido tres cuartas partes de su valor antiguo, y dos terceras el oro, á lo que comunmente se atribuye la rebaja del rédito de los censos, y generalmente la del interés del dinero. Pero Say en el cap. 13 y 14 del núme-

ro 4 de su economía política, y de su edicion castellana, fólío 474 del año 7, y en el cap. 8, núm. 2 del anterior tratado, refundido y aumentado por el mismo autor en la edicion castellana del año de 1816, fólío 361, establece como cosa segura y manifiestamente cierta «que la abundancia ó escasez del dinero, de la moneda ó cosa que lo valga, no influye absolutamente nada en la tasa del interes, al modo que no influye tampoco la abundancia ó escasez de la canela, de trigo ó de los tegidos de seda.» Cuya opinion podrán examinar los que desean instruirse en la economia política, tan necesaria y útil para la prosperidad de los gobiernos, bajo cualquiera constitucion.

59. No será fuera de propósito, antes bien lo creo muy conveniente, decir algo de la justicia de los censos, y en especial entrar á examinar si son útiles ó perjudiciales en lo político, acerca de lo cual hay autores nacionales de la mayor nota y gravedad que los reputan por perniciosos.

60. Que los censos sean justos y lícitos en lo moral, lo tienen declarado repetidas veces los soberanos Pontífices, como se echa de ver en el capítulo 1 y 2 del tit. *de emtione et venditione* de las estravagantes comunes en que los papas Martino V y Calisto III á los principios del siglo XV, y poco mas de la mitad del mismo,* publicaron sus constituciones, y posteriormente en el siglo XVI San Pio V publicó su bula en 1568, en donde prescribe varias formalidades y requisitos que deben observarse en la constitucion de los censos, para que sean tenidos y reputados por justos, y entre dichos requisitos es uno que se impongan y sienten con dineros de presente, cuya bula en esta parte no está recibida en España, como consta de la ley 10 del citado tit. 15, de que se suplicó por el fiscal de S. M., y tambien de otros puntos contenidos en la misma, y con referencia á Gutierrez en sus prácticas, núm. 2, cuestion 177, en que habla de la súplica que interpuso al Pontífice el rey D. Felipe II acerca de varios puntos que se contenian en la espresada bula, dice el papa Benedicto XIV en el núm. 10, cap. 5 de *sinodo diocesano*, que el papa San Pio V, aunque concedió á los españoles á instancia de su rey D. Felipe II que no observasen aquellas condiciones que no son de derecho natural ni divino, con todo, sospecha con harto fundamento que en el censo meramente personal, especialmente redimible por una y otra parte, son necesarias, no solo aquellas condiciones que exige la constitucion pontificia, sino tambien el mismo derecho natural y divino, para evitar no sea un contrato *de mutuo* disfrazado y encubierto y usurario delante de Dios.

61. Menos dificultad presenta á mi parecer la resolucion de la duda de si los censos son ó no útiles en la sociedad, aunque son bastantes los autores que les niegan esta cualidad: Mateo Lopez Bravo en el núm. 3 de *rege, et regendi ratione* es de dictámen que los censos son peores que la usura, porque de ellos se sigue y origina cada dia la disminucion de las negociaciones, y se aumentan los ociosos, de que dimana la inaccion, el lujo y la despoblacion.

62. Del mismo dictámen es Pedro Fernandez Navarrete, en el discurso 39 de sus políticos ó conservacion de las monarquías, fólío 270, y afirma que mientras haya en la república juros y censos no habrá estimacion de la labranza: D. Juan de Solorzano en el tomo 2 de *Indiarum jure*, núm. 1, cap. 14, núm. 113, se conforma con el dictámen de los autores referidos: D. Alonso de Olea en el tit. 7, cuestion 2, núm. 7 de *cesione*

jurium, alabando por justas las disposiciones de las leyes 2, tít. 45, y la 4, tít. 46, lib. 40 de la Novísima, que prohíben que se impongan nuevos censos sobre fincas que ya están gravadas con otros, ocultando esta cualidad, esclama; ¡ojalá nuestras leyes no solo prohibieran semejantes fraudes, sino que impidieran, ó por lo menos no permitieran, sino con conocimiento de causa la imposición de nuevos censos que disminuyen el patrimonio de los ciudadanos, hacen á los hombres ociosos é inútiles, y minoran la agricultura y el comercio.

63. Don Vicente Vizcaino en el año de 1766, publicó sus discursos políticos sobre los estragos que causan los censos, y procurando multiplicar y agravar estos estragos nada ha añadido en realidad á lo que han dicho los autores que se han referido, pues aunque en el núm. 46 se propone persuadir que los censos, en especial los consignativos redimibles, son ocasion de muchos males espirituales y temporales, toda la prueba de su proposicion la reduce al siguiente silogismo: los censos son padres de la ociosidad: esta es madre de todos los vicios; luego los censos son la raíz de todos ellos; pero todo este silogismo y la prueba que de él se lisongea sacar el autor se desvanece y disipa, negando la proposicion principal en que atribuye á los censos ser padres de la ociosidad, cuya falsedad haré demostrable en el progreso de este discurso.

64. Contra este torrente de autoridades, que mas bien deben reputarse efecto de rutina que de reflexion, á semejanza de lo que dijo Decio, jurisconsulto italiano del siglo XV en el consejo 499, donde hablando de los jurisconsultos de su tiempo se explica en estos términos: *doctores nostri aves imitantur quia una volante ceterae inconsulto sequuntur*, se presenta la esperiencia de lo que cada dia sucede, apoyada de la razon, que debe ser el único móvil y fundamento de nuestras opiniones. Pasemos á demostrarlo.

65. Se halla un propietario de fincas en la necesidad de costear ciertos gastos superiores á sus ahorros, bien sea que la necesidad dimanee de infortunio ó calamidad, como de una enfermedad grave, dispendiosa y dilatada, ó que provenga de tener que reparar algun edificio ruinoso, como sucede con harta frecuencia, especialmente en casa de mayorazgo ó vinculada. Tambien suelen imponerse censos con el fin de desmontar algun terreno, darles riego á tierras de secano, ó de resguardarlas con alguna cerca, y por último, no es extraño que con motivo de tomar estado ó darlo á alguno de sus hijos, ó posesionarse en algun empleo, necesite el agraciado agenciar las sumas de dinero que crea indispensables para salir de sus apuros.

66. En todos estos casos se ve el menesteroso en la triste precision de recurrir á tomar dinero á interés, vender sus fincas ó gravarlas con algun censo: si elige el primer medio de tomar dinero á interés, su suerte será mas gravosa, por ser mayor el rédito del interés del dinero que el de los censos, como consta de la ley 20, tít. 1, lib. 40 de la Novísima, donde el emperador Carlos V y su madre la reina Doña Juana prohibieron que el rédito del interés del dinero no pudiese esceder del diez por ciento, y en la ley 4 del tít. 45 del mismo libro, que es de los mismos soberanos, y del año de 1534, como la anterior, redujeron el interés de los censos al respecto de catorce mil el millar, que viene á salir á poco menos del siete por ciento, y sucesivamente se ha ido disminu-

yendo y bajando el interes ó rédito de los censos al tres por ciento, como queda manifestado.

67. La razon por qué es menor el rédito del censo que el del interes del dinero, se funda en la mayor seguridad que presenta para su cobro la finca, y respecto del capital el menor peligro que corre este que cuando está espuesto á la contingencia de las negociaciones, como lo indica el señor conde de Floridablanca en el número 446 del lugar citado arriba.

68. Si el que necesita dinero se vale del segundo medio de pasar á enagenar alguna de sus fincas, se hace su suerte mas gravosa, pues aunque no queda gravado con la obligacion de la pension, pierde por entero los productos de la finca, que siempre habian de ser de mayor valor que el del rédito del censo, y acaso no volverá otra vez á recuperarla y á sustituir otra en su lugar.

69. Si, pues, el tomar dinero á préstamo ó enagenar sus fincas es mas gravoso al que necesita de numerario, que el imponer un censo sobre sus heredades, se hace necesario reconocer que la imposicion de los censos es el medio mas conveniente y menos gravoso al que necesita dinero para subvenir á sus necesidades que los otros dos medios indicados.

70. Siendo, pues, los censos el medio mas fácil y menos gravoso para encontrar el dinero que se necesita, no pueden reputarse como perjudiciales en lo político al que los vende ó se los impone, y de consiguiente toda su odiosidad deberá recaer sobre el censualista ó el que los compra por medio de su dinero, lo que voy á persuadir es un manifesto error.

71. Supuesto que los censos son útiles y beneficiosos al que se los impone y ha de satisfacer la pension, ¿podrán reputarse perjudiciales al Estado y á la sociedad por el que los compra? En manera alguna, porque implica que lo que es útil y beneficioso á los censuarios como miembros de la sociedad sea perjudicial y dañoso á la misma de parte de los censualistas, asi como seria una manifesta implicancia que siendo útiles y provechosas al comercio las ventas de géneros, le fuesen perjudiciales las compras de los mismos, siendo necesariamente correlativas.

72. El dinero que se destina á la compra de censo ó estaba ya antes en circulacion ó separado de ella y ocioso: si se dice lo primero, ningun perjuicio puede resultar á la industria, agricultura y comercio de la nueva inversion dada á aquel capital, pues como afirma Say en el lib. 1, capítulo 14, fol. 167 de la primera edicion ya citada de su tratado de economia política, «en cualquier mano que se acumulen los capitales, es una misma la utilidad que de ellos resulta, y á la nacion, con tal que se hallen en poder de quien los sepa emplear y hacer productivos.»

73. Si el capital empleado en la compra del censo se hallaba ocioso y fuera de circulacion, tan lejos estaba su dueño ó propietario de causar perjuicio á cualquiera de los ramos de industria indicados, que antes bien debia con razon reputarse por fomentador de los mismos, porque un capital que antes era estéril, lo ponía en movimiento y circulacion, para hacerlo productivo por manos del censuario que deberia considerarse como el empresario, pues segun los economistas en todo ramo de fabricacion interviene realmente sabio ó capitalista, empresario y obrero: el primero pone el capital, el segundo la aplicacion y el tercero la ejecu-

cion, como puede verse en el tomo 1, fol. 97 de los principios de economía política del conde Destutt de Tracy, citado arriba.

74. Acaso se dirá que el propietario ó dueño del dinero con que se compró el censo no ejerce industria alguna que le rinda ganancias, sino que se constituye en la clase de un consumidor ocioso, que se propone vivir de la pension ó renta con que le contribuye el censuario en virtud del dinero que recibió de él, ó mas bien de su valor, pues el dinero inmediatamente desaparece y se trasforma en otras tantas especies cuantos son los cambios ó permutas que se hacen con él.

75. Para resolver esta réplica, que á primera vista se presenta con apariencias de sólida y fundada, será conveniente valirme de un ejemplo que por comun y cotidiano está al cance de todos, y nadie podrá dudar de la semejanza y paridad que guarda con el que tratamos.

76. Cuando un hombre acaudalado emplea en tierras sus capitales, no para cultivarlas por sí, sino con el fin de darlas á otros en arrendamiento, y percibir sus réditos sin cuidar de si el empleo ó uso que hace en ellas el arrendatario le es perjudicial ó ventajoso, ¿podrá decirse que este propietario ó capitalista no ejerce industria alguna que le rinda ganancia, si no que se constituye en la clase de un consumidor ocioso que se propone vivir del arrendamiento con que le contribuye el colono ó empresario en virtud de las tierras que le arrendó?

77. Tan lejos está de que se considere á este propietario de posesiones territoriales por ocioso y perjudicial á la industria y comercio, y en particular á la agricultura, que antes bien se admira el conde Destutt de Tracy en el cap. 4 del tomo 1, folio 122 de la edicion ya citada, que se haya confundido ó identificado su interes con el de la agricultura, que le es tan ageno como lo es el de los prestamistas de dinero, con respecto al de las empresas que hacen los que le toman, y del amor y respeto superstitioso con que casi todos los hombres, y particularmente los agrónomos, miran á los grandes propietarios territoriales llamándolos columnas del estado, almas de la sociedad y padres sustentadores de la agricultura, al paso que dan los nombres mas ignominiosos y viles á los prestamistas del dinero que hacen cabalmente lo mismo que ellos: hasta aqui dicho autor.

78. Si segun este sabio economista los propietarios territoriales que dan sus tierras para que otros las cultiven no son en realidad otra cosa que unos verdaderos prestamistas de las mismas, y á pesar de esto se les elogia y alaba como protectores y fomentadores de la agricultura, que les es tan agena como lo es á los prestamistas de dinero las empresas del que lo toma, ¿qué razon puede haber para que se desprecie, vitupere y se tenga por perjudiciales á los censualistas ó compradores de censo, que ciertamente estan comprendidos en el concepto general de prestamistas de dinero, aunque en una clase mas beneficosa y moderada, como que en ella se prescribe y señala el tanto de que no debe esceder la pension, cuando en los meros prestamistas el interes del dinero no tiene otra limitacion que el prudente arbitrio y convenio de los interesados?

79. Declámese, pues, quanto se quiera contra los compradores de censo y prestamistas de dinero, déseles los odiosos títulos que sugiera la passion ó la ignorancia, pero no se perdone á los grandes propietarios territoriales que dan sus tierras para que otros las cultiven por estar en el mismo ó en igual caso que los anteriores.

80. ¡Qué lánguidas y mezquinas serian las especulaciones del comercio, si en ellas se invirtiera solo el capital de los comerciantes! ¿en qué se ocuparían tantos empresarios que incesantemente se dedican á todo género de producciones con caudales ajenos? ¿y qué aspecto presentaría la agricultura si privativamente los propietarios se empleasen en el cultivo de sus tierras, con exclusion de tantos colonos y jornaleros que continuamente trabajan en beneficiar terrenos ajenos con igual ó mayor esmero que lo harían sus dueños, sin haber podido acumular capitales para hacerse propietarios territoriales? ¿y á qué vendrían á reducirse las grandes poblaciones que ahora vemos si en ellas los propietarios de casas las habitasen por sí sin arrendarlas á los que carecian de ellas? Sin duda que la mayor parte de los individuos de estas poblaciones tendrían que quedarse á la inclemencia, espuestos al rigor de las estaciones, porque si á la mayor parte de los artesanos menestrales y jornaleros apenas les sufraga para su sustento y el de su familia las cortas producciones de su industria, ¿cómo podrían hacer ahorros para comprar tierras ó edificarse habitaciones? Cesen, pues, las declamaciones contra los censualistas, y conozcamos la gran semejanza que hay entre estos, los prestamistas de dinero, de tierras y de casas, sino queremos alucinarnos, con la diferencia de los nombres, y hacernos el juguete de las palabras; porque como dice el juicioso Mr. Destutt al folio 124, de su citada obra de sus principios de economía, «no es posible racionar bien sin fijar antes de todo el significado invariable de las palabras y cuando no se raciona bien es imposible que las ciencias hagan progresos.»

Ley 69 de Toro, es la 8.^a tit. 10, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 2.^a tit. 7.^o, lib. 10 de la Novísima.

Prohibicion de hacer donacion de todos sus bienes.

Ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes.

COMENTARIO A LA LEY 69 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Es comun doctrina que la donacion de todos los bienes presentes y futuros, es nula por derecho civil: pero algunos autores, entre ellos Perez y Kees, siguen contraria opinion, á la cual se adhiere el señor Llamas.—3. Duda sobre si la donacion de todos los bienes presentes, en la que se reserva el donante el usufructo es válida: Covarrubias se inclina á la negativa, aunque los tribunales aplican la afirmativa.—4. Razones en que funda Covarrubias su opinion, á saber, que entendiéndose la donacion de todos los bienes de los de presente, no puede reputarse el usufructo entre estos, porque el usufructo que pertenece al donante al hacer la donacion es casual, y el que se reserva es el formal que no tiene lugar hasta despues de hecha la donacion: se rebate esta razon.—5. Impugnacion del fundamento de Covarrubias por Molina, diciendo, que un mismo usufructo es el que estando junto con el dominio directo se llama causal, y separado de él, formal, y solo se diferencia accidentalmente en cuanto está separado ó junto con el dominio directo, por lo que aunque cuando se traslada en el donatario por la donacion el dominio directo, el usufructo que antes era causal se diga formal, no obsta que el donante se reserve el usufructo que tenia antes de la donacion, por lo que se lo reservó de los bienes presentes que tenia al hacer la donacion: nuevas razones rebatiendo dicho fundamento.—6. Segundo fundamento de Covarrubias sobre que los doctores confiesan que la donacion que se hace de todos los bienes reservándose el usufructo es una donacion de los bienes presentes, porque no puede el donante testar de él: se contesta por Molina que aquel usufructo era parte de los bienes que tenia el donante al tiempo de la donacion, y el no poder testar de él el donante es porque dicho usufructo espira con el donante.—7. Nueva razon en apoyo de lo espuesto.—8. Tercer fundamento de Covarrubias sobre que el motivo de la prohibicion de esta ley es porque quiere que para que la donacion sea válida se reserve el donante alguna parte de los bienes presentes de la que pueda testar al hacer la donacion, y del usufructo formal no puede testar.—9. Contestacion de Molina sobre que la razon de la ley fue que los vasallos no quedasen privados de todos sus bienes, que el donante puede vender el derecho que se reserva y testar del precio y lo demas que se alega.—10. Cuarto fundamento análogo al anterior.—11. Se contesta por Molina con razones análogas al precedente: se adhiere el señor Llamas á la opinion de Molina.—12. Limitaciones que padece la presente ley, á saber, la donacion de todos los bienes que se hace por causa onerosa, y segun Molina y Acevedo, la hecha á la iglesia ó por causas piadosas; pero Llamas cree que estas dos serán nulas por derecho real.—13 y 14. Duda sobre si la donacion de todos los bienes presentes será válida hecha con juramento: opinion de varios autores por la negativa, si se hace de todos los bienes presentes y futuros, porque si la donacion era de todos los bienes se quitaria la facultad de testar, lo que es contra las buenas costumbres.—15. Se rebate esta opinion por Covarrubias y Molina, porque el privarse de la facultad de testar no es pecado mortal ni venial, por otras razones que se esponen, y porque aunque sea inválida dicha donacion puede confirmarse por el juramento, como se confirman por él otros actos nulos por las leyes.—Nota. Remision á la nota espues-

ta en el núm. 82 del Comentario á la ley 61.—16. Menor dificultad de resolver esta cuestion quando la donacion se hace de todos los bienes presentes, pues por ella no se priva el donante de la facultad de testar, por lo que algunos autores que están por la negativa en la cuestion anterior, llevan la afirmativa en esta, como sucedió á Gomez.—17. Ley de Partida que permitia la donacion de todos los bienes presentes: ley del Fuero Real que la prohibia, la cual ratificó la presente de Toro.—18. Doctrina de Acevedo de que para que la donacion de todos los bienes presentes se confirme por el juramento ha de sobrevivir mucho tiempo el donante ó adquirir bienes despues de la donacion de que puede testar, por lo que aconseja se tenga en el caso de la donacion de todos los bienes futuros, por lo que aconseja se tenga la cautela de reservarse algo de que poder testar.—19. Esta sentencia es inútil porque la donacion de todos los bienes presentes y futuros, se confirma por juramento, y lo mismo la de los presentes aunque se muera al punto el donante ó no adquiriera otros bienes.

1. Prohibe la presente ley que ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes.

2. Es comun doctrina entre los juristas que la donacion de todos los bienes presentes y futuros es nula por derecho civil, como lo sienta Covarrubias en la rúbrica segunda *de testamentis*, número 8 y siguientes, pero sin embargo, reconoce en el número 43 que algunos autores que cita se separan de esta opinion, á los que se pueden añadir el Antonio Perez en el título *de donationibus*, en el código y el Kees en el Comentario á las instituciones, tit. 7, lib. 2, número 21 y siguientes, donde con sólidas razones funda su opinion y satisface los argumentos de la contraria, á cuya opinion del Kees me inclino, aunque prescindo detenerme en esponer sus fundamentos, por no ser conducente á la esposicion é inteligencia de la ley Real acerca de la cual se ofrecen dos dudas que examinar, á saber, si la donacion de todos los bienes presentes, en la que se reserva el donante el usufructo, será válida, y no se comprenderá en la decision de la ley, y la otra si podrá confirmarse por el juramento la donacion de todos los bienes presentes contra dicha ley.

3. En quanto á la primera duda dice Covarrubias en el lib. 3, *variarum resolutionum*, cap. 12, número 4, que aunque comunmente se declare válida en los supremos reales tribunales la donacion de todos los bienes presentes, reservándose el donador el usufructo, con todo le parece mas fundada la sentencia negativa, atendida la ley Real, por las razones siguientes:

4. La donacion de todos los bienes se entiende se hace de todos los bienes presentes, sin que la reserva del usufructo pueda mudar la condicion de la donacion, porque los frutos que se han de percibir pertenecen á los bienes futuros, y el usufructo no se puede reputar entre los bienes presentes á causa de que el usufructo que pertenece al donador en el tiempo que hace la donacion es el casual y el que se reserva es el formal, que no tiene lugar hasta que el dominio de la cosa donada se transfiera en el donatario, lo que se verifica despues de la donacion hecha, de donde se infiere que el usufructo formal, que es el que se reserva, no estaba ni pertenecia al donador al tiempo que se hizo la donacion, y de consiguiente no se pudo reputar entre sus bienes presentes. A continuacion reconoce Covarrubias lo débil de esta razon, porque si la donacion se hace con un solo acto se constituye el usufructo formal entre los bienes del donador y al mismo tiempo se retiene. A mas añade que por la reserva del usu-

fructo no se hace nueva adquisicion de él, sino únicamente se muda su cualidad pasando de causal á formal. El causal estaba en el donante al tiempo de la donacion, luego el formal debia estar tambien por lo menos en cuanto á la sustancia antes de la donacion ó al tiempo de ella; por lo que no parece adecuada esta razon. Hasta aqui Covarrubias.

5. Molina, de *primogenitis* lib. 2, capitulo 10, número 13, impugna este fundamento de Covarrubias, y tambien Molina de *justitia et jure*, tomo 2, disputa 280, número 16, donde satisfaciendo á Covarrubias, dice que un mismo usufructo es el que estando junto con el dominio directo se llama causal, y separado de él se dice formal, y solo se diferencia de sí mismo accidentalmente en cuanto está separado ó junto con el dominio directo, por lo que cuando se traslada en el donatario por la donacion el dominio directo, el usufructo que antes de la traslacion era causal, se diga despues de la traslacion formal, no impide que el donante se reserve el mismo usufructo que tenia antes de hacer la donacion, y de consiguiente se verifica que se lo reservó de los bienes presentes que tenia al tiempo de la donacion, como parte de los mismos bienes. A mas, dice, que por solo la donacion sino interviene la tradicion no se transfiere el dominio en el donatario, sino que permanece en el donante, por lo que como la donacion y reserva del usufructo se hacen á un tiempo, y uno y otro precedan á la tradicion de los bienes, se sigue por consecuencia que al tiempo de la reserva el usufructo sea aun causal, y despues de la tradicion empieza á participar de la naturaleza de usufructo formal. De esto se infiere que es absolutamente falso que el donante no se reserva el usufructo, que es causal al tiempo de la reserva, y aun algun tiempo despues de la reserva, aunque verificada la tradicion pase á ser formal. A esto se aumenta que la donacion, como lo reconoce Covarrubias, se hace juntamente con la reserva, en cuyo tiempo el usufructo que se reserva es de los bienes presentes del donante. Hasta aqui Molina.

6. El segundo fundamento de Covarrubias estriba en que los doctores que se apartan de la opinion de Pablo Castrense, que sostenia que la donacion de todos los bienes presentes y futuros era nula aunque el donante se reservase el usufructo, confiesen que la donacion que se hace de todos los bienes reteniendo el usufructo, es verdaderamente una donacion de todos los bienes presentes, y se persuaden que el derecho de usufructo no impide que dicha donacion sea de todos los bienes presentes, porque no puede el donante testar de él, y con todo afirman que es válida esta donacion, á causa de que puede testar de los frutos futuros que reservó en virtud del usufructo, de que claramente se infiere que la espresada donacion es nula por derecho real, siendo como es donacion de todos los bienes presentes. Responde el mismo Molina, y niega que los doctores hayan confesado lo que pretende Covarrubias, y si lo han confesado se engañaron manifestamente, siendo conocidamente cierto que aquel usufructo era parte de los bienes que tenia el donante al tiempo de la donacion, sin que se deba decir que la causa de que el donante no pueda testar de dicho usufructo es porque no es parte de aquellos bienes, sino porque el espresado usufructo espira con el donante. Si el donante vendiera el usufructo podria testar del precio ó al tiempo que se lo reserva ó despues.

7. Como para sostener que por derecho comun era válida la donacion de todos los bienes, tanto presentes como futuros, reservándose el usufruc-

to, era suficiente que el donante pudiese testar de los frutos que le habian de pertenecer por razon del usufructo que se habia reservado, aunque no pudiese testar del mismo usufructo, por tanto reputaron válida la donacion por la razon espresada, y no porque creyeran que el derecho de usufructo que se habia reservado el donante no fuese parte de los bienes que tenia al tiempo de la donacion.

8. El tercer fundamento que propone Covarrubias se reduce á que la causa por la cual la ley Real prohíbe la donacion de todos los bienes presentes, es porque quiere que para que la donacion sea válida se reserve el donante alguna parte de los bienes presentes de la que pueda testar el donante al tiempo de la donacion, de donde se infiere que aunque se diga que el derecho del usufructo formal se reputa por bienes presentes del donante, no basta el que se reserve dicho usufructo, porque se acaba con la muerte, y de consiguiente no puede disponer de él por testamento el donante. Ni los frutos que se han de percibir no pueden hacer que la donacion sea válida aunque se reserven, no siendo bastante dicha reserva por el derecho real.

9. Respondiendo Molina á este argumento, dice que acaso no movió á los legisladores la razon espresada para establecer que no fuese válida la donacion de todos los bienes presentes, sino el que los vasallos no quedasen privados de todos sus bienes. Se debe, pues decir que el donante que se reserva el usufructo, cuando se lo reserva y hace la donacion, puede vender el derecho que se reserva y testar del precio. Ni el derecho presume que el donante se ha de morir inmediatamente antes de percibir los frutos de que podria testar, antes bien presume lo contrario. A esto se aumenta que el derecho en semejantes disposiciones, no tanto pretende que el donante pueda testar en cualquier evento, como sino pudiera sobrevenir un evento mas fuerte que le impidiera testar, cuanto el que el donante absolutamente no se prive de la facultad de testar.

10. El cuarto y último fundamento de Covarrubias estriba en que por derecho real de la presente ley se necesitan dos cosas para que sea válida la donacion de todos los bienes presentes, segun esta ley; y la otra es que la parte que se reserve sea de aquellas de que pueda testar el donante para que no quede privado de testar, porque de otro modo seria inútil y vana la reserva, y por último dice que lo que mas debia mover á los jueces á seguir su opinion y la de Pablo de Castro en la práctica, á lo menos por derecho real, es que en las donaciones de todos los bienes la reserva del usufructo se hace en manifiesto fraude de la ley.

11. En satisfaccion á este argumento basta tener presente la respuesta que da Molina en el antecedente, de la que consta que la reserva del usufructo es una parte de los bienes presentes del donante, y que puede, vendiéndolo, disponer por testamento del precio. En cuanto á lo demas se debe decir que la reserva del usufructo no se entiende hacerse en fraude de la ley, no hallándose prohibida por ella, á no ser que la reserva del usufructo sea con pacto espreso de disponer de él en vida, y no en muerte, porque por este medio se privaba de poder hacer testamento, como lo advierte Molina, de *primogenitis* en el lugar citado, número 24, y en el número siguiente limita tambien su conclusion en el caso que el usufructo que se reserva sea tan corto que no baste para alimentos, ni sobre alguna cosa de que pueda testar el donante, como tampoco deberá ser bastante

para que valga la donacion la reserva de una cosa de corto valor. Por lo espuesto tengo por mas fundada la opinion de Molina.

12. Ha de tenerse presente que la ley Real padeció algunas limitaciones, á saber, la donacion de todos los bienes que se hace por causa onerosa, como de matrimonio, transaccion ú otra semejante, segun Molina el jurista, número 17, y el teólogo, número 19 de los lugares citados, debiéndose decir lo mismo de la donacion hecha á la Iglesia, como lo afirma Acevedo, número 6, donde cita á otros, y lo mismo defiende Molina *de justitia et jure*, disputation 280, número 20, de la donacion hecha á causas pias, refiriéndose á lo que deja dicho en el número 3 de la disputation antecedente, y se reduce á que las leyes civiles que disponen acerca de cosas pertenecientes al fin sobrenatural de las almas, no tienen fuerza sino se hallan aprobadas por el sumo Pontífice; pero sin embargo de la conocida autoridad que se merecen estos autores, me parece mas fundado decir que la donacion de todos los bienes presentes, hecha á la iglesia ó á cualquiera otra obra pia, será nula por nuestro derecho real, pues recayendo la ley sobre un contrato civil, no se puede negar al Soberano la potestad de hacerlo nulo é irritó faltando las condiciones que le prescriba, de forma que ni en el fuero interno resulte obligacion, siendo digno de notarse que aunque Gomez en el número 6 de esta ley sigue la opinion de Acevedo y Molina en el tomo 2, cap. 4, número 10, tratando si la donacion *ad pias causas* que esceda de quinientos sueldos será válida sin insinuacion, afirma que no, fundado en las leyes civiles, y en la Real 9, tit. 4, Partida 5, en las que se esceptúan las donaciones hechas para redimir cautivos, reedificar iglesia ó casa derribada, ó alguna iglesia, lugar religioso ú hospital, pues no tiene menos fuerza la presente ley Real para prohibir la donacion que esceda de quinientos sueldos sin insinuacion, mayormente dando Gomez por fundamento de su opinion que es necesaria la insinuacion en la donacion *ad pias causas*, en que la ley no espresa lo contrario.

13. La segunda duda de que me reservé tratar es de si la donacion de todos los bienes presentes será válida hecha con juramento.

14. Son muchos los autores que se podrán ver citados en Covarrubias en la segunda parte de la rúbrica *de testamentis*, número 9 y siguientes, que la donacion de todos los bienes presentes y futuros no es válida, aunque intervenga juramento, y en Molina *de justitia et jure*, tomo 1, disputation 151, número 5, y en el tomo 2, disputation 280, número 3, fundados en que se quitaria la facultad de testar el que donare todos sus bienes presentes y futuros, y confirmase la donacion con juramento, lo que es contra las buenas costumbres, y de consiguiente ilícito, por lo que no puede ser válido el juramento.

15. Covarrubias y Molina en los lugares citados se apartan de esta opinion, y sostienen que el juramento hace válida y subsistente dicha donacion: la razon en que se fundan es que el privarse de la facultad de testar, ni es pecado mortal ni venial, y de consiguiente no se puede decir que el juramento que confirma la donacion se hace en materia contraria á las buenas costumbres, como lo convence con sólidos fundamentos el Molina en la citada disputation 151, número 5, donde se propone examinar la cuestion de si la promesa de no revocar el testamento, confirmada con juramento, es válida, y en la disputation citada 280, al número 4,

propone contra los autores de la opinion contraria, que en sentir de estos es válida la donacion de todos los bienes presentes y futuros que se hace á la iglesia, de que infiere que si es válida no contiene pecado, pues de otra manera se habia de decir que la ley civil que la invalida absolutamente la haria tambien inválida cuando dicha donacion se hace á la iglesia, y reduciendo la eficacia y fuerza de este argumento á términos mas estrechos, se ha de preguntar si la donacion de todos los bienes presentes y futuros es ilícita y nula, porque está prohibida, y en tal caso no debe extrañarse se confirme por el juramento, como se confirman otros muchos actos nulos por las leyes civiles (1).

16. Menos dificultad se ofrece acerca de la donacion de todos los bienes presentes, pues no privándose por ella el donante de la facultad de testar, cesa el principal y único fundamento de la sentencia contraria por lo que algunos autores de los que niegan que la donacion de todos los bienes presentes y futuros se pueda confirmar por el juramento, afirman y conceden esta virtud al juramento respecto de la donacion de todos los bienes presentes, como le sucede al Gomez en la presente ley, número 4, donde despues de poner los argumentos por la sentencia negativa establece su opinion, y responde á ellos refiriendo varios contratos nulos por las leyes civiles y reales, de los que no resulta accion ni obligacion alguna, y con todo se confirman por el juramento, cuyo punto queda tratado en el Comentario á la ley 22 de Toro, por lo que no me ha parecido detenerme mas, contentándome con advertir que Molina en la disputacion citada 280, número 3, refiere los autores que siguen estas sentencias.

17. Como por derecho comun era válida y permitida la donacion de todos los bienes presentes, no es de extrañar que la ley 4, tit. 4, Partida 3, se conforme con la disposicion del derecho comun; pero la ley 7, tit. 12, lib. 3 del Fuero Real prohibió la donacion de todos los bienes presentes, cuya decision confirma la presente ley de Toro.

18. No puedo omitir el temperamento con que Acevedo en el número 4 admite la opinion que queda establecida, y se reduce á que para que la donacion de todos los bienes presentes se confirme por el juramento ha de sobrevivir mucho tiempo el donante, ó ha de adquirir bienes despues de la donacion, porque si se muere inmediatamente despues de la donacion, ó no adquiere bienes de que pueda testar vendrá á estar en el caso de una donacion de todos los bienes presentes y futuros y no se podrá confirmar por el juramento, por lo que aconseja que se tenga la cautela de reservarse algo de que podrá testar, ó que espresé en la donacion que si muriere sin haber adquirido bienes de que disponer se cumpla su testamento, ó se hagan los sufragios necesarios por el alma del donante si muriese intestado.

19. Esta cautela de Acevedo se hace inútil atendido lo que queda sentido de que la donacion de todos los bienes presentes y futuros se confirma por el juramento, no siendo contraria á las buenas costumbres, como se ha probado, y de consiguiente tambien se confirmará la de todos los bienes presentes, aunque el donante se muera inmediatamente, ó no adquiera

(1) Véase la nota espuesta al núm. 82 del Comentario á la ley 64 donde se rebate la regla en que se funda la doctrina de este número y de los siguientes.

ra posteriormente bienes. A esto se aumenta que por derecho comun es válida la donacion de todos los bienes presentes, sin que los autores exijan las cautelas de Acevedo, con que por la misma razon se confirmará con el juramento la donacion de todos los bienes presentes, prohibida por la ley Real, sin las cautelas de Acevedo, las que si fueran admisibles debian tener lugar en toda donacion para en el caso que el donante perdiese los bienes que se habia reservado y no tuviese de que disponer á la hora de la muerte.

Ley 70 de Toro, es la 9.^a, tít. 11, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tít. 13, lib. 4.^o de la Novísima.

Ampliacion del derecho de retracto á las cosas de patrimonio vendidas en almoneda.

La ley del Fuero, que habla acerca del sacar el pariente mas propinco la cosa vendida de patrimonio por el tanto, haya tambien lugar cuando se vendiere en el almoneda pública, aunque sea por mandamiento 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 la saca el precio é faga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero é la ley del ordenamiento de Nieva, é assi mismo haya de pagar al comprador las costas y el alcabala si la pagó el comprador antes que la cosa así vendida le sea entregada.

COMENTARIO A LA LEY 70 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2 y 3. El origen del retracto gentilino se halla en el Levítico.—4 ai 9. Tambien se conoció en tiempo de los emperadores romanos introducido por Constantino á imitacion de la ley hebrea, segun Godofredo; mas duró poco segun la ley de Valentiniano y Teodosio, que se espone, restituyendo á los vendedores la libre facultad de poder vender á quien les pareciere: Justiniano trasladó esta ley á su código añadiéndole una escepcion.—10 y 11. Leyes que disponian que cuando se vendiesen por disposicion del juez bienes de un deudor fuese prefe-

ruido el acreedor pariente al extraño, y que se pudiese pactar por el vendedor con el comprador, la preferencia del primer vendedor.—42. Error de Amaya al afirmar que la escepcion puesta por Justiniano se halla en la ley del Código Teodosiano.—43. La escepcion de la ley no pertenece á los parientes ó consortes del vendedor.—44 al 47. Leyes de Justiniano por las que se daba preferencia á los convecinos y señores del dominio directo en las ventas que hacian de bienes raices á los vecinos y enfiteutas con respecto á las personas extrañas, á cuya preferencia se llamaba prothimeseos por los griegos, y retracto por los latinos: etimología de esta palabra, segun Albornoze.—48. Federico I estableció el derecho de prothimeseos en las ventas, enfiteusis y locaciones de los bienes feudales en favor de ciertas personas.—49. Duda sobre si la prerogativa concedida por Justiniano á los parientes y consortes de escluir á los extraños de las ventas de las cosas que se enagenaban por sus comparietes y consocios se limitaba al tiempo de efectuarse el contrato de venta ó se extendia al posterior á su celebracion: se decide por el primer extremo.—20. En el caso comprendido en dicho primer extremo se llama la preferencia derecho de tanteo, y en el del segundo, derecho de retracto, segun se espresa.—21. Al que compete el derecho de retracto corresponde tambien el de tanteo, pero no al contrario: entre nosotros se usa indistintamente de ambas palabras: se pasa á examinar si en los casos que exceptuó Justiniano concedió el derecho de retracto ó solo el de tanteo.—22 al 24. Es dudoso que en la ley que se espresa se dé al convecino ó vecino el derecho de retracto en las ventas que se hacen de las posesiones que se espresan, por lo que debe decirse que ni en las escepciones citadas ni en ninguna otra se halla establecido claramente el derecho de retracto en el sentido indicado, lo que debe entenderse del retracto legal, no del convencional, segun se espone latamente.—25 y 26. Tampoco se halla en la coleccion de Decretales decision terminante que establezca el derecho de retracto en favor de los parientes ú otra persona alguna: decision de Gregorio IX sobre que se estuviere á la costumbre en el caso que se le consultó del retracto por dos hermanos de bienes paternos: extrañeza de esta disposicion pontificia en materia laical: se observa por Gonzalez Tellez que la costumbre se referia á la ciudad de Parma que pertenecia al papa por donacion.—Refiriéndose la presente ley de Toro á otra del Fuero Real, comprendia la disposicion de esta.—29. Antes de la ley del Fuero Real, se hallan en las leyes del Fuero Viejo de Castilla que se citan las principales disposiciones que obran en materia de retractos que se refieren en la ley del Fuero, y se esponen.—30. Tambien se refiere la presente ley de Toro á la del Ordenamiento de Nieva que formó D. Enrique V, y contiene las dos declaraciones que se espresan.—31. La presente ley de Toro dispone que el derecho de retracto ó tanteo tenga lugar en las ventas que se celebren en pública almoneda, sea voluntaria ó necesaria, con intervencion de la justicia.—32 y 33. Opinion de Montalvo sobre que en esta última no rige la ley del Fuero, lo que carece de apoyo, pues en la subasta en que interviene la justicia se reputa la venta hecha por el deudor y no por el juez, segun Hermosilla, Olea y Febrero.—34 y 35. Se comprueba lo espuesto con una ley romana que daba derecho de tanteo al pariente en los bienes vendidos con autoridad del juez: la presente ley de Toro amplió dicho derecho al de retracto.—36. Una ley de estilo favorece la opinion de Montalvo, pero estas leyes carecen de autoridad segun se espone.—37. Segun la ley los nueve dias concedidos para retraer, corren en la cosa que se ha vendido en pública almoneda, desde el dia del remate: duda sobre si los nueve dias que concede la ley se han de contar desde el dia de la venta ó desde el de la entrega en las demas cosas que se enagenan en venta privada.—38 y 39. Opinion de Gomez sobre que no deben correr sino desde la tradicion de la cosa, porque antes esta no sale de la familia que es lo que quiso evitar la ley, y porque de lo contrario se ocultaria el dia del contrato.—40. Opinion de Covarrubias, Gutierrez y Molina sobre que deben correr desde el dia del contrato segun las palabras de la ley recopilada que se cita, y de la presente que no menciona la tradicion sino el dia del remate.—41. Opinion de Gomez sobre que no han de contarse desde la tradicion fingida, siendo así que por esta se transfiera el dominio.—42. Los nueve dias corren desde el de la venta pública y notoriamente consumada, de forma que pueda llegar á noticia de los demas, mas no si se ignora la venta por los demas ni en el caso de fraude ó colusion, segun Gutierrez y Tiraqueolo.—43. Opinion del señor Llamas sobre que por la misma razon que señaló la ley en las ventas privadas el dia del contrato señaló en la de almoneda pública el del remate, segun se espone interpretando las palabras de la ley «en este caso».—44. Admitida la opinion de Molina, Gutierrez y Covarrubias, se espone la duda so-

bre si los nueve dias han de correr inmediatamente desde el remate ó de los nueve dias dados al deudor por práctica para sacar dichos bienes, ofreciendo el precio.—45. Decision por el último extremo de Castillo y Matienzo, por las razones que se esponen.—46 al 48. Opinion contraria de Gutierrez, fundado en las palabras terminantes de la ley que señalan el dia del remate, en que dichos nueve dias corren inmediatamente en la venta que se hace con pacto de retrovendando dentro de cierto tiempo, ofreciendo el precio; en que aunque el deudor puede retraer la cosa, esto no impide que la venta se diga perfecta para el efecto mencionado, y en que ningun perjuicio se sigue al deudor de que el sócio ó consanguíneo saquen la cosa dentro de los nueve dias, porque debe ser preferido.—49. Argumento deducido de la práctica espuesta á favor de la opinion de que los nueve dias para el remate se han de contar desde la venta y no desde la tradicion.—50 al 54. Se admite la opinion de Gutierrez y se pasa á esponer la ley al exigir que para que tenga efecto el retracto se consigne por el retrayente el precio, poniendo *pro forma* esta condicion y las demas diligencias que previene la ley del Fuero y del Ordenamiento de Nieva y que se esponen, y que se paguen al comprador las costas y alcabalas.—55. Práctica segun Matienzo para sacar la cosa vendida por derecho de sangre.—56. Duda si los nueve dias se han de contar de momento en momento ó naturalmente, y en tal caso si se han de empezar á computar comprendiendo el término á que ó no.—47. Opinion de Gutierrez sobre que no dehen comprender los nueve dias el dia del término á quo, y que el dia del remate se deben escluir de los mismos segun las palabras de la ley «desde el dia del remate.»—58. Opinion de Gomez sobre que los nueve dias se han de contar de momento en momento.—59. Opinion de Molina, segun la de Gomez, porque en todo tiempo ó término ó dilacion legal, cuando otra cosa no se colige, se computa de momento en momento, de suerte que bajo el nombre de cualquier dia concedido, se entiendan 24 horas desde el dia del termino á quo inclusive: el término á quo no se escluya cuando es divisible como dia, mes y año: razones en apoyo de lo espuesto.—60. La presente ley, segun Molina, no declaró ni restringió las del Fuero y Ordenamiento como pretende Gutierrez, por las razones que se esponen.—61 y 62. Requisitos indispensables para el retracto de sangre.—63. Opinion de Albornoz de que no hay diferencia entre ser una heredad de abolengo ó de patrimonio: se rebate esta opinion, pues la heredad se dice de abolengo con respecto á la persona que usa del retracto de abolengo, si es nieto del que primero la adquirió, y de patrimonio, si es hijo.—64. Esposicion de Albornoz en apoyo de su opinion. 65. Se rebate esta esposicion llena de aserciones falsas: se rebate lo que dice Albornoz de que heredad de patrimonio es la que deja el testador por título lucrativo á cualquier extraño, alegando en comprobacion la ley del Fuero, pues esta ley expresa lo contrario, puesto que no habla del caso en que alguno haya dejado por testamento heredad de patrimonio á un extraño, sino del en que la ha recibido y trata de venderla.—66. Es falso que se dé retracto por pasiva ó contra parientes, pero aunque esto fuera, no por eso deja de ser la heredad de patrimonio ó abolengo: es inconducente alegar la ley del Fuero, pues no habla de todo hombre en comun sino del ligado con parentesco al que se dejó la heredad de patrimonio ó abolengo.—67. No es cierto como pretende tambien Albornoz que la palabra abolengo se refiere solo á la cosa vendida y no al hombre que la vende, pues es un término relativo de personas que se refiere del nieto al abuelo, y de éste al nieto.—68. Segun la ley para que tenga lugar el retracto los bienes se han de haber heredado del abuelo ó padre del heredero, quien necesariamente ha de ser hijo ó nieto del testador.—69. Se persuade este principio de la doctrina de Albornoz que afirma que heredad de abolengo es la que se deja á sus descendientes.—70 y 71. No es cierto que por la ley del Fuero se dé retracto por pasiva contra el que vende la cosa, aunque no sea pariente del que la heredó: se espone dicha ley por la que se ve que si bien se dá retracto á los herederos del testador es retracto activo: tampoco es cierto que el retracto que se da á los herederos sea contra la parte de la herencia que cupo al extraño, segun se espone.—72. Versando la cuestion sobre el retracto de sangre que no puede tener lugar cuando el que vende la heredad no es descendiente del que la dejó, es absurdo tratar de desmentir esta verdad alegando lo que sucede en el retracto que se da al comunero, al señor del dominio directo y al superficiario ó enfiteuta.—73 y 74. Error de Albornoz al señalar lo que era heredad de patrimonio y abolengo, segun se espone.—75. Error de Albornoz al decir que la ley de Enrique II habla solo de la heredad patrimonial, pues habla tambien de la de abolengo.—76. Error del mismo al decir que retracto pasivo es el que se da contra el heredero que

vende la cosa heredada, puesto que dicho retracto obra directamente no contra el vendedor de la cosa heredada, sino contra el comprador, segun se persuade por las leyes que se citan.—77 y 78. Duda si cuando el que heredó la cosa de patrimonio ó abolengo la vendió y despues la volvió á comprar, quedará sujeta al retracto si la vende segun vez: opinion de Gomez y Matienzo por la negativa.—79 al 82. Duda si cuando el pariente ha retraído la cosa quedará sujeta al retracto si la vende á un extraño: opinion de Matienzo por la afirmativa: idem del señor Llamas por la negativa, por la razon espuesta en el número anterior, y porqué el que adquirió la cosa por el retracto no la obtuvo por herencia de su padre ó abuelo, segun quiere la ley, sino por contrato oneroso de venta, y por que la cosa pierde el carácter de patrimonial contra el fundamento y opinion de Matienzo, pues para que lo conserve se requiere que se haya dejado al poseedor por título hereditario, lo que se funda en la ley que se espone.—83 y 84. Opinion tambien negativa de Alborno: se rebate su fundamento de que hecho el retracto por el de la familia, la cosa que se sacó queda fuera de la familia, lo que es erróneo, puesto que la posee un individuo de esta, y que el objeto del retracto es que vuelva á la familia lo que ha salido de ella.—85. La doctrina de la cosa retraída por el pariente, deberé en el pariente á quien se vende libremente una heredad de su abolengo ó patrimonio.—86. Duda si cuando la cosa se vende á un pariente en grado mas remoto en la línea de padre ó abuelo, podrá retraerla otro de grado mas próximo.—87. Opinion de Gomez, Alborno, Gutierrez y Molina, por la afirmativa: fundamentos en que se apoyan.—88 y 89. Aunque esta opinion está recibida como la mas comun, el señor Llamas adopta la contraria, fundándose en que siendo el derecho de retracto odioso por ser restrictivo de la libertad de enagenar, segun reconoce Gomez, Matienzo y Gutierrez, no debe dársele mayor estension que la que la ley le concede, y no hay ley que especifique caso en que se dé retracto contra el pariente del vendedor que haya comprado la heredad de patrimonio ó abolengo, antes por el contrario, segun se deduce de las leyes que se esponen.—90. Se ratifica esta opinion atendiendo á la razon inductiva del retracto ya espuesta, la cual cesa haciéndose la venta á uno de la familia, por lo que debe cesar la disposicion de la ley.—91. Comprueba esta verdad lo que sucede en el retracto de la cosa comun y que se espone.—92 y 93. No sirve la observacion de Molina de que por la ley del Fuero se dió el retracto solo al pariente mas inmediato, sin estenderlo á los demas, pues una ley de Toro lo estendió á los parientes dentro del cuarto grado, distinguiéndolos de los extraños, de la que se infiere que tambien los distinguió de los mismos en cuanto á eximirles de sufrir el retracto pasivo por la contradiccion en que de lo contrario se incurriria, y se espresa.—94 y 95. Leyes romanas en comprobacion de lo espuesto.—96. Conciliacion de dichas leyes por Matienzo.—97. La distincion de Matienzo no le aprovecha para librarse del argumento que ofrece una de las leyes citadas, de un caso de completa semejanza con el derecho de retracto, antes lo confirma segun se espone.—99. Consecuencia de Gomez que el pariente de grado mas próximo tendrá derecho de retracto para poder sacar á prorata una parte de la heredad de abolengo ó patrimonio que se haya vendido á otro pariente del mismo ó igual grado que el suyo: se rebate esta consecuencia.—99. Si Gomez despues de probar que se daba retracto pasivo contra el pariente de grado igual, infiriera que lo mismo debia decirse cuando era de grado remoto, la consecuencia seria legitima.—100. Opinion de Alborno, Matienzo y Gutierrez en el sentido que Gomez.—101. Las razones espuestas para probar que no se da derecho de retracto al pariente mas próximo contra el mas remoto, obran para persuadir que no se da contra el pariente que está en igual grado, que el que intenta retraer.—102. Molina dice que no conviene separarse de la opinion de Gomez, aunque la tiene por dura.—103. Duda si tendrá lugar el retracto cuando el extraño que compró la heredad de patrimonio ó abolengo la vende á un tercero, corriéndole el término de los nueve dias para retraerla: opinion de Matienzo por la afirmativa, aunque la enagenacion se hubiese hecho por título lucrativo.—104 y 105. Fundamento de esta resolusion.—106. Ley romana en apoyo de lo mismo.—107. Rige la misma resolusion aun cuando el primer comprador enagenase la cosa á un pariente del primer vendedor en grado mas remoto que el que la intenta retraer.—108. No hay contradiccion entre esta resolusion y la de la duda anterior.—109. Cuando el heredero vende la heredad de patrimonio á un pariente de grado mas remoto ó próximo, no tiene lugar el retracto por los fundamentos espuestos en la duda anterior, pero no sucede lo mismo cuando el heredero vendió á un extraño, segun se espone.—110. Duda si la finca que el padre deja á un hijo ú otro descendiente en vida ó en muerte por

via de donacion, mejora, prelegado ó legado, está sujeta á las leyes del retracto: opinion de Acevedo por la negativa, pues el retracto ya no tiene lugar sino en las cosas de patrimonio ó abolengo que ha adquirido el vendedor por herencia.—441. Asiente el señor Llamas á esta opinion por ser conforme con nuestras leyes patrias.—442 y 443. Por la ley que se cita se señala el título que admite el retracto, cual es la institucion de heredero, y los que lo escluyen, como son la compra, permuta, donacion y cualquier otro que no sea el de institucion.—444. La mejora de tercio y quinto no se adquiere por título hereditario segun la ley de Toro que se espone, y en su consecuencia no puede tener lugar en ella el retracto.—445. Dicha mejora se obtiene por título de donacion segun se espone.—446. Error de Molina al afirmar que si el padre da á un hijo ó hija una finca, y este la vendiese viviendo aun su padre podría retraerla el pariente mas próximo del primer poseedor, porque dicha finca debe computarse en el patrimonio del padre, trayéndose á colacion su valor.—447. Se rebate dicha doctrina, porque hasta la muerte del padre, en que se hace la division de sus bienes, no puede saberse la parte que corresponde á los hijos por sus mejoras y legítimas, por lo que no es posible graduar la parte que corresponderia á estos en las donaciones para sujetarles al gravámen del retracto.—448. De admitirse la opinion de Molina, deberia admitirse en el caso que el mismo padre vendiese la finca.

1. Dispone la presente ley que la del Fuero Real que concede al pariente mas cercauo sacar la cosa vendida del patrimonio por el tanto tenga lugar en la que se vendiera en el almoneda pública, aunque sea con orden de la justicia, debiéndose contar en este caso los nueve dias que dispone la ley del Fuero desde el dia del remate, consignando el que la saca el precio, y practicando las demas diligencias que previene dicha ley del Fuero y la del Ordenamiento de Nieva, y pagando al comprador las costas y alcabala antes de entregarse de la cosa vendida, si el comprador las tenia pagadas.

2. Antes de tratar de la esposicion de la presente ley he creido conveniente decir algo del origen del derecho ó facultad que se le concede al pariente mas inmediato del vendedor para sacar ó tomar la cosa del que la compró, entregándole antes el precio que dió por ella.

3. Tuvo principio este privilegio ó facultad en el derecho divino positivo ó ley escrita de los hebreos, segun se echa de ver en el Levítico, capítulo 25, versículo 25, por estas palabras: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possesiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest reddimere quod ille venderat*. Y se encuentran enunciativas de este mismo derecho en el capítulo 4, de Ruth, y en el 32 del profeta Jeremías, y se llamaba derecho de redencion ó facultad de redimir.

4. En la jurisprudencia romana tambien llevo á reconocerse este mismo derecho, pero fue ya en la época de los Emperadores, y duró por corto tiempo. De uno y otro extremo presenta un testimonio irrefragable la ley 14, C. de *contrahenda emptione*, que es de los Emperadores Valentiniano II el joven, y del gran Teodosio, del año 391, en la que se afirma en términos espresos que de poco tiempo á aquella parte se habia concedido á los parientes y condominos que pudiesen escluir á los estraños en la venta de bienes que hubiesen otorgado sus parientes ó condóminos, y considerando los referidos Emperadores que se hacia una gran injuria en coartar la libertad que tienen los hombres de disponer de sus cosas, abrogaron la espresada ley y restituyeron á los vendedores la libre facultad de poder vender á quien les pareciese: las palabras de la ley son las siguientes: *dudum proximis, consortibus quae concessum erat, ut extraneos ad*

emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent sed quia gravis hic videtur injuria, quae inanae honestitatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti; superiore, lege casata, unusquisque suo arbitratu quaererae vel probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.

5. A la letra se encuentra esta ley en el código Teodosiano en la 6, de *contrahenda emptione*, de donde la traslada el emperador Justiniano al suyo, añadiendo las últimas palabras que contienen la escepcion de la regla que en ella se establece, de que hablaré despues.

6. Aunque los comentadores de la ley del código de Justiniano no se han detenido á señalar y averiguar quién fue su autor, Jacobo Gotofredo en el comentario á las leyes del código Teodosiano examina este punto, y es de parecer que se debe atribuir al emperador Constantino Magno, que á imitacion de la ley hebrea ó de Moises quiso introducir en la república romana, que ya era cristiana, el mismo derecho que entre los hebreos tenían los parientes del vendedor para comprar por el tanto la cosa vendida á un extraño.

7. El mismo Gotofredo observa que desde los últimos años del emperador Constantino, hasta la época de la ley, que como se ha dicho fue de 391, solo transcurrieron cincuenta y cuatro años, cuyo período no es tan dilatado que no pudiesen afirmar con verdad los emperadores Valentiniano y Teodosio que de corto tiempo á aquella parte ó poco antes se habia concedido á los parientes y condóminos del vendedor la facultad de que habla la ley.

8. En apoyo de la conjetura de Gotofredo está la ley 2, ff. *si appa-
rente quis manumissus*, que es del jurisconsulto Gayo, que floreció en tiempo del emperador Adriano, y alcanzó á Marco Aurelio Antonino, segun Heineccio en su historia del derecho civil, lib. 4, cap. 4, párrafo 313, que es decir que vivió por lo menos desde el año de 117 hasta despues del de 161, en cuya ley afirma el citado Gayo que se reputaba por cosa inícuá é injusta que á los hombres ingenuos ó libres no se les permitiere enagenar libremente sus bienes.

9. La misma máxima repiten los emperadores Diocleciano y Maximiano, que imperaron desde el año 284 hasta el de 305, en la ley 3, *C. communium rerum alienationem*, en que hablando del condómino ó socio afirman es absolutamente falso que la porcion de un predio comun antes de hacer la division no se puede vender á un extraño, sino tan solamente al socio ó compañero.

10. Sin embargo de esta absoluta facultad, que se dispensaba por las leyes á los vendedores para elegirse comprador de lo que querian vender, habia casos particulares en que se concedia la preferencia á ciertos compradores en quienes concurrían determinadas cualidades. En la ley 16, ff. *de reb. aut. jud.*, que es del mismo jurisconsulto Gayo, se afirma que cuando se venden por disposicion del juez los bienes de un deudor, en concurrencia de un extraño es preferido el acreedor ó pariente del vendedor y entre estos el acreedor, y en caso de ser dos los acreedores el que lo fuese de mayor suma.

11. Tambien podía el vendedor de una cosa pactar y convenirse con el comprador, que en caso de venderla fuera preferido á cualquier otro el primer vendedor, cuyo pacto lo declara válido y obligatorio la ley 75 ff.

de *contrahenda emptio*, y otras de las Pandectas; pero como la preferencia que en este caso competía al primer vendedor no la tenía por la ley, sino en virtud del pacto ó convencion, no se la llamaba legal sino convencional.

42. Dije que las últimas palabras de la ley que contenían la escepcion de algunas personas á quienes se concedía la preferencia en la compra, no se hallaban en la del código de Teodosio, habiéndolas en el suyo añadido Justiniano cuando trasladó ó copió la espresada ley, en lo que es de notar la equivocacion que padeció Amaya en el título de *prediis cur.* del C. número 25, pretendiendo contra Cujacio que las mencionadas palabras se hallaban en la ley de Teodosio, de cuyo error le hubiera sido fácil salir habiendo consultado el código Teodosiano; por lo que con razon le acusa de negligente Gotofredo en el citado Comentario.

43. Conviene advertir de paso que la escepcion que pone la ley en sus últimas palabras no pertenece á los parientes ó consortes del vendedor, que son los que espresa y directamente se compendian en la disposicion que se derogó.

44. Entre las personas comprendidas en la escepcion de la ley, y á quienes se concede la preferencia en la venta de bienes que hacían los vecinos de algun barrio, eran sus convecinos moradores del mismo, como lo persuade la ley única, C. *non licere habitatoribus* etc. en la cual los emperadores Leon y Antemio en 468 dispusieron que no les fuera permitido á los habitantes de las Metracomias, que eran las cabezas de partido de los barrios comprendidos en ellas, enagenar las tierras que se les había asignado, sino á sus convecinos, de forma que si la venta se había hecho á persona estraña se rescindía el contrato, y recibía el comprador el precio que había dado por ella.

45. También eran personas comprendidas en la escepcion de la ley los señores del directo dominio, cuando vendían sus enfiteutas las mejoras que habían hecho en la cosa dada en enfiteusis, ó el dominio útil, segun se halla dispuesto por el emperador Justiniano en la ley 3, C. *de jure emphiteutico*, en la que estableció que antes de ejecutar la venta el enfiteuta hubiese de obtener consentimiento del señor del directo dominio, señalándole el espacio de dos meses para prestarlo ó entregar al enfiteuta el precio que otro le daba por las mejoras ó enfiteusis, y caso de no ejecutar uno ni otro el señor del directo dominio en el término asignado pudiese el enfiteuta pasar á celebrar la venta con un tercero, con tal que no fuese de las personas que se hallasen inhibidas de adquirir en enfiteusis.

46. A esta preferencia, que por las leyes citadas del código de Justiniano se daba á los convecinos y señores del directo dominio en las ventas que hacían de bienes raíces los vecinos y enfiteutas con respecto á las personas estrañas, se llamaba en griego Prothimeseos. Los latinos antiguos del tiempo de la república ó de los Emperadores no llegaron á darle nombre propio á este derecho de preferencia en las ventas que hacían los particulares, ó porque no lo conocieron, ó por haber durado muy poco su uso, como se infiere de la citada ley 44.

47. Los latinos modernos le han dado comun y generalmente el nombre de retracto, tomando la etimología de esta voz, segun Albornoz en el libro 3, tit. 3 del arte de los contratos, del verbo latino *retraho*, que quiere decir que lo que ya estaba traído se saca á fuera, porque después

de celebrado el contrato, el que retrae deshace lo que estaba ya hecho. Sea lo que se quiera de la propiedad de esta etimología, lo cierto es que á la preferencia ó derecho de comprar con exclusion de otras personas las cosas que venden los particulares, se llama por general y comun aceptación de los jurisconsultos derecho de retracto.

18. Aunque Federico I, Emperador de Alemania, á mediados del siglo XII estableció el derecho de Prothimiseos en las ventas, enfiteusis y locaciones de los bienes feudales en favor de ciertas personas, como consta del libro 5, *de feudis*, tit. 43 y siguientes, donde determina y señala la graduacion ó preferencia que han de guardar entre sí los llamados; como estas disposiciones son de tiempo muy posterior al código de Justiniano no pertenecen á las escepciones que indicó este Emperador en la referida ley 14.

19. Como por ella solo se espresa que á los parientes y consortes se les habia concedido la facultad y prerogativa de escluir á los estraños de la venta de las cosas que se enagenaban por sus comparientes y consocios, se origina la duda, si dicha prerogativa únicamente se limitaba al tiempo de celebrarse el contrato de venta, ó se estendia tambien al tiempo posterior á su celebracion para poder sacar del comprador la cosa comprada por este, entregándole el precio que dió por ella; pero siendo la mencionada prerogativa odiosa y perjudicial á la libertad que compete á los propietarios para elegirse comprador de las cosas que quieran vender es de presumir que solo se limitó y redujo al tiempo de celebrarse el contrato de venta y artes de perfeccionarse.

20. Para conocer la importancia se hace preciso advertir que cuando la facultad ó prerogativa de comprar se limita al tiempo de vender la cosa y antes de celebrarse el contrato, se llama derecho de tanteo, y cuando se estiende á poder precisar al comprador á que le venda la cosa que adquirió del primer vendedor, se llama derecho de retracto, de forma que en el tanteo solo interviene una venta y se compra del primer vendedor, y en el retracto intervienen dos y se hace la compra de un tercero, y no del que á este lo vendió.

21. De lo dicho se infiere que al que compete el derecho de retracto corresponde tambien el de tanteo, que es menos, pero no al contrario; y como por nuestras leyes patrias se concede espresa y literalmente el derecho de retracto á los hijos y nietos en la venta de las cosas de patrimonio y abolengo, de aqui es que entre nosotros se usa promiscua é indistintamente de la voz tanteo ó retracto para espresar cualquiera de los referidos extremos. Esto supuesto, resta examinar si en los casos ó personas que esceptuó Justiniano de la derogacion que contenia la mencionada ley 14, *C. de contrahenda emptione*, concedió á las personas privilegiadas el derecho de retracto, ó meramente el de tanteo.

22. En la ley única *C. non licere habitatoribus &c.*, se dispone que la venta hecha á un estraño de las tierras de las Metraconias y barrios comprendidos en ellas se deshace ó disuelve, y si algo hubiere dado el que la compró se le devuelva. Aunque por esta disposicion se manifiesta que el contrato de venta habia sido válido, como se infiere del hecho de rescindirse ó disolverse, como no se espresa si esta rescision se hacia en favor del convecino ó convecano que queria comprar la cosa vendida, ó meramente se dirigia á que el vendedor se reintegrara de la cosa, y el com-

prador del precio, que es lo que propiamente se llama rescision en los contratos, queda subsistente la duda, si la preferencia que por esta ley se daba á los convicanos era meramente derecho de tanteo.

23. Heineccio en el título de las *Pandectas de rescindenda venditione*, párrafo 293 y siguiente, afirma, refiriéndose á esta ley, que el derecho que por ella se da á los convicanos es de retracto, y otro tanto dice del que compete al señor del directo dominio en virtud de la ley última, *C. de jure emphiteutico*, en la venta de las mejoras y enfiteusis, pero como espresamente se dispone en dicha ley que la venta que haga el enfitéuta sin noticia y consentimiento del señor del directo dominio sea nula y no produzca ningun efecto, mal podrá pretenderse que al señor del directo dominio competia el derecho de retraer del comprador el predio vendido por el enfitéuta, y por lo tanto debe sostenerse como un principio cierto é indubitante que el derecho que se concede al señor del directo dominio en la venta que hace el enfitéuta es meramente de tanteo y no de retracto.

24. Siendo, pues, dudoso como queda indicado, que en la ley única *C. non licere habitatoribus*. se dé al convicano ó vecino el derecho de retracto en las ventas que se hacen de las posesiones sitas en la comprension de las Metracomias, es cierto decir que en las dos escepciones que puso el emperador Justiniano á la resolucion de la tantas veces citada ley 14, *C. de contrahenda emptione*, ni en ninguna otra se halla establecido clara y espresamente el derecho de retracto en el sentido que se deja indicado, debiéndose advertir que esto se ha de entender del retracto legítimo y legal que proviene de la ley, pero no del paccionado ó convencional, del que habla la ley 75, ff. *de contrahenda emptione*, y otras.

25. En la coleccion de las decretales tampoco se halla una decision terminante que establezca el derecho de retracto en favor de los parientes y de otra persona alguna, ni era de esperar, pues no perteneciendo esta materia ni al dogma moral ni disciplina de la iglesia, estaba exenta de su jurisdiccion; pero en el cap. 8, *de intergr. restitutione*, se refiere que habiendo acudido al papa Gregorio IX. dos hermanos en solicitud de que se les concediese la restitucion del derecho de retracto, que por costumbre introducida en la ciudad de Perusa les competia por término de año y dia, á fin de poder retraer ciertos bienes que enagenó su padre, resolvió el Pontífice que siendo cierta la costumbre que se alegaba se desiriese á la solicitud de los suplicantes, concediéndoles la restitucion del lapso del indicado término para retraer los bienes enagenados entregando al comprador el precio que dió por ellos.

26. Aunque no es absoluta, sino condicional para en caso de que fuera cierta la costumbre que se alegaba, la aprobacion que dió á la solicitud de los suplicantes el papa Gregorio IX, sin embargo, se hace reparable que recayese en una materia meramente laical y profana, y por lo tanto sujeta al gobierno civil, y exenta de la jurisdiccion eclesiástica. Haciéndose cargo de esta dificultad Gonzalez Tellez en la nota 3 al referido capítulo, observa oportunamente que la ciudad de Perusa por aquel tiempo pertenecia al dominio de la iglesia romana por donacion que le hicieron el emperador Ludovico Pio y Carlos su hijo, y de consiguiente no debe estrañarse que el Pontífice como señor temporal y Principe soberano

aprobase una costumbre, que en materia civil y laical se habia introducido en una ciudad comprendida en territorio de su soberanía.

27. Habiendo manifestado el origen del derecho de retracto en la ley escrita de los hebreos, la observancia que ha tenido en las leyes civiles de los romanos y por el derecho canónico, corresponde tratar ahora del lugar que ha tenido en nuestras leyes reales, y desde qué tiempo. Como la presente ley de Toro se refiere á la del Fuero Real, será bien compendiar su disposicion.

28. Dicha ley es la 13, tít. 10, libro 3 del Fuero Real que formó el rey D. Alonso el Sabio, y se halla trasladada á la 6, tít. 7, lib. 5 del Ordenamiento Real, y á la 1, tít. 13, lib. 10 de la Novísima, en la que se ordena que el pariente mas cercano pueda sacar la cosa vendida del patrimonio ó abolengo por el tanto, con tal que lo haya de hacer dentro de los nueve dias siguientes al en que fue vendida, jurando que la quiere para sí, y que no lo hace por engaño: que si el pariente mas inmediato no la quisiese demandar, no lo pueda hacer otro ninguno, y concurriendo dos en igual grado que las saquen por mitad, y no estando en el lugar el pariente mas cercano la pueda demandar otro de su linage; pero caso de dar en cambio la cosa por otra heredad, no se le puede contradecir por sus parientes.

29. Aunque la ley de Toro se remite á la disposicion de la del Fuero Real que se ha referido, no fue esta la primera que introdujo en nuestra jurisprudencia el derecho de retracto á favor de los parientes del vendedor en la venta de los bienes de patrimonio ó abolengo, pues en las leyes 2, 3 y 4 del tít. 1 del lib. 4 del Fuero Viejo de Castilla se hallan establecidas y reunidas todas las disposiciones principales que obran en la materia del retracto, que se refieren en la ley del Fuero, á saber: que el pariente del vendedor tenga la preferencia respecto de cualquier extraño: que use de esta preferencia dentro del término de nueve dias desde el de la venta: que esta sea de patrimonio ó abolengo; y que jure que dichos bienes los quiere para sí, y no para otro hombre ninguno. De esta conformidad que se advierte en la ley del Fuero Real con las del Fuero Viejo de Castilla en los principios fundamentales del retracto por derecho de sangre, se infiere con toda claridad que el rey D. Alonso el Sabio trasladó á su Fuero Real las disposiciones que ya regian en el Fuero Viejo de Castilla en esta materia.

30. Tambien se remite la presente ley de Toro á la disposicion del Ordenamiento de Nieva que formó el rey D. Enrique IV el año de 1472, cuya ley se halla inserta en la 7, tít. 3, lib. 5, del Ordenamiento Real, y en la 2, título 17 libro 10 de la Novísima, cuya ley contiene dos declaraciones: una que del transcurso de los nueve dias que señala la ley del Fuero para retraer la cosa vendida no se conceda restitution á los menores de veinte y cinco años, bien sean de edad pupilar ó adulta, ni á los ausentes. La otra se reduce á que en concurrencia del tio y el sobrino para sacar la heredad de abolengo sea preferido este hijo del vendedor, y caso de no quererla el sobrino, la pueda sacar el tio, hermano del vendedor, con tal que sea dentro de los mismos nueve dias.

31. Supuesto el establecimiento del derecho de tanteo ó retracto en virtud de las leyes del Fuero Viejo de Castilla y del Real, ordena la presente que tenga lugar este derecho en las ventas que se celebren en pú-

blica almoneda. Esta puede ser ó voluntaria ó necesaria. La primera se hace sin intervencion de la justicia con el fin de vender á mayor precio ó mas pronto los bienes que se quieren enagenar, segun Pinelo de *rescindenda venditione*, parte segunda, cap. 2, número 26, citado por Malienzo en la ley 9, título 11, lib. 5 de la Recopilacion, glosa 1. La segunda siempre se ejecuta por mandato é intervencion del juez, como sucede en las ventas de bienes del fisco, de menores, de la iglesia, de la república, y de deudores ejecutados para pagar á sus acreedores, por cuya intervencion judicial se autorizan las referidas ventas, segun el mismo Pinelo en el lugar citado.

32. En cualquiera de estas almonedas quiere la ley de Toro que se admita el derecho de retracto como lo persuade la siguiente cláusula: «aunque sea por mandamiento de juez.» Alfonso Montalvo en la glosa á la ley del Fuero, versículo *item quaero, an habeat locum lex ista cum proximioris res venditur per curiam*, es de sentir que en la almoneda que se hace de orden de la justicia no debia regir la ley del Fuero, fundado en que en dicho caso no vendia la cosa aquel de quien era, como pedia la ley, sino la justicia.

33. La opinion de este sabio jurisconsulto carece de apoyo legal, pues en la subasta de bienes que se hace con intervencion de la justicia, la venta se reputa hecha por el deudor y no por el juez, á diferencia de la que se ejecuta por el acreedor de la cosa dada en prendas, como sabiamente advierten esta diversidad Hermosilla en la ley 32, título 5, Partida 5, adicion á la glosa 7, número 16, y el señor Olea, título 5, cuestion 13 número 2 y 8 de *cessione iurium*. Tambien confirma esta verdad Febrero en el tomo 2, cap. 7, párrafo final, número 162, de su Libreria de Escribanos, donde proponiendo la norma ó fórmula de las ventas judiciales, afirma que el juez otorga la escritura, pero lo hace por el deudor, dueño de la alhaja, y le obliga á la eviccion á él, á sus hijos herederos y sucesores; de que se convence que en las subastas ó ventas que se hacen por autoridad judicial, no es el juez el que vende en realidad, sino el deudor dueño de la alhaja.

34. En comprobacion de la preferencia que compete al pariente en los bienes vendidos con autoridad del juez está la resoluciou de la ley 16, ff. *de rebus auctoritate iudicis &c.*, que se ha citado arriba, en la que espresa y literalmente es preferido el pariente del vendedor á cualquier extraño en la venta hecha por el juez en almoneda pública. Es disculpable Montalvo en su opinion por haber escrito sus notas ó Comentarios á las leyes del Fuero antes de la formacion de las de Toro.

35. Por esta ley del derecho civil únicamente se daba al pariente la preferencia para sacar la cosa por el tanto, pero no un verdadero derecho de retracto para sacarla del comprador, y la presente ley amplió en esta parte la disposicion de la civil, concediendo al pariente, aun en el caso de que la almoneda sea pública ó se haga por orden de la justicia, el derecho de retracto para que pueda repetir la finca de cualquier comprador extraño, como se convence de haber dispuesto la ley que los nueve dias hayan de empezar á correr desde el remate, mandando se pague al comprador las costas y alcabala, si las habia ya satisfecho.

36. Entre las leyes que vulgarmente se llaman del estilo se halla la 220 que clara y terminantemente favorece la opinion de Montalvo; pero debe

tenerse presente que dichas leyes carecen de toda autoridad legal, pues en realidad no son otra cosa que una coleccion de estilos y observancias mezcladas con algunas leyes patrias y extranjeras, formada por algun literato práctico, como lo persuade D. Manuel de Lardizabal en su discurso sobre las penas, cap. 5, párrafo 6, número 32 y siguientes, y lo mismo habia afirmado antes el P. Burriel en su carta á D. Juan de Amaya, número 43. Por esta razon donde dice que las leyes del estilo no son otra cosa que una coleccion de declaraciones de las leyes del Fuero Real, y de la práctica del tribunal de la corte, dispuesta por algun curioso en tiempo del rey D. Alonso el XI, y antes que este rey hiciese el Ordenamiento de Alcalá. Tambien puede servir de conprobacion de este dictámen el silencio que se guarda acerca de las leyes del estilo en la 1 del tít. 28, de dicho Ordenamiento de Alcalá, en que con tanta especificacion se refieren los cuerpos legales nacionales, y la órden y preferencia que han de tener entre sí en la decision de las causas, y sin embargo de que hace espresa mencion del Fuero Real, nada se dice de las leyes del estilo, que son declaraciones de las del Fuero Real.

37. Pasa la ley á señalar desde cuándo deberán correr los nueve dias en la cosa que se ha vendido en pública almoneda, y dice que desde el dia del remate. Son terminantes sus palabras, y por tanto no cabe duda en su inteligencia; pero con motivo de la duda que suscitan los autores acerca de si los nueve dias que concede la ley del Fuero para el retracto se han de contar precisamente desde el dia de la venta, ó desde el de la entrega en las demas cosas que se enagenan en venta privada, tocan por incidencia los autores la razon por qué en la venta pública quiere la ley que se cuente desde el dia del remate, por lo que no parecerá fuera de propósito tratar de esta cuestion en la presente ley, aunque peculiar de la ley del Fuero, atendiendo á lo importante que es en la materia de retracto, y la luz que puede darnos en la presente ley.

38. Antonio Gomez en el número 16 se propone esta cuestion, y sin embargo de afirmar que la práctica que se observaba en su tiempo, y de que fue testigo, era de que los nueve dias se empezaban á contar desde el dia del contrato, cuya opinion vió comprobada en un examen por la mayor parte de los doctores de Salamanca, resuelve que no deben correr los nueve dias sino desde el de la tradicion de la cosa, fundando lo primero en que el fin de la ley del Fuero es que la cosa no salga de la familia, y antes de la tradicion no se dice enagenada la cosa, ni sale de la familia, segun la ley 67, ff. *de verborum significatione*, no trasfiriéndose el dominio desde el tiempo del contrato, sino por la tradicion, segun la ley 20, C. *de pactis*.

39. El segundo fundamento principal de Gomcz se reduce á que si el tiempo principiase á correr desde el dia del contrato, fácilmente impedirian los contrayentes que los consanguíneos tuvieran noticia del contrato, celebrándolo secreta y dolosamente, con lo que los escluirian del retracto, lo que no sucederia contándose desde el dia de la entrega.

40. Covarrubias, lib. 3, *variarum resolutionum*, cap. 11, número 2, Gutierrez, prácticas cuestiones, lib. 2, cuestion 152, donde cita otros, y Molina *de justitia et jure*. disputacion 370, número 23 y siguientes, defienden que los nueve dias deben correr desde el de la venta ó contrato, fundando su opinion en la literal expresion de las leyes 1, 2 y 3, títu-

lo 13, lib. 10 de la Novísima, que clara y espresamente disponen se cuenten dichos nueve días desde que la venta fuere hecha, en lo que conviene la ley 27, tit. 4, lib. 7 del Ordenamiento Real, y si hubieran querido que se contara desde la entrega lo hubieran espresado. Confirma esta opinion la presente ley, que dispone se computen los nueve días desde el remate sin hacer mencion de la tradicion ó entrega, y satisfaciendo el primer fundamento de la opinion de Gomez dice el Molina al número 27 del lugar citado, que no pretendieron los legisladores de estas leyes de Castilla establecer que los nueve días no empezasen á correr antes de que la enagenacion de la cosa vendida se consumase por la tradicion, como se convence de la presente ley, que dispone que los nueve días se cuenten desde el remate, no obstante que la cosa que se vende en pública almoneda no se considera enagenada antes que se verifica la entrega.

44. Coincidiendo en esta misma opinion el Gomez, cuando en el número 17 afirma que no se deben empezar á contar los nueve días desde la tradicion por acto ficto ó ficcion, siendo asi que en virtud de dicha tradicion por acto ficto se transfiere el dominio por lo que concluye diciendo, que aunque el fin de los legisladores haya sido conceder el retracto para que pudiesen los parientes retener la cosa en la familia, si quisiesen, no concedieron dicho retracto sino dentro de los nueve días de la venta consumada sin esperar á la tradicion.

42. Al segundo fundamento responde Molina, que los nueve días han de correr desde el de la venta pública, y notoriamente consumada ó manifestada, de forma que pueda llegar á noticia de los demas, pues celebrándose la venta con ignorancia de los demas no deberán correr desde el día de la venta los nueve días, y mucho menos en el caso que por fraude ó colusion de los contrayentes se haya impedido que llegase la noticia de ella á los parientes, como lo afirma Gutiérrez al núm. 3 del lugar citado, siguiendo á Tiraquelo, y con esto, dice Molina, se satisface al argumento que se podria formar de las palabras de la presente ley, sin embargo de que estraña no lo hayan propuesto los autores de la contraria. Son palabras de la ley las siguientes: «y los nueve días que dispone la ley del Fuero se cuenten en este caso desde el día del remate.» de las que parece debe inferirse, á contrario sensu, ó por el contrario, que en otros casos no se han de contar desde que se consumó la venta, sino desde la tradicion: á lo que responde, que como en el caso de la almoneda pública no se podia celebrar el contrato sin que pudiese llegar á noticia de los parientes, por lo tanto se pusieron aquellas palabras, «en este caso,» para manifestar que en las demas ventas que no se celebrasen descubiertamente, ó se publicasen despues de su consumacion, no se empezasen á contar los nueve días desde la celebracion y consumacion de la venta, sino desde la publicacion. Hasta aqui el señor Molina.

43. Sin embargo de la razon que insinúa el Molina para que la presente ley señale por principio de los nueve días el del remate, soy de sentir que por la misma razon que señaló en las ventas privadas el día del contrato, señaló en la de almoneda pública el del remate, y que el haber espresado en este caso, que son las palabras de que usa la ley, fue con el fin de declarar que la venta que se hacia en almoneda pública, aunque fuese de orden de la justicia, se reputaba hecha por el vendedor, y de consiguiente debia tener lugar el retracto, contra lo que disponia la

ley del estilo citada, á quien seguia Montalvo, pues rigiendo la razon que alega Molina, se seguiria que si en la almoneda pública, porque no puede ignorarse el dia de la venta, señala el mismo del remate, en el caso de las ventas privadas, pudiendo ignorarse el dia de su celebracion, no se deberia haber contentado la ley con señalar simplemente que los nueve dias debian correr desde el contrato, sino deberia haber añadido, con tal que sea manifiesto á los demas.

44. Admitida como mas conforme la opinion que se ha referido de Covarrubias, Gutierrez y Molina, se sigue tratar otra cuestion propia y peculiar de esta ley, reducida á si los nueve dias han de correr inmediatamente desde el remate, ó si se han de empezar á contar despues que hayan pasado los nueve dias que por práctica de este reino se conceden al deudor, cuyos bienes se venden en almoneda pública de orden de la justicia para pagar á los acreedores, para sacar dichos bienes ofreciendo el precio.

45. El doctor Castillo en la presente ley de Toro y Matienzo en la misma, glosa 3, opinan que los espresados nueve dias que señala esta ley se han de contar despues de pasados los nueve que por práctica se conceden al deudor, fundados en las siguientes razones: primera, porque hasta que pasen los nueve dias concedidos al deudor no se reputa vendida la cosa, por poder este retraerla en dicho término, y no estando la cosa vendida no se puede sacar por el consanguíneo: segunda, porque se le seguiria perjuicio al deudor que dentro de los nueve dias quisiera retraer su cosa, si concurriera el pariente mas cercano á litigar sobre el retracto, lo que se evitaria si al pariente no le empezáran á correr los nueve dias hasta que hubieran pasado los del deudor.

46. Gutierrez en el lib. 2 de las prácticas, cuestion 161, sigue la opinion contraria, movido en primer lugar de la espresa y terminante resolucion de la ley que señala el dia del remate, para que corran desde él los nueve dias que se conceden al consanguíneo para retraer la cosa. En segundo lugar los dichos nueve dias corren inmediatamente en la venta que se ha hecho con pacto *de retrovendo* dentro de cierto tiempo, ofreciendo el precio, como lo reconoce el mismo Matienzo en la ley 7, título 11, lib. 3 de la Recopilacion, glosa 6, número 22, sin que el dicho pacto sirva de impedimento para que saque la cosa el pariente interin y hasta tanto que la retraiga el vendedor: luego deberá decirse lo mismo en la presente cuestion, á saber; que los nueve dias empiecen á correr inmediatamente desde el remate, sin esperar á que se cumplan los nueve dias que por práctica se conceden al deudor.

47. Satisfaciendo á los fundamentos de la contraria, dice Gutierrez que aunque el deudor pueda retraer la cosa, esto no quita que la venta sea y se diga perfecta, para efecto que corran los nueve dias al pariente, con lo que queda disuelto el primer fundamento.

48. En cuanto al segundo responde que así como en el pacto *de retrovendo* si concurre el sócio, consanguíneo y el deudor, es preferido este á los otros dentro del término para retraer, segun confiesa Matienzo en el lugar citado, y tambien Gomez al núm. 48, por igual razon se ha de decir lo mismo en el caso de esta ley, y por consiguiente ningun perjuicio se le sigue al deudor de que el sócio ó consanguíneo saquen la cosa dentro de los nueve dias, porque debe ser preferido, y aun podrá el ven-

dedor redimir la cosa que ha sacado el pariente en virtud del pacto de *re-tro-vendendo* del mismo pariente, según los autores citados.

49. Es innegable que por práctica se concede al deudor cuyos bienes se han subastado en almoneda pública á instancia del acreedor tres dias, si los bienes son muebles, y nueve si son raices, para retraerlos por el tanto, como lo afirma Covarrubias, lib. 2, *var. res.*, cap. 44, núm. 3, á quien cita Diego Perez en la ley 4, tít. 8, lib. 3 del Ordenamiento real, *vers. dubitare praeterea solet*, aumentando Gutierrez en el lugar citado que en tal caso se suspende por dicho término el pasar á dar la posesion de la cosa subastada al comprador, porque si el deudor retrae la cosa vendida, es ocioso pasar á dar la posesion; de cuya práctica resalta un argumento á favor de la opinion que queda establecida de que los nueve dias para el retracto se han de contar desde la venta, y no desde la tradicion, pues en el caso de pública subasta corren al deudor los nueve dias para retraer, antes que la cosa haya salido de su dominio, ni se le haya dado la posesion al comprador, según la práctica, no siendo la posesion judicial otra cosa que la tradicion.

50. Admitiendo como mas conforme á derecho la opinion de Gutierrez que la de Castillo y Matienzo, por estar apoyada en la ley 8 para el caso de la concurrencia del tio y sobrino, y en la 73 de Toro para el de que el pariente de grado mas remoto quiera retraer en defecto del de mas próximo, en cuyos dos casos ordenan dicha leyes que sean unos mismos los nueve dias del término para que pueda retraer el menos privilegiado en defecto del que lo es mas, y continuando la esposicion de la ley, exige esta, para que tenga efecto el retracto, que el que haya de sacar la cosa consigne el precio poniendo *pro forma* esta condicion, como lo persuaden las siguientes palabras de que usa, *con tanto que consigne el que saca el precio*, y de consiguiente no basta ofrecerlo, ni aun depositarlo, sino que debe consignarlo ante el juez y escribano, según Matienzo en esta ley, glosa 4, número 4.

51. Tambien pide la presente ley con la misma precision y necesidad que se hagan las otras diligencias que previene la ley del Fuero y del Ordenamiento de Nieva.

52. Estas diligencias en la ley del Fuero son que *jure* quiere la cosa para sí, y que no lo hace por engaño, pues aunque en ella se espresan otros requisitos, se hallan derogados por las siguientes leyes de Toro, como se notará en ellas, y no es de creer que esta presente ley encargase la observancia de la ley del Fuero en los puntos que la amplían las otras leyes de Toro, que se formaron y publicaron al mismo tiempo que esta.

53. Las de la ley del Ordenamiento son que sea preferido el sobrino al tio en el retracto, y caso de que el sobrino no saque la cosa, lo pueda hacer el tio dentro de los mismos nueve dias, y que á los menores ni ausentes no les aproveche ni su menor edad ni su ausencia.

54. Bajo la misma condicion exige la ley que el que saca la cosa haya de pagar al comprador las costas y alcabala si la pagó este, suspendiendo entregar la cosa comprada hasta estar satisfecho de los gastos que se le han originado.

55. Matienzo en la ley 7, tít. 11, lib. 5 de la Recopilacion, glosa 12, número 6, espone por menor la práctica que se observa en los tribunales para sacar la cosa vendida por retracto *jure sanguinis*, donde se podrá ver.

56. Otra duda suscitan los autores, que por ser comun á esta ley con la del Fuero no parecerá fuera del asunto tratarla en este lugar, y se reduce á si los nueve dias se han de contar de momento en momento, ó naturalmente de media noche en media noche, y en tal caso si se han de empezar á computar incluyendo el término *á quo*, ó escluyendo dicho término, como por ejemplo, la venta se celebró en lunes; si se han de contar los nueve dias empezando á contar en los nueve dias el lunes, y asi concluiran en la noche del martes de la semana siguiente, que divide el martes del miércoles, ó no comprendiendo en ellos el lunes deberán contarse desde el martes, y concluirse en la noche que divide el miércoles del jueves de la semana siguiente.

57. Gutierrez, lib. 2 de las prácticas, cuestion 154, número 4, es de sentir que los nueve dias no comprenden el dia del término *á quo* fundado en que si quando se establece algun tiempo se usa de las dicciones *á*, *ab*, *ex*, con las que fija tiempo, entonces no se computa en el término el dia del término, porque son separativas y esclusivas, segun Tiraquelo, y hablando con propiedad los que usan de dichas dicciones las ponen en lugar de *post*, que es separativa, y asi la diction *á* y *ab* por su naturaleza escluyen el dia de la accion del término, y de consiguiente no se computa en el término. Hasta aqui Gutierrez en el lugar citado número 2. Continúa en el 5 citando las palabras de la presente ley, que dicen *desde el dia del remate*, é infiere que dicho dia se ha de escluir de los nueve, y previniendo el argumento que podría hacerse con la ley del Fuero, supone que la presente ley declara á la del Fuero y á las demas en esta parte.

58. Antonio Gomez en el número 25, suponiendo como indubitable que se debia contar el dia de la entrega ó tradicion de la cosa, solo se detiene á examinar si los dias se han de contar naturalmente, de forma que en el ejemplo propuesto arriba los nueve dias se cumplan en la media noche que divide el martes del miercoles de la semana siguiente, ó si han de contar dichos dias de momento en momento, de tal modo que si la entrega se hizo el lunes á las ocho de la mañana, se cumpla el término el martes de la semana siguiente á las ocho del dia, cuya última opinion abraza Gomez.

59. Molina de *justitia et jure*, disputacion 370, número 34, sigue la opinion de Gomez fundándose en que todo tiempo ó término, ó dilacion legal, quando otra cosa no se colije del derecho, se computa de momento en momento, de manera que bajo el nombre de cualquier dia prescripto ó concedido se entiendan y comprendan veinte y cuatro horas integras desde el dia del término *á quo* inclusive, segun el principio de la suputacion prescripta en aquel dia, como si se dijera desde el dia de la compra de la eleccion, de la sentencia proferida, como lo persuaden la ley 3, párrafo *minoren*, ff. de *minoribus*, ley *pater* 30, ff. *ad legem Juliam de adult*, ley 2, párrafo *dies*, ff. *quando apell*, *sit*, y la ley *eos qui* 6, párrafo *sin autem*, C. de *apellat*, y asi lo afirman los doctores, y lo lleva consigo la propiedad de la oracion y la costumbre recibida de computar. Ni se escluye el *á quo* quando es divisible, como dia, mes y año, y otra cosa en parte de la que se halla aquello á que se átiende y tiene consideracion al tiempo de computar, como la natiidad. apelacion, eleccion, venta etc. De aqui es que decimos á la calentura terciana ó cuartana porque vuelve de tres en tres, ó de cuatro en cuatro dias. En la presente

materia, dice, hay un argumento muy fuerte del que no pueden desembarazarse los autores de la contraria. Conceden que si la ley dice dentro de nueve dias de consumada la venta, los dias se deben contar desde el punto de haberse consumado la venta, porque el término *á quo*, que se ha de escluir en la suputacion ó cómputo, no es el dia de la compra, sino la compra misma, desde cuyo punto de consumacion empiezan á correr los nueve dias, es asi que la ley del Fuero, que es la primera que habla del retracto, dice asi: «si despues que fuere vendida la cosa, hasta nueve dias viniere y diere el precio por que es vendida, háyala.» Nótese que dice hasta nueve dias despues de consumada la venta, y no despues del dia de la venta, ni desde el dia de la venta. Y la ley del Ordenamiento encarga que á la letra se guarde la ley del Fuero por estas palabras: «y que haya lugar contra ellos esta prescripcion de los dichos nueve dias, y que á la letra se guarde la dicha ley.» Hasta aqui Molina.

60. Pretende Gutierrez que la presente ley declaró la del Fuero y Ordenamiento, y responde Molina que dicha ley no tiene ninguna apariencia de declarar ni restringir las espresadas leyes, ni hubo otro derecho en la materia antes de la ley de Toro ni despues, porque dicha ley restringe su disposicion á aquel solo caso de que habla cuando dice: «y los nueve dias que dispone la ley del Fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate,» que es lo mismo que decir, del dia del remate ó desde el remate. Este es dictámen de Molina en la espresada duda, el que he referido por menor por parecerme el mas fundado y conforme á nuestras leyes reales. Palacios Ruvios es de esta misma opinion al núm. 34, Diego Perez en la ley 1, tít. 16, lib. 3 del Ordenamiento, vers. *cinco dias*, y Gregorio Lopez en la ley 22, tít. 23, Part. 3, glosa 5, son del mismo dictámen.

61. Como esta ley y las demas de Toro que hablan del retracto suponen y se refieren á la del Fuero, no debe parecer importuno y fuera de propósito examinar aqui, y resolver algunas de las principales dudas que ocurren en la materia de retracto, y directamente pertenecen á la del Fuero, de que son las de Toro declaratorias en los puntos que en ellas se contienen; pero antes conviene fijar los principios que rigen en el retracto de sangre, á fin de resolver con mas claridad y solidez las dudas de que me he de hacer cargo, y evitar la confusion y variedad con que cpinan los autores por no haber tenido presentes las reglas que establecen las leyes reales en la materia.

62. Son requisitos indispensables para el retracto de sangre que la finca sea raiz, y que el que la haya adquirido primeramente la deje por herencia á sus hijos ó descendientes, y que el que la adquirió por dicho título la enagene por el de venta á un extraño de la familia: que el que ha de usar del retracto ha de ser descendiente de aquel que primero adquirió la finca, la que conserva siempre la cualidad de patrimonial ó de abolengo, por mas sucesiones que corran entre los descendientes del primer poseedor, si se ha transferido de uno en otro por título de herencia, y esto se verifica aun despues que los descendientes esten fuera del cuarto grado de parentesco del primer poseedor, á causa de que en las sucesiones posteriores ha contraido igual cualidad de patrimonial y de abolengo respecto de los descendientes ulteriores.

63. Pretende Albornoza al fólío 419, columna 2 del título de retracto,

que no hay diferencia alguna entre ser una heredad de abolengo ó de patrimonio, y con una confianza destituida de fundamento desafia en cierto modo á los espositores á que se la señalen diciendo: «Quisiera yo mucho que los doctores me declararan cuál heredad se llama de abolengo, y cuál de patrimonio.» Para satisfacer la arrogancia que envuelve esta pregunta, debería bastar que tanto la ley 7, que es la del Fuero, como la 15, que es una declaracion de ella, y la 10 y 11 del citado título 11, hablan con distincion de la heredad de patrimonio y de abolengo usando de la partícula disyuntiva ó, y debería Albornoiz haber trabajado en descubrir esta diferencia, á no querer hacerse superior á las leyes. Sepa, pues, Albornoiz y los que opinan como él, que la heredad se dice de abolengo ó patrimonio con respecto á la persona que usa del retracto; si esta es nieta del que primero adquirió la heredad se dirá que es de abolengo, y si hijo que es de patrimonio ó patrimonial, cuya distincion es tan sólida y fundada que escluye toda cavilacion en contrario, como se convence del caso que propone la ley 8 de este título: «De que un hombre hubo una heredad que fue de su padre primeramente, y este tiene un hermano é un hijo, y vende esta heredad que heredó á un extraño; viene agora este hermano y este hijo del vendedor, y pide cada uno esta heredad..... Porque dice cada uno que fue de su padre.» En cuyo caso es á todas luces claro que el hermano del vendedor pide la heredad como patrimonio de su padre ó patrimonial, y el hijo del mismo vendedor como de abolengo, por haberla adquirido su abuelo, de forma que una misma heredad es de abolengo y patrimonio, respecto de diversas personas, como lo acredita el caso referido.

64. Véase ahora cómo se explica Albornoiz acerca de este punto: dice que la ley del Fuero llama heredad de patrimonio á toda hacienda que por via de patrimonio ó herencia dejare el testador originario de la familia por título lucrativo á cualquiera, aunque sea extraño, y contra esta concede el retracto al descendiente de la familia respecto del extraño á quien se mandó: heredad de abolengo á la que se deja al descendiente, y aunque supone que todos le contradecirán esto por la comun opinion, que no se da retracto sino al que es pariente, afirma que él dice lo mismo; pero niega que no se dé retracto (por pasiva) sino contra pariente, lo que prueba con las palabras de la ley que dice: «todo hombre,» de manera que no dijo pariente, ni abajo donde dice, pariente, se refiere al hombre, sino alguno de aquel abolengo, y tambien hace referencia del abolengo á la cosa vendida, y no al hombre que la vende, lo que afirma se prueba demostrativamente por el cap. 11 de este título (habla de su tratado), que es la ley 16, tít. 10, lib. 3 del Fuero Real, en que se da retracto á los herederos del testador contra la parte de la herencia que cupo al extraño, á quien la dió por la planta, pues aquel título no es tan lucrativo como si graciosamente se la dejara por testamento. Hasta aqui Albornoiz.

65. Toda esta esposicion es un conjunto de aserciones falsas é inconducentes al punto que se disputa, y de consecuencias absurdas y arbitrarias. Dice que heredad de patrimonio es la que deja el testador por título lucrativo á cualquier extraño, y alega en comprobacion la ley del Fuero que está tan lejos de decir lo que le atribuye Albornoiz, que antes bien espresa todo lo contrario, pues no habla del caso en que alguno haya dejado por testamento heredad de patrimonio á un extraño, sino del que

la ha recibido y trata de venderla, como se demuestra por sus palabras que son las siguientes. «Todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto háyala él antes que otro alguno. ¿Dónde está aqui la hacienda que por via de patrimonio ó herencia deja el testador orijinario de la familia por título lucrativo á cualquier estraño? Es, pues, manifestamente falso que la ley hable del caso, que afirma Albornoz, de que un testador originario de la familia deje por heredero á un estraño.

66. Confiesa, conformándose con la opinion comun, que no se da retracto sino al que es pariente; pero niega que no se dé tambien por pasiva sino contra pariente. Aunque es absolutamente falso que se dé retracto por pasiva ó contra pariente, como manifestaré despues, ¿á qué conduce al asunto de que se trata, que es de señalar la diferencia que media entre abolengo y patrimonio, el que se dé retracto por activa al pariente, y retracto por pasiva contra el pariente? ¿dejará por eso la heredad de ser de patrimonio ó abolengo? Alegar en comprobacion de esto mismo la ley del Fuero, fundándose en que dice todo hombre y no todo pariente, es un nuevo despropósito, pues no dice todo hombre en general ó indefinidamente, sino todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, con lo que demuestra que no habla de todo hombre en comun, sino del hombre que está ligado con parentesco con el que le dejó la heredad de patrimonio ó abolengo, pues sin que mediara la cualidad de pariente entre el que recibió la heredad y el que se la dejó, no podía decirse con verdad que era heredad de patrimonio ó abolengo.

67. Alega, en comprobacion de su intento, que en la ley se hace referencia del abolengo á la cosa vendida, y no al hombre que la vende, lo que dice se prueba demostrativamente con la ley que ha citado del Fuero Real. No es cierto que la palabra abolengo se refiera únicamente á la cosa vendida, y no al hombre que la vende, porque es un término relativo de personas que necesariamente se refiere del nieto al abuelo y de este al nieto, como igualmente sucede en el de padre á hijo, y en el de este á padre, y el decir la ley que la cosa que se vende es de abolengo equivale á si dijera que antes habia sido del abuelo, y en la actualidad pretendia adquirirla el nieto.

68. Lo que intenta persuadir Albornoz es y se dirige á que no es absolutamente necesario que el que vende la cosa que heredó del primero que la adquirió sea pariente de este para que la puedan retraer los descendientes del mismo; pero contra esta asercion está espresa y terminantemente la ley 15 de este título, que declarando la del Fuero ordena y prohíbe que se admita retracto contra los bienes vendidos, «salvo cuando los tales bienes fueron vendidos por personas que los hubieren heredado de su abolengo ó de su patrimonio,» por cuyas palabras manifiesta la ley con la mayor claridad que para que tenga lugar el retracto los bienes se hayan de haber heredado del abuelo ó padre del heredero, y de consiguiente necesariamente está ha de ser hijo ó nieto del testador, pues de otro modo no puede verificarse el requisito que exige la ley para que tenga lugar el retracto de que los bienes los haya heredado el que los vendió de su padre ó abuelo, con lo que se convence de un modo incontestable que para que la cosa sea de abolengo en el sen-

tido que habla la ley no solo ha de haber sido del abuelo, sino que es necesario que lo haya heredado un descendiente del mismo.

69. También se persuade la verdad y certeza de este principio con la doctrina del mismo Albornoz, que en el lugar citado afirma que heredad de abolengo es la que se deja á un descendiente; si pues ha de ser descendiente del testador el que herede la cosa de abolengo, ¿cómo ha de ser componible que la palabra abolengo se refiera á la cosa vendida, y no al hombre que la vende? á no ser que tenga resolucíon para decir que el descendiente no está comprendido en la clase del pariente de aquel de quien desciende.

70. No es mas feliz Albornoz en la aplicacion que hace de la ley 46 ya citada del Fuero para probar su intento, que es de que se da retracto por pasiva, como él dice, contra el que vende la cosa aunque no sea pariente del que la heredó: sin embargo de que afirma que con dicha ley se prueba demostrativamente su intento, y se funda en que en ella se da retracto á los herederos del testador contra la parte de la herencia que cupo al extraño á quien la dió por la planta, pues aquel título no es tan lucrativo como si gratuitamente se la dejara por testamento.

71. Para conocer la arbitrariedad con que habla este autor de la ley que cita, basta referir su disposicion, que á la letra es: «quien viña ó casa ó otra labor ficiere en tierra agena por haber parte en la labor, é ante que sea partido lo quisiere vender ó despues, puédalo facer; mas si el señor de la tierra ó sus herederos, tanto por tanto lo quisieren comprar, sea tenido de lo vender á él, antes que á otro.» En ella se da retracto á los herederos del testador es cierto, pero este retracto es el activo para retraer la cosa que se vende, y Albornoz habla del pasivo, que es el que se da (segun dice el mismo) contra el que vende. Tampoco es cierto que el retracto que se da á los herederos sea contra la parte de la herencia que cupo al extraño, pues la ley no hace la mas mínima mencion de que el testador dejase por herencia viña ó casa, ú otra labor en su fundo ó posesion, sino únicamente habla del extraño que planta viña, fabrica casa ó hace otra labor en tierra agena, lo que es absolutamente distinto de adquirir por herencia dichas posesiones.

72. Por último, si la disputa se versa acerca del retracto de sangre, que no puede tener lugar cuando el que vende la heredad no es descendiente del que se la dejó, ¿no es un manifesto absurdo y despropósito intentar desmentir esta verdad alegando lo que sucede en el retracto que se da al comunero, al señor del directo dominio, al superficiario ó enfiteuta en que por lo comun no tienen entre sí el mas mínimo parentesco los comuneros, y señores del dominio útil y directo? pues como el mismo Albornoz advierte en la col. 4 del citado folio 119, el retracto del comunero y de consiguiente el del señor del directo dominio y del superficiario, se funda en la cosa para conservarla en union, y no en la persona, como el del pariente que se funda en la sangre. El deseo de contradecir, de sutilizar y ostentarse ingeniosos, y singularizarse suele ser la causa de incurrir en estos estravios.

73. No se engañó menos Albornoz en señalar lo que era heredad de abolengo y la de patrimonio. Dice que heredad de abolengo es la que se deja á un descendiente; contra esto inmediatamente se ofrece que el hijo es descendiente del padre, y lo que este deja á su hijo no es heredad de

abolengo, sino de patrimonio ó patrimonial. Tampoco la heredad se llama de abolengo con respecto al que la deja, ni á quien se deja, sino con respecto al que usa del derecho de retracto, como noté arriba, donde propuse la diferencia que media entre la heredad de patrimonio ó abolengo, lo que se evidencia con este ejemplo: el abuelo dejó á su nieto una heredad, y habiéndola vendido este á un extraño pretende usar del retracto un tío del nieto heredero, é hijo del testador, en cuyo caso fundará su derecho en que la heredad era patrimonial y no de abolengo, pues respecto del retraente no era abuelo, sino padre, el que dejó la heredad á su nieto.

74. Admira que hablando de la heredad patrimonial diga Albornoz que es la que se deja á un pariente ó un extraño, y tratando de la de abolengo afirma que es la que se deja á un descendiente, pues seguramente no se alcanza á concebir la razon de esta diferencia, que en la una haya de ser necesariamente descendiente el heredero, y en la otra baste que sea extraño.

75. No se limitan los errores que cometió Albornoz en su esposicion de la heredad patrimonial y de abolengo á los que se han refutado, sino que tambien dice que la ley de D. Enrique II, que es la 8 del título, habla solo de la heredad patrimonial, siendo así que igualmente hace mencion de la de abolengo, como se convencerá cualquiera que la lea.

76. Comete otro error en decir que el retracto pasivo es el que se da contra el heredero que vende la cosa heredada, pues siendo necesario que haya precedido la venta para que se verifique el retracto, como lo reconoce Albornoz donde da la etimología de esta voz en el fólío 418, y dice, «que es lo que ya estaba traído sacarlo á fuera, y deshacer lo que ya estaba hecho,» es claro que el retracto pasivo obra directamente no contra el vendedor de la cosa heredada, sino contra el comprador, lo que afirma la ley 8 de este título, en donde tratando del caso en que dos parientes concurren á retraer una heredad vendida, dice que quiere cada uno de ellos sacarla del poder del comprador, con que contra este y no contra el pariente que vendió se da el retracto. Lo mismo persuade la ley 9, en donde especificando las obligaciones que ha de satisfacer el pariente que retrae, dice: «y asimismo haya de pagar al comprador (nótese bien) las costas y alcabala, si la pagó el comprador antes que la cosa así vendida le sea entregada.»

77. Sentados ya estos principios generales que obran en el retracto de sangre, corresponde proponer y resolver algunas de las principales dudas que se suscitan por los autores.

78. Primera duda: si cuando el que heredó la cosa de patrimonio ó abolengo la vendió, y posteriormente la volvió á comprar quedará sujeta al retracto si la vende segunda vez. Antonio Gomez propone esta duda en el número 24 del Comentario á la ley 70 de Toro, y Matienzo en la glosa 8, número 6 de la ley 7, tít. 11, lib. 5 de la Recopilacion, y resuelven que no. Alegan en su apoyo varias razones de congruencia ó de paridad, y omiten la que es peculiar y propia de la materia, á saber, que no la obtuvo inmediatamente por herencia de su padre ó abuelo, como es necesario para que la heredad se llame de patrimonio ó abolengo, sino que la adquirió por título oneroso de un extraño.

79. Segunda duda: si cuando el pariente ha retraído la cosa quedará

sujeta al retracto si la vende á un extraño. Matienzo en el número 40 del lugar citado arriba se declara por la afirmativa, fundándose en que por el retracto que hace el descendiente de la familia no pierde la cosa la cualidad de patrimonial ó de abolengo, antes bien el retracto se concede para que la cosa no salga de la familia del que la vende, sino para que se conserve en ella. A pesar de esto soy de parecer que en el caso propuesto no debe tener lugar el retracto, fundándome para ello en la misma razon que queda espuesta en la resolucion de la duda anterior.

80. Para que tenga lugar el retracto es requisito indispensable, segun la declaracion que se contiene en la ley 13, que la cosa que se diga patrimonial ó de abolengo se haya heredado del padre ó abuelo, y el que la adquirió por medio del retracto no la obtuvo por herencia de su padre ó abuelo, sino por medio de un contrato oneroso de venta.

81. Al fundamento de Matienzo se satisface diciendo, que aunque es cierto que la cosa retractada por el pariente permanece en la familia del que primero la adquirió, pierde la cualidad de patrimonial ó de abolengo á causa de que esta denominacion envuelve en sí no solo el que la cosa haya sido de alguno de los ascendientes del actual poseedor, sino el que se haya dejado al mismo por título hereditario, y como falta esta cualidad en el pariente que la ha retraído, no queda sujeta al retracto caso de que trate de venderla.

82. Para que no se crea que esta distincion es arbitraria ó de capricho, basta saber que está fundada en la citada ley 13, en donde se declara que lo que se adquiere por compra, por trueque, por donacion ó en otra manera que no sea por haberlo heredado de su abolengo ó patrimonio no está sujeto al retracto cuando se venda, y sin embargo no puede ponerse en duda que lo que un hijo ó descendiente adquiere por cualquiera de los modos indicados está en la familia de su padre ó abuelo. Aun se puede esforzar mas este raciocinio con las palabras de la misma ley que dice: que lo que uno hubiere adquirido por compra lo pueda enagenar libremente en su vida, sin que puedan usar del retracto sus propios hijos; es así que en el caso de la disputa el pariente que usó del retracto adquirió la cosa por título de compra, con que segun la declaracion de la ley puede libremente enagenarla en vida, sin que tengan derecho para retraerla sus hijos ó descendientes.

83. Alborno en el folio 119, col. 3 del lugar citado, sigue la opinion negativa de que no es retractable la cosa que se sacó por retracto, y funda su opinion «que hecho el retracto por el de la familia, la cosa que se sacó queda fuera de la familia,» en lo que comete un manifesto error, porque si era de la familia el que la sacó y adquirió por retracto, ¿cómo ha de quedar fuera de la familia poseyéndola un individuo de ella? Mas claro, si la cosa estaba en la familia cuando la tenia el que la heredó, ¿cómo ha de haber salido de la familia por el retracto, cuando para retraer es necesario que el pariente sea, segun la ley del Fuero, del mismo patrimonio ó abolengo que el que la vendió?

84. Tan lejos está de que la cosa que se retrae salga de la familia, que antes bien el único objeto del retracto es volver á la familia lo que habia salido de ella. Es cierta la opinion de Alborno, pero no la razon en que la funda, porque el haberse hecho no retractable es por haberse adquirido por venta y no por herencia.

85. Esta doctrina de la cosa retraida por el pariente debe regir igualmente en el pariente á quien se vende libre y espontáneamente una heredad de su abolengo ó patrimonio, como si un hermano vende á otro lo que heredó de su padre ó abuelo, porque habiéndola adquirido el hermano por compra perdió la cualidad de patrimonial, y así la podrá vender libremente, como sucede en todos los casos en que el que ha retraido la cosa patrimonial dispone despues el venderla.

86. Tercera duda: si cuando la cosa se vende á un pariente en grado mas remoto en la línea de padre ó abuelo, podrá retraerla otro de grado mas próximo, como por ejemplo, si un hijo del testador vendió á un nieto del mismo por otra línea la finca que heredó de su padre, podrá usar del retracto contra dicho nieto otro hijo del mismo testador.

87. Antonio Gomez en el número 13, Albornoz al folio 120, col. 4 de los lugares citados, y Matienzo en la ley 7, glosa 5, número 8 y 12, Gutierrez en el lib. 2 de las cuestiones civiles, cuestion 150, y el padre Molina en el tratado 2, disputacion 370, se proponen y resuelven la presente duda afirmando que tiene lugar el retracto contra el pariente del grado mas remoto. Aunque sea de consideracion la autoridad de estos escritores, la prudencia dicta que debe darse la preferencia al peso de la razon antes que al de la autoridad. Gomez principalmente se funda en que no puede el vendedor privar al pariente mas cercano del derecho que la ley le concede. Matienzo alega varias razones de congruencia, que directamente no son adaptables á la materia. Albornoz funda su opinion en que en esto se diferencia el retracto de sangre del de comunion. Gutierrez repite lo que han dicho los demas, y lo que añade no es de importancia. El padre Molina observa oportunamente que por la ley del Fuero se concede el derecho de retracto al pariente mas inmediato, de forma que si este no usa de él, no puedan ser admitidos los de grado mas remoto, de que infiere que la intencion de la ley no fue de que la heredad no saliese de la familia del primer poseedor, sino que viniese al mas propincuo, siendo de estrañar que saque esta ilacion despues de reconocer que por la ley 7 del lib. 10, tit. 13 de la Novísima, se derogó la ley del Fuero en esta parte y se concedió á todos los parientes dentro del cuarto grado el derecho de retracto, aunque prefiriendo los mas próximos á los otros.

88. Sin embargo de que la opinion de estos autores está recibida como la mas comun, la contraria á mi parecer tiene á su favor el peso de la razon. Es innegable que el derecho de retracto es odioso, contrario y restrictivo de la libertad natural que compete al vendedor para enagenar sus bienes en quien le parezca, como así lo declara en términos espresos, hablando del retracto de sangre, la ley 14, C. de *contrahenda emptione*, graduando de injuria la que se hace al vendedor en limitar la libertad de vender. A si lo reconoce Gomez en el núm. 1, donde acumula muchas leyes al intento, y tambien lo confiesa Matienzo en la glosa 13 de la ley 8, número 4, donde afirma que con tanto rigor se debe observar la letra de la ley, que no es permitido separarse de sus palabras, ni lo ancho de una uña. Del mismo dictámen es Gutierrez en la cuestion 145 del libro 2 de las civiles, núm. 2, donde confiesa que las leyes que hablan del retracto son exorbitantes y odiosas, y deben restringirse porque son derogatorias del derecho comun. Esta es una verdad tan manifiesta que no admite la menor duda en contrario, pues siempre que por la concesion hecha á un

cuerpo ó particular se priva al comun de los individuos de la facultad que antes les competia por la ley, semejante concesion es odiosa y de rigorosa observancia para no darla la menor estension sobre aquello que espresan las palabras de la ley, á diferencia de aquellas otras concesiones que son favorables á las personas á quienes se dispensan y no privan, limitan, ni restringen del derecho que compete á los demas, como sucede en el privilegio concedido á las mugeres para que no puedan obligarse por agenos débitos.

89. Si pues el derecho de retracto es odioso por ser restrictivo de la libertad de enagenar, y de consiguiente es de rigorosa y literal observancia para no darle mayor estension que la que la ley le concede, no habiendo ninguna entre nuestras leyes reales que especifique caso en que dé retracto contra el pariente del vendedor que haya comprado la heredad de patrimonio ó abolengo, y antes bien por el contrario tratando la ley 8, que es declaratoria de la del Fuero, de resolver la duda acerca de quien deberá ser preferido en el retracto activo, el hermano del vendedor, ó el hijo del mismo respecto de la heredad que habia sido de su abuelo, supone que dicha heredad se habia vendido á un extraño, sin duda para dar á entender que en otro caso no habia lugar al retracto, y aun añade mas, pues exige por condicion que el hermano y el hijo del vendedor ambos han de concurrir á un tiempo á pedir la espresada heredad, con lo que claramente quiso manifestar que en el caso que cualquiera de los dos se anticipase á comprarla, cesaba la duda de la preferencia que la ley concede al hijo del vendedor respecto de su tio, luego es á todas luces claro que la facultad que se concede por las leyes al pariente para que pueda sacar por el tanto del comprador extraño la heredad de patrimonio ó abolengo, no se debe estender al caso de que el comprador no es extraño sino pariente del mismo vendedor.

90. Se aumenta la probabilidad de esta opinion si se atiende á la causa inductiva del retracto, que en el dia es que la heredad del patrimonio ó abolengo no salga de la familia del que primero la adquirió pasando al dominio de un extraño, cuya causa cesa cuando se hace la venta á uno de la misma familia, y cesando la razon de la ley es consiguiente que cese tambien su disposicion.

91. Es una comprobacion de esta verdad lo que sucede en el retracto de la cosa comun. La causa de concederse á los comuneros el retracto ó preferencia en el caso de que se venda por uno de ellos la parte que le corresponde en la cosa comun, fue el disminuir el número de partes que se habia de hacer de la cosa comun, si llegaba á dividirse, y como se logra este fin cuando un comunero vende á otro la parte que le pertenece, ninguno de los comuneros ó consócios tiene derecho á usar del retracto ó pretender la preferencia en la venta, como lo confiesa Gregorio Lopez en la glosa 5, de la ley 55, tit. 5, Partida 5, espresando que aunque el consócio á quien se ha hecho la venta tenga solamente una milésima parte en la cosa comun no puede pretender ser preferido el que tenga mayor porcion. Lo mismo repite Matienzo en el número 10, glosa 3, de la ley 13 del título ya citado. E igualmente lo reconoce Albornoz al fol. 120, columna 4, dando por razon que á los comuneros no se les concede el retracto sino cuando la parte de la cosa comun se vende á un extraño; pero se equivoca en creer que la razon de la ley es la que dice, pues esa es la

resolucion y no la causa ó razon de ella, que como dejo manifestado es la de disminuir el número de las partes de la cosa comun, y de consiguiente el de los comuneros, y como cuando uno de ellos vende á otro su parte se consigue el fin que se habia propuesto la ley en su resolucion, cesa esta que se dirigia á dar preferencia al comunero respecto de la venta que hacia el consócio de su parte á un extraño, luego por paridad de razon debe decirse lo mismo en el caso de la disputa, pues siendo la causa de concederse á los parientes el retracto de sangre en la venta de la heredad de patrimonio ó abolengo, el que esta no salga de la familia, consiguiéndose este fin cuando la venta se hace á uno de los parientes de la misma familia dentro del cuarto grado, debe cesar la disposicion de la ley.

92. Nada le aprovecha para su intento al P. Molina la observacion que hace de que por la ley del Fuero se conceda el retracto únicamente al pariente mas inmediato, sin estenderlo á los demas de la familia, aun cuando el mas próximo no quisiese usar de él, porque por la ley 42 del mismo título, que es la 73 de Toro, se derogó la disposicion de la ley del Fuero en esta parte, y se estendió el derecho activo de retracto á todos los parientes dentro del cuarto grado, guardando entre sí el orden de preferencia con respecto á su mayor proximidad al abuelo ó padre que primero adquirió la cosa.

93. Como por la ley del Fuero era el derecho del retracto privativo y peculiar del pariente mas inmediato, quedaban los de grado mas remoto en la clase y concepto de extraños, como que á ellos no alcanzaba el beneficio de la ley, y de consiguiente estaban sujetos como otro cualquiera extraño á sufrir el retracto pasivo, si el pariente mas próximo queria usar del de su privilegio; pero despues que la ley de Toro derogó la disposicion de la del Fuero, y estendió el retracto activo á todos los parientes dentro del cuarto grado distinguiéndolos y diferenciándolos de los extraños, se presume que tambien los distinguió y diferenció de los mismos en cuanto á eximirlos de sufrir el retracto pasivo, pues habiéndolos reputado por de la familia por el hecho de haberles concedido el retracto activo, se inferia por una consecuencia necesaria que los habia eximido del retracto pasivo, porque de lo contrario se incurriria en cierta inconsecuencia ó contradiccion, cual seria que habiendo reputado ó declarado por de la familia á los parientes de grado mas remoto por el hecho de haberles concedido el retracto activo, permitiese contra los mismos el retracto pasivo para evitar que la heredad saliese de la familia adquiriéndola ellos.

94. Es digno de notarse que siendo nuestros comentadores tan propensos á hacer uso de las disposiciones de las leyes romanas, que no pocas veces por observarlas violentan la letra y espíritu de las leyes patrias, se hayan olvidado de aplicar á la decision de la presente duda lo dispuesto en el párrafo 15 y siguientes de la ley 114, ff. *de legatis* 1, donde hablando el jurisconsulto Marciano del caso en que un testador dejó en fideicomiso á un hijo de quien tenia tres nietos una heredad con la condicion de que no la enagenase para que se conservase en la familia pasando á especificar algunos casos en que el heredero cumpla con la voluntad del testador, dice espresamente que cumpliria con la condicion impuesta de conservarla en la familia si se la dejaba á uno de los nietos. Aun se explica, si cabe, con mas claridad en este punto el jurisconsulto

Papiniano en el párrafo 2 de la ley 67, ff. *de legatis* 2, en donde hablando de igual caso en que quedasen tres de la familia del testador, fueran del mismo grado ó diferente, dice bastaba el que la heredad fideicomisaria se dejase á uno de los tres, dando por razon que despues de haber cumplido en esta parte con la voluntad del testador, falta en los demas la condicion con que habian sido llamados.

95. Si el heredero á quien se deja un fideicomiso para que lo conserve en la familia cumple con la voluntad del testador si lo deja á uno de ella, aunque no sea mas inmediato, ¿cómo dirigiéndose el derecho de retracto á impedir que la heredad de patrimonio ó abolengo salga y se conserve en la familia, ha de poder el pariente mas inmediato sacarla y re-traerla de uno de la misma familia, aunque en grado mas remoto, á quien la vendió el heredero en uso de la libertad natural que el derecho le concede?

96. No pudiéndose desentender Matienzo de las leyes civiles ya citadas, y de otras que intenta traer al asunto, procura conciliarlas diciendo en el número 15 que cuando la condicion del fideicomiso es para que se conserve en la familia, dejándolo á uno de ella, como sucede en el caso de la ley 67 arriba citada, tendrá facultad el heredero para elegir al que le parezca de la familia, aunque no sea de grado mas próximo; pero si el fideicomiso se ha dejado pura y simplemente á la familia ó para la familia, sin especificar que se diese á uno de los individuos de ella, entonces afirma que el heredero no podrá elegir al de grado mas remoto, con exclusion de los mas próximos, y si lo eligen serán admitidos los mas inmediatos, revocándose la enagenacion hecha en el mas remoto, y cita en comprobacion la ley 32, párrafo *in fideicomisso* ff. *de legatis* 2.

97. Aunque esta distincion de Matienzo sea cierta y fundada en principios legales, nada le aprovecha para libertarse del argumento que ofrece el párrafo 15 de la citada ley 114. En ella se deja el fideicomiso al heredero con la espresa prohibicion de enagenarlo para que se conserve en la familia, que es el caso que guarda una cabal y completa semejanza con el derecho de retracto. por el cual se prohibe al heredero la irrevocable enagenacion de la heredad de abolengo ó patrimonio para que se conserve en la familia. Ahora pues, ó el espresado caso de que habla la ley 114 equivale ó es lo mismo que si hubiera dejado el fideicomiso al heredero para que lo diese á uno de la familia, ó debe reputarse como si general y simplemente lo hubiera dejado á la familia ó para la familia. Si elige el primer extremo, tan lejos está de aprovechar á Matienzo la distincion de que se vale, que antes bien le es contraria á su intento, pues tendrá que confesar que el heredero en el referido caso de la ley 114 podria elegir al que le parezca de la familia para que suceda en el fideicomiso, como lo reconoce Matienzo en el caso de la ley 67, en que se dejó el fideicomiso, al heredero á fin de que eligiese uno de la familia. Si abraza el segundo extremo de la distincion, choca directamente con la resolucion de la precitada ley 114, pues en el párrafo 18 de la misma se declara que si el heredero en el caso indicado instituyó únicamente á uno de los tres nietos que dejó el testador, los dos restantes que han sido desheredados nada podrán pedir mientras que el fideicomiso se conserve en la familia en la persona del nieto instituido, con lo que se manifiesta con la mayor claridad que el heredero en el mencionado caso tuvo facultad de elegir al que

le pareció de la familia para suceder en el fideicomiso, y de consiguiente se infiere contra la distincion de Matienzo, que aun quando el fideicomiso se deja pura y simplemente á la familia, ó para la familia, tiene el heredero la libertad de elegir al que quiera de ella para que le suceda.

98. Despues de haber establecido Gomez la opinion que acabo de refutar, infiere como por legítima consecuencia que el pariente de grado mas próximo tendrá derecho de retracto para poder sacar á prorata una parte de la heredad de abolengo ó patrimonio que se haya vendido á otro pariente del mismo, é igual grado que el suyo, y asi afirma lo aconsejó en un caso que le consultaron. No es fácil de comprender cómo del antecedente de que un pariente de grado mas próximo tenga derecho de retracto contra otro de grado mas remoto pueda inferirse que se haya de decir lo mismo quando ambos parientes se hallan en igual grado.

99. Si despues de haber probado Gomez que se daba retracto pasivo contra el pariente de grado igual, infiriera que lo mismo debia decirse quando era de grado mas remoto, la consecuencia seria legítima; pero inferir de modo inverso es faltar á las reglas de una buena lógica.

400. Alborno al folio 120, col. 3 al fin, sigue la opinion de Gomez, como tambien Matienzo al número 48 y 49 de la glosa 5 de la ley 7, y Gutierrez en la cuestion 151 del lib. 2 de las civiles.

401. Como todas las razones de que me he valido para probar que no se da derecho de retracto al pariente mas próximo contra el mas remoto, obran aun mas eficazmente para persuadir que tampoco podrá darse derecho de retracto contra el pariente que está en igual grado que el que intenta retraer, es ocioso repetirlas y solo añadiré que la ley 114, tantas veces citada, presenta un caso el mas análogo para el asunto, pues teniendo tres nietos el testador que estaba en igual grado, el heredero dejó el fideicomiso á uno de ellos, y espresa la ley que los otros dos no tenían facultad para reclamar la eleccion del heredero; á que se aumenta aquel principio legal de que en igualdad de causa es mejor la condicion del que posee.

402. El P. Molina, despues de referir en el número 15 de la disputation 370 la opinion de Gomez y Gutierrez, dice que conviene separarse de ella, aunque la reputa y tiene por dura, en lo que manifiesta desiere mas á la autoridad que á la razon, quando debiera ser lo contrario.

403. Cuarta duda: si tendrá lugar el retracto quando el extraño que compró la heredad de patrimonio ó abolengo la vende á un tercero, corriendo el término de los nueve dias para retraerla. Matienzo examina esta cuestion en el número 11 de la glosa 8 de la ley 7, y despues de citar un largo catálogo de autores estrangeros, resuelve que deberá tener lugar el retracto, y en su virtud podrá sacar el pariente la heredad del último que la compró, y aun estiende su resolucion al caso de que la enagenacion se hubiese hecho por donacion ó por otro título lucrativo.

404. El fundamento de esta resolucion es tan obvio como cierto. El primer comprador no tiene un dominio absoluto ó irrevocable en la heredad de abolengo ó patrimonio, corriendo el término para el retracto, y de consiguiente, segun regla de justicia no puede trasferir en otro mas derecho que el que á él le compete; y como el suyo estaba sujeto á las leyes del retracto, tambien lo debe estar el que transfirió al segundo comprador ó donatario.

103. Si fuera permitido que el primer comprador corriendo el término del retracto, pudiera vender ó donar la heredad comprada, se abriría un campo dilatado para cometer fraudes por medio de enagenaciones simuladas confidenciales, con lo que quedarían eludidas las leyes del retracto.

106. También puede coadyuvar á la resolución de esta duda lo dispuesto por la ley 2 y 4 C. de litigiosis, que anula y prohíbe la venta y enagenación de la cosa litigiosa pendiente el litigio.

107. En tanto grado es cierta la resolución de la duda indicada, que aun cuando el primer comprador enagenase la cosa en un pariente del primer vendedor en grado mas remoto que el que la intenta retraer, debe regir la misma resolución, porque entonces se incidiría en el caso de la concurrencia de los parientes en grados desiguales, en cuyo caso, así la ley 7 como la 12, dan la preferencia al mas próximo, y por esta regla si el último comprador pariente estuviese en igual grado que el que intentaba retraer, debería dividirse entre ambos, segun la citada ley 7.

108. Acaso prodrá decirse que esta esposicion se halla en una manifestación contradicción con la resolución de la duda anterior, en que se ha probado con sólidas razones que no se da retracto contra el pariente de grado mas remoto, y mucho menos contra el próximo ó de igual grado, pues en el caso de que se acaba de hablar espresamente se ha dicho lo contrario; pero sin embargo debe decirse no media la menor contradicción entre las dos resoluciones que se creen en oposicion.

109. Cuando vende el heredero la heredad de patrimonio ó abolengo á un pariente de grado mas remoto ó próximo no tiene lugar el retracto por los fundamentos que se han espuesto en la duda anterior. No sucede lo mismo cuando el heredero vendió á un extraño, porque entonces la venta queda sujeta al retracto, segun la ley del Fuero y demas posteriores, y aunque la enajenación que haga el comprador se verifique en favor de algun pariente del heredero, sea en grado remoto ó próximo, conserva la heredad la cualidad de retractable que tenia en el primer comprador extraño de quien derivan su derecho los demas poseedores á quienes se haya transferido la heredad, corriendo el término para el retracto contra el primer comprador extraño.

110. Duda quinta: si la finca que el padre deja á un hijo ú otro descendiente en vida ó en muerte por via de donación, mejora, prelegado ó legado está sujeta á las leyes del retracto. Esta duda, que en realidad es útil, y de no pequeña trascendencia é importancia, la ha pasado en silencio el comun de nuestros autores, á escepcion de Acevedo, que la propone en el Comentario á la ley 15, tit. 11, lib. 5 de la Recopilación, que es la 3, tit. 13, lib. 4 de la Novísima, afirmando en el epígrafe de dicha ley que el retracto ya no tiene lugar sino en las cosas de patrimonio ó abolengo que ha adquirido el vendedor por herencia, y no por cualquier otro título.

111. Aunque Acevedo no se detiene á esponer las razones en que funda su opinion, contentándose únicamente con citar á favor de ella dicha ley 15 y 8, 3 y 2 de la Novísima del mismo título, sin embargo soy de parecer que su opinion es enteramente cierta, y conforme con nuestras leyes patrias, como voy á manifestar.

112. Refiriendo la ley 3 las dudas que frecuentemente se suscitaban acerca de los bienes que podian retraer los hijos y nietos de sus padres y

abuelos, declara que no estan sujetos á retracto los bienes que los vendedores han adquirido por compra, por trueque, por donacion, ó en otra manera..... salvo cuando los tales bienes fueren vendidos por personas que les hubieren heredado de su abolengo ó de su patrimonio, y los vendiesen los que asi los hubiesen heredado.

143. Por esta declaracion no solo señala la ley el título que admite el retracto, cual es el de la institucion de heredero, sino que espresa tambien los que lo escluyen, como son, el de compra, permuta, donacion, y cualquier otro, en cuyas últimas palabras indica que todo título que no sea el de institucion de heredero escluye el derecho de retracto. Resta ahora ver si la mejora de tercio y quinto se adquiere ó no en virtud del título hereditario.

144. La ley 21 de Toro, que es la 5 del título 6, lib. 10 de la Novísima, decide la duda con toda la claridad que pudiera apetecer, en la que resuelve que el hijo, ó cualquier otro descendiente legítimo mejorado en tercio y quinto de los bienes de sus padres ó abuelos, puede si quiere repudiar la herencia de sus padres y abuelos, y aceptar la dicha mejora; cuya resolucion ofrece una prueba incontestable de que la mejora de tercio y quinto no se adquiere por título hereditario, si no por otro distinto pues á no ser asi mal podria conciliarse que la ley permitiera se renunciase la herencia, y al mismo tiempo se aceptase la mejora.

145. Aunque la ley que se acaba de citar es suficiente para el intento que la mejora no se adquiere por título hereditario, y de consiguiente que no puede tener en ella lugar el retracto, aun hay otro testimonio igualmente convincente de que la mejora de tercio y quinto se obtiene por título de donacion, que es uno de los que la ley 3 citada señala exclusivos del retracto. La ley 26 de Toro, que es la 10 del espresado título de la Novísima establece que la donacion que los padres hagan á sus hijos ó descendientes, bien sea por última voluntad ó por contrato entre vivos, se tenga y entienda por mejora de tercio y quinto de sus bienes, aunque no digan que los mejoran, con lo que se demuestra con la mayor claridad que la mejora de tercio y quinto es y se reputa una verdadera donacion, por lo menos en lo que no alcance á la legítima.

146. De lo dicho se infiere cuan equivocadamente procede el P. Molina en el número 4 de su disputacion 370, cuando apartándose del dictámen de Gomez, que exige en el número 3 de su Comentario como requisito necesario para el retracto que la finca haya de haber permanecido en poder del primer poseedor hasta su muerte, afirma que si el padre ó ascendiente la da en su vida á un hijo ó nieto, bien sea para ordenarse, ó por causa de matrimonio, ó á la hija ó nieta en dote, ó por otra cualquier donacion, y dicho hijo ó nieto la vendiese viviendo aun su padre ó abuelo, podia retraerla el descendiente mas inmediato del primer poseedor, y se funda en que aquella finca debe computarse en el patrimonio del padre ó ascendiente, trayéndose á colacion al tiempo de su muerte para hacer la division de sus bienes, y se ha de recibir como legítima, ó á lo menos como mejora, legado ó prelegado, y añade por último que esta es la mente y espíritu de las leyes, á que se ha de estar antes que á sus palabras.

147. Para conocer el poco fundamento de esta opinion del P. Molina, basta tener presente que las donaciones que se hacen por última voluntad

ó por contrato entre vivos, segun la ley 26, se reputan en primer lugar por mejoras de tercio y quinto, y en el esceso por legítima, y las demas donaciones de dote, donacion *propter nuptias*, y demas de que habla la ley 29, sucede al contrario, que en primer lugar se imputan en la legítima, y en el esceso de ella se reputan por mejoras de tercio quinto; y como hasta la muerte del padre, en que debe hacerse la division de sus bienes, segun se dispone en la ley 23, no puede saberse la parte que corresponde á los hijos por sus mejoras y legítimas, no se hace posible graduar la parte que corresponderia á estas en las donaciones para sujetarlas al gravámen de retracto, sin que le sirva de excusa al P. Molina la salvaguardia de que se vale, pretendiendo que antes se ha de atender á la mente de la ley que á sus palabras, porque esta regla, que en algun caso tiene lugar, y de que debe usarse con mucha prudencia y circunspeccion, no puede aplicarse á una materia exorbitante, odiosa y contraria al derecho comun.

448. Si el deberse traer á colacion el valor de la finca que el padre dió á su hijo ó descendiente es razon concluyente (como pretende el P. Molina) para que pudiese retraerla el pariente mas próximo, vendiéndola el donatario en vida de su padre ó ascendiente, tambien deberá decirse otro tanto en el caso que el mismo padre la vendiese, pues se verificaria que al tiempo de su muerte dejaba en su patrimonio, sino la finca, á lo menos su valor.

Ley 74 de Toro, es la 40, tit. 44, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 5.^a, tit. 43, lib. 40 de la Novísima.

Modo como se pueden retraer las cosas de patrimonio vendidas en uno ó muchos precios.

Cuando muchas cosas fueren vendidas, por un precio, que sean de patrimonio, ó abolengo, que el pariente mas propinco no pueda sacar la una, y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar, ó ninguna de ellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso pueda el pariente mas propinco sacar la que de ellas quisiere, haciendo las diligencias é solemnidades en las dichas leyes del Fuero é Ordenamiento contenidas.

COMENTARIO A LA LEY 71 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resúmen de la ley.=2. No es exacta la opinion de Palacios Ruvios de que esta ley se funda en que solo hay una venta cuando se venden dos cosas por un precio.=3. La segunda parte de la ley concede al pariente que pueda retraer unas de las cosas patrimoniales y dejar otras, aunque se vendan en un contrato, si á cada una se asignó precio, pues en tal caso se reputan dos ventas segun afirma Matienzo.=4. Esto se limita al caso de que conste que el comprador no hubiera tomado aquellas cosas sino se le hubieran dado todas juntas, pues aunque tenga cada una su precio, se reputa una sola compra.=5 y 6. Duda si podrá tener lugar el retracto cuando se vende una cosa de patrimonio ó abolengo juntamente con otra que no lo es, por un solo precio: opinion de Gutierrez, Matienzo, Gomez y Molina, que el pariente puede retraer la de abolengo y dejar la otra, fundados en una resolucion de Gregorio IX, que permite retraer por restitucion una parte de una cosa que juntamente se habia vendido con otra por un solo precio.=7 al 9. Tres argumentos que se propone Gutierrez contra su opinion.=10 al 12. Contestacion del mismo a dichos tres argumentos.=13. La opinion de Gutierrez es infundada y opuesta á la decision de la presente ley.=14. Esta ley propone dos casos: cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo se venden por un solo precio ó por distintos: en el primero manda que se retraigan todas ó ninguna, mas no en el segundo.=15. La razon de esta diversidad de decision consiste en que en el primer caso todas las fincas se venden por un solo y único precio, y en el segundo á cada una se le señala el suyo en la venta que se hace.=16 y 17. En consecuencia de la primera decision, no puede decirse que en el caso de la cuestion, cuando una finca patrimonial y otra que no lo es se venden por un solo precio, puede tener lugar el retracto parcial ó de una de ellas, puesto que la razon es igual segun se espone, por lo que no constando el precio cierto porque se vendió la finca patrimonial, no puede verificarse en ella el retracto.=18 y 19. Disposicion de la ley 70 de Toro que corrobora esto mismo, pues señala para el retracto la consignacion del precio como requisito indispensable, y para esto debe tenerse noticia de él y ser cierto.=20. Asi, pues, vendiéndose muchas fincas patrimoniales por un precio juntamente con otra que no lo es, no pueden retraerse porque se ignora el precio de cada una; mas sí cuando se fijó precio á cada una.=21. Equivocacion de Palacios Ruvios al decir que la decision de la ley se fundaba en que solo habia una venta cuando se venden varias cosas por un solo precio, segun la ley que cita, pero esta ley declara que cada una de las cosas vendidas se puede pedir con la accion de compra ó de venta, segun se espone.=22. El fundamento de la opinion contraria es confirmatorio de la espuesta.=23. Dicho fundamento se apoya en la decision de Gregorio IX citada que se espone.=24. Esta decretal no corresponde al derecho canónico en la parte que habla del retracto de sangre.=25. Las posesiones á que se refiere esta decretal, no se vendieron á un solo comprador ni tampoco consta si fue en una ó en muchas ventas, y si el precio solo fue uno ó diversos.=26. Gutierrez supone que la venta se hizo de una finca, por un solo precio y en un contrato, de que infiere que si al suplicante se le admitia el re-

tracto de una parte de la cosa en fuerza de la costumbre, con mas razon debe ser admitido á retraer una finca entera patrimonial aunque se hubiera vendido con otra no patrimonial por el mismo precio.=27 y 28. Aun concedido este supuesto á Gutierrez nada adelanta para su intento, porque dicha posesion era comun por mitad de los padres del suplicante por lo que lo era el precio por mitades al padre y madre, y constando el valor de la finca por la venta, la mitad de dicho valor que era cantidad cierta perteneceria al padre y podria usarse del retracto, y consignarse el precio.=29. Se espone que dicho fundamento corrobora la opinion que se sostiene. 30. El caso de dicha decretal prueba indirectamente que cuando la finca patrimonial se ha vendido por un precio indeterminado, aun con otra no patrimonial, debe escluirse el retracto.=31. Opinion de Gutierrez sobre que cuando se ha vendido una cosa con otra por un precio, debe el que retrae ofrecer el precio á prorata y el juez estimará el que pertenece á la finca patrimonial: se rebate esta opinion porque la ley exige la consignacion del precio *pro forma* que no sufre suplemento ó equivocacion.=32. La causa de no admitirse el retracto parcial, segun Gutierrez, es por las razones que indica Matienzo, las cuales obran por identidad de razon para que no se admita el retracto de la finca patrimonial en el caso de la disputa.=33. Antonio Gomez cita varias leyes romanas que habian del modo de hacer la regulacion del precio de las cosas que se han de abonar.=34. En esta materia no se ha de graduar de dolosa, ó fraudulenta la compra para impedir el retracto y asegurarse el comprador de la permanencia en su poder de la finca que adquiriese, siempre que la compra sea real y verdadera, porque lo hace en uso de su derecho.

1. Dispone la presente ley que cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo se venden por un precio no se puedan sacar unas, y dejar otras, sino que las ha de sacar todas ó ninguna el pariente que quiera usar del derecho de retracto; pero caso que las espresadas cosas se vendan juntamente por diversos precios, podrá sacar y dejar las que quisiere, haciendo las diligencias prevenidas en las leyes del Fuero y del Ordenamiento.

2. Palacios Ruvios en la presente ley cree que la decision se funda en que solo hay una venta cuando diversas cosas se venden por un precio segun la ley 33, ff. *de actione empti*; pero por lo que espodré despues se conocerá que esta razon no es adecuada.

3. La segunda parte de la ley concede al pariente la facultad de sacar unas de las cosas patrimoniales y dejar otras, aunque hayan sido vendidas por un solo contrato, con tal que á cada una se le haya regulado su precio, debiendo tener lugar, aun cuando se hayan vendido muchas por un precio, pero en el instrumento ó contrato se ha dividido entre ellas á proporcion de su estimacion, como por ejemplo, si se vendiese una casa y un campo por trescientos pesos, ciento por la casa y doscientos por el campo, porque en tal caso no se reputa por una sola venta, sino por dos como lo afirma Matienzo, ley 7, tít. 14, lib. 5 de la Recopilacion, glosa 7, número 28, donde cita á otros, y lo mismo resuelve se ha de decir en el caso que al principio se dividiese el precio entre las dos cosas, y despues se uniesen en una suma las dos cantidades, como si se dijere te vendo la casa por cien pesos, y el campo por doscientos, que hacen en todo trescientos, pues aun en este caso se considera que intervienen muchas ventas y no una sola.

4. Se debe limitar la resolucion de la segunda parte de la ley en el caso que conste que el comprador no hubiera tomado aquellas cosas, sino se las hubieran dado todas juntas, pues aunque en tal caso cada una tenga su precio correspondiente, se reputará por una sola compra; y no

por muchas, y no podrá el pariente sacar una y dejar otra, como lo resuelve Matienzo en el lugar citado, número 29, donde en comprobacion de esta doctrina cita á Tiraquelo, lib. 4 de *retractu*, párrafo 23, glosa 1, número 20, que dice, que si uno vende cien yugadas de tierra, espresando el precio que corresponde á cada una, de las cuales unas son fértiles y otras estériles, no podrá el consanguíneo sacar las fértiles y dejar las estériles, porque no era verosímil que el comprador quisiese tomar las fértiles, pagándolas á un mismo precio.

5. Pertenece á la primera parte de esta ley en cierto modo la duda que suscitan los autores acerca de si podrá tener lugar el retracto cuando se vende una cosa de patrimonio ó abolengo juntamente con otra que no lo es por un solo precio. Gomez al número 45, Matienzo en el lugar citado, número 31, Gutierrez prácticas cuestiones, lib. 2, cuestion 162, y Molina de *justitia et jure*, disposicion 370, tratado 2, número 18, uniformemente resuelven que puede el pariente sacar la cosa de patrimonio ó abolengo y dejar la que no lo es, no solo cuando la venta se hace con fraude para privar por este medio del retracto al pariente, sino tambien cuando se haya celebrado con buena fé.

6. El fundamento de esta opinion lo colocan en el capítulo *constitut* 8 de *in int. rest.*, en el que resuelve el papa Gregorio IX que sean admitidos en virtud de la restitution *in integrum*, para retraer una cosa, que juntamente con la otra habia sido vendida por un solo precio, de cuya distincion infieren los autores citados que si se permite el retracto en la parte ó mitad de una cosa, cuya otra mitad no se podia retraer, con mayor razon se ha de decir es permitido el retracto de una cosa patrimonial íntegra que ha sido vendida por un mismo precio con otra no patrimonial.

7. Tres son los argumentos que propone Gutierrez contra su opinion: el primero deducido de la presente ley en su primera parte, en la que dispone que cuando varias cosas patrimoniales se venden por un precio, no puede sacar unas el pariente dejando otras, sino que las ha de sacar todas ó ninguna, sin duda porque el contrato es indivisible, y no puede disolverse en parte, segun la ley *scire debemus* 29, ff. de *verborum obligationibus*. Luego por igual razon se ha de decir en el presente caso de vender la cosa patrimonial con otra que no lo es, que ó se han de sacar las dos ó ninguna, pues la venta simultánea de cosas de diverso género no constituye divisible el contrato que por su naturaleza no lo es.

8. El segundo se reduce á que debiendo consignar el precio el pariente dentro de los nueve dias, segun la ley, no podria practicarse esta diligencia en el presente caso, porque siendo uno solo el precio de la cosa patrimonial y de la no patrimonial, no podria saberse el valor y precio de la cosa patrimonial para consignarlo.

9. El tercer argumento se dirige á persuadir que caso que el comprador no hubiera comprado la cosa patrimonial sino con la no patrimonial, aunque el precio se divida en las dos, se les seguiria perjuicio, lo que se debe evitar en el retracto.

10. En satisfaccion de estos argumentos responde Gutierrez, al primero que la presente ley habla del caso cuando todas las cosas que se venden por un precio son patrimoniales, y entonces hay varias razones para que ó las saque todas ó ninguna, las que refiere Matienzo al número

20 y siguiente del lugar citado, pero cuando la cosa patrimonial, se vende por un precio con la no patrimonial, nada se le puede imputar al consanguíneo si saca solo la patrimonial y no la otra, pues aun cuando quisiera sacarla no lo podrá hacer contra la voluntad del comprador, porque aquella cosa no era de patrimonio. Ni se opone á esto el que el contrato sea indivisible, y por lo tanto no pueda disolverse en parte, porque por derecho especial y favorable de este reino se puede disolver el contrato por la cosa patrimonial, permaneciendo firme y subsistente por derecho comun en la otra cosa que se ha comprado por un precio con la patrimonial, y asi proviene esta variacion de diverso derecho como sucede en el menor que contrata con el mayor, que por parte de aquel claudica el contrato, ley *Julianus* 43, párrafo *si quis*, ff. *de actione emptoris*.

41. Al segundo argumento dice que el precio se ha de ofrecer á prorata debiendo estimar el juez el que haya de pagar por la cosa patrimonial con respecto al verdadero valor de cada cosa de las que se han vendido por un precio, y como es difícil que en el término de los nueve dias se pueda hacer esta liquidacion, bastará hacer la consignacion de cierto precio, segun la disposicion de la ley, que el consanguíneo dentro de los nueve dias ofrezca y consigne aquella cantidad que tuviere á bien, y por la demas cantidad que se ha de liquidar y tasar por el juez hasta el verdadero, justo é íntegro valor de la cosa que se retrae, ofrezca y dé fiador que se obligue en forma en los autos á satisfacerla al comprador, juntamente con las costas, lo que se debe practicar dentro de los nueve dias.

42. Al tercer argumento satisface diciendo que cesará su dificultad si el comprador se allana á que el consanguíneo saque ambas cosas patrimoniales y no patrimonial, restituyéndole el precio íntegro de ella, porque en tal caso por la razon que se espresa en el argumento de que el comprador no reciba perjuicio, estará precisado el consanguíneo á sacar ambas cosas ó á dejarlas todas, segun Matienzo al número 32, fundado en la ley *rheto* 47, párrafo 1, ff. *de minoribus*. En corroboracion de esta opinion afirma Acevedo en el número 19 del comentario á esta ley que es en tanto grado cierto, que hasta su tiempo no habia encontrado quien la impugnase.

43. Sin embargo de la respetable autoridad de estos escritores nacionales, su opinion la tengo por infundada y enteramente opuesta á la decision de la presente ley, como voy á manifestar.

44. Dos son los casos comprendidos en ella, á saber: cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo se venden por un solo precio, ó cuando á cada una se le señala y determina el suyo: en el primero ordena la ley que se hayan de retraer todas ó ninguna: en el segundo permite retraer unas y dejar otras á voluntad del retraente.

45. Entremos ahora á examinar la razon que pudo tener la ley para resolver con esta diversidad. No fué ciertamente el ser unas fincas patrimoniales y otras no, porque en ambos casos todas participaban de la misma cualidad; tampoco pudo ser la afeccion general que debia presumirse en el pariente para que si no las sacaba todas no se le permitiese sacar alguna; porque en el segundo caso, sin embargo de ser tambien todas las fincas patrimoniales, se le concede sacar al pariente la que elige, y dejar las demas. No siendo ninguna de las razones espresadas la que motivó la

decision de la ley, es forzoso reconocer que no pudo ser otra sino la de que en el primer caso todas las fincas se venden por un solo y único precio, y en el segundo á cada finca se le asigna y señala el suyo en la venta que de ella se hace, cuya ilacion es tanto mas fundada, cuanto entre uno y otro caso no se halla otra diferencia, por mas que se analicen, que la indicada de venderse todas las fincas por un solo precio, ó de señalar á cada una el suyo, por lo que es preciso convenir que en esta sola razon ó particularidad fundó la ley la variedad de su resolucion, pues de otro modo habria de decirse con injuria del legislador que su decision fué enteramente arbitraria.

16. Si cuando todas las fincas patrimoniales se han vendido por un solo precio no se admite el retracto parcial ó de una de ellas, sino que ha de ser total ó de ninguna, ¿cómo ha de poder decirse que en el caso de la disputa, cuando una finca patrimonial y otra que no lo es se venden por un solo precio, puede tener lugar el retracto parcial ó de una de ellas, siendo la razon igual? Mas claro y conciso, la misma razon que hay para no admitir el retracto parcial en el caso que todas las fincas se hayan vendido por un solo precio, milita en el caso de la disputa, luego tampoco debe admitirse en el retracto parcial. Que sea la misma razon queda ya demostrado, pues por enumeracion de partes se ha hecho ver que no ha podido ser otra que la de haberse efectuado la venta en comun por un solo precio, y no haber señalado á cada finca el suyo; es así que en el caso de la disputa se supone hecha la venta en comun por un solo precio, sin determinar el que corresponde á cada una de las fincas, luego es evidente que la misma razon que se halla en el caso de la ley, milita en el de la disputa, y por lo tanto debe entenderse comprendido en la disposicion de aquella.

17. No se crea que cuando se dice que en el caso de la disputa no debe admitirse el retracto parcial, se pretende que se ha de retraer tambien la finca no patrimonial, pues careciendo esta de dicha cualidad, no está sujeta al retracto, sino lo que se dice es, que no constando el precio cierto porque se vendió la finca patrimonial, no puede verificarse en ella el retracto.

18. Es tan necesario que conste el precio cierto por qué se ha vendido la finca patrimonial, que sin esta noticia no puede verificarse el retracto, que en la ley 70 de Toro se señala por requisito indispensable para el retracto, la consignacion del precio por que se ha vendido, como consta de las mismas palabras de la ley, que dice: «con tanto que consigne el que saca el precio etc.» y siendo imposible hacer la consignacion del precio sin que antes se tenga noticia de él, de aqui es que sin que conste del precio cierto y determinado, no puede verificarse el retracto, por ser imposible en este caso hacer su consignacion prevenida por la ley.

19. Es en tanto grado cierto, que para el retracto ha de preceder la consignacion del precio porque se vendió la finca, que Matienzo, sin embargo de que es de la misma opinion que Gutierrez, no dudó afirmar en la glosa 4 de la ley 9 del citado título, número 1, que la consignacion del precio es tan necesaria para el retracto, que la exige la ley por forma, por hablar de ella condicionalmente, lo que manifiesta, segun el parecer del mismo Matienzo, que la pide la ley por forma, y no por mera solemnidad y todos saben que el defecto de la forma ó requisito que establece la ley para algun acto ó contrato lo vicia y anula.

20. De lo que se ha dicho se infiere que cuando una ó muchas fincas patrimoniales se venden por un precio juntamente con otra que no lo es, no puede retraerse ninguna de las patrimoniales ni todas ellas, porque no consta el precio de cada una ni el de todas para poder hacer su consignacion con arreglo á la ley; y por el contrario se deduce que si varias fincas patrimoniales se han vendido por precios fijos y señalados con otra no patrimonial, podrá retraerse cualquiera de ellas, ó todas, por saberse el precio de cada una para hacer la consignacion.

21. Tambien se infiere se equivocó Palacios Rubios en decir en el número 4 que la decision de la ley se fundaba en que solo habia una venta cuando diversas cosas se venden por un solo precio, y cita en su apoyo la ley 33, ff. *de actione empti*, pues aunque sea cierto que haya una sola venta, la misma ley declara que acerca de cada una de las cosas vendidas se puede pedir con la accion de compra ó de venta, y Cujacio, comentando la espresada ley, afirma que es fácil su inteligencia, reducida á que si una cosa de las comprendidas en la venta es viciosa y las otras no, se puede pedir por la viciosa con la accion redibitoria ó estimatoria, y cita en su comprobacion la ley 72, ff. *de evictionibus*, lo que persuade que sin embargo de ser uno el contrato, pueden dividirse las acciones para pedir acerca de una de las cosas comprendidas en él. Es, pues, claro que la decision de la ley no se funda en la unidad del contrato, sino en la incertidumbre del precio de cada una de las cosas para poder hacer su consignacion, como queda manifestado.

22. Establecida ya la certeza de nuestra opinion, corresponde examinar el fundamento de la contraria, y poner de manifesto su ninguna solidez, y hacer ver al mismo tiempo, no solo que es contrario á la opinion que se intenta probar, sino que es confirmatorio en lo principal de la nuestra indirectamente.

23. Todo el fundamento de su opinion lo ponen Matienzo, Gutierrez, Acevedo y Molina en el capítulo 8 de las decretales, *de in integrum restitutione*: en él se supone el hecho de que un hermano acudió por sí y por otro al Papa Gregorio XI quejándose de que unas posesiones que habian adquirido los padres de entrambos, constante matrimonio, y pertenecian á los mismos por mitad, las habia vendido su padre despues de la muerte de la madre, y sin embargo de que el vendedor habia tenido la precaucion de emanciparlos, á fin de que aprobasen la venta en la parte que comprendia las posesiones de la madre (como asi lo ejecutaron), pretendian que habiendo sido perjudicados en la venta, se les concediese la restitucion *in integrum*, por estar aun dentro de su término para repetir de sus compradores dichas posesiones devolviéndoles el precio: y en cuanto á la parte correspondiente á su padre (que ya habia muerto tambien) alegaba, que segun la costumbre establecida en la ciudad de Perusa, les competia el derecho de retracto de sangre dentro del año y dia, como á mas próximos parientes, y ofrecian entregar el precio á los compradores: en virtud de esta peticion comisionó el Pontífice á una persona, que no consta á quien mandó que siendo cierto lo que en ella se esponia, declarase nula la venta en la parte correspondiente á la sucesion materna, si se omitió en la misma la debida solemnidad de derecho; pero sino se omitió, y resultaba que fueron perjudicados en dicha venta, pudiesen usar de la restitucion *in integrum*, tanto acerca de la parte que correspondia á la madre

como á la del padre, con tal que cumpliesen lo que ofrecian, siendo cierto su relato.

24. Antes de entrar á examinar el mérito de esta resolucion, conviene advertir que esta decretal del Papa, aunque se halla inserta en el cuerpo de las decretales, no corresponde al derecho canónico ó pontificio en la parte que habla del retracto de sangre, pues no perteneciendo esta materia al dogma, á la moral, á la disciplina de la iglesia, ni á lo ordinativo de los juicios en el tribunal eclesiástico, es claro que no competia al Pontífice, como gefe de la iglesia, y por las demas razones que se han espresado en el Comentario de la ley precedente acerca de esta misma decretal del Pontífice.

25. Supuestos estos antecedentes, es indudable que las posesiones ó fincas que se enagenaron por el padre del suplicante eran comunes á marido y muger, y de consiguiente pertenecian á cada uno de ellos por mitad. Esto supuesto resta ver si se vendieron á un solo comprador ó á diversos, y segun la letra del mismo capítulo, la venta se hizo á diversas personas, pues dice espresamente *quibusdam vendidit*, y poco mas abajo hablando de la devolucion del precio, se dice que habia de hacerse á los compradores ó á sus sucesores, de que se convence de que las posesiones de que habla el capítulo no se vendieron á un solo comprador, ni tampoco consta si fue en una ó muchas ventas, y si el precio solo fue uno ó diversos, cuyas particularidades deberian haberse hecho constar antes de pasar á fundar en dicho capítulo la resolucion de la duda de la disputa, por ser bien sabido que el que se funda en una cualidad contingente le incumbe la obligacion de probarla.

26. Desentendiéndose Gutierrez de la esposicion que hizo el suplicante al Papa, en que dice que su padre vendió algunas posesiones comunes á entrambos, supone que la venta se hizo de una sola finca, por un solo precio y en un contrato, de que infiere que si al suplicante en este caso se le admite el retracto de una parte de la cosa en fuerza de la costumbre, con mayor razon deberia ser admitido á retraer una finca entera patrimonial, aunque se hubiera vendido con otra no patrimonial por el mismo precio. De este capítulo afirma que fue el primero de que se valió Tiraque-lo para fundar esta opinion, aunque no usó del argumento *á fortiori*, que ahora deduce Gutierrez, lisongeándose al parecer de ser su inventor, como si fuera motivo de satisfaccion el confundir el número plural con el singular, ó haber supuesto una falsedad.

27. Concédasele en hora buena contra lo literal del capítulo, que solo se vendió una posesion que fue por un solo precio y en un contrato, aunque segun la letra los compradores fueron varios, lo que da motivo á presumir que no seria uno solo el contrato, sino diversos, á pesar de todo esto nada adelantaria Gutierrez para su intento, ni los autores que siguen su opinion.

28. La posesion que se supone vendida por un solo precio y en un contrato era comun, y pertenecia por mitad á los padres del suplicante, con que asi como ella era comun, debia ser comun de los mismos el valor que se dió por ella, y como esta comunion era por partes viriles ó por mitad, es claro que aunque se vendiese por un solo precio, la mitad de él pertenecia á la madre, y la otra mitad al padre, y de consiguiente constando el valor total de la finca por la venta que se celebró, resultaba que la mitad

de dicho valor, que era una cantidad cierta y determinada, pertenecía al padre, y por lo tanto podía usarse del retracto, y pasar á hacer la consignación del precio (si es que se requería esta condición indispensable por la costumbre de Perusa, y si no se requería era importuna la resolución del capítulo citado para la espousición de la ley real) sin necesidad de nuevo precio ó tasación.

29. Dije arriba que el fundamento que servía de apoyo á los autores referidos no solo era contrario á la opinión que defendían, sino que confirmaba y corroboraba la mía indirectamente, lo que se hace demostrable con lo que se acaba de decir. En el caso del capítulo de las Decretales, aun concedido que la finca ó fincas se vendiesen por un solo precio, el que correspondía á la parte ó partes que se habían de retraer era cierto y determinado, pues siendo la finca ó fincas comunes del padre y de la madre, era mas que claro que la mitad de todo el precio que había importado la venta correspondía al valor de la parte que pertenecía al padre, que era la patrimonial que se había de retraer, de que se convence que el caso de que habla la decretal no era de cuando la finca patrimonial se vendía por un precio incierto é indeterminado, juntamente con la no patrimonial, que es el de la disputa, sino del que constaba clara y distintamente del valor y precio fijo de las mitades de la finca ó fincas que se vendieron, que es el mismo de la ley de Toro, que dispone que si las fincas fueren juntamente vendidas por diversos precios pueda el pariente sacar de ellas la que quisiere.

30. De lo dicho se convence hasta la evidencia que el caso de que habla el capítulo de las Decretales á nada conduce menos que á probar que cuando se vende una finca patrimonial por un mismo precio con otra no patrimonial, se puede retraer la primera, y antes bien indirectamente prueba lo contrario, esto es, que cuando la finca patrimonial se ha vendido por un precio indeterminado, aunque sea con otra no patrimonial, debe escluirse el retracto, como se declara en la primera parte de la ley.

31. Haciéndose cargo Gutierrez de la dificultad que hay en hacer la consignación del precio de la cosa que se ha de retraer, cuando se ha vendido por un mismo precio con otra, se desembaraza de ella con una facilidad admirable diciendo, que debe el que retrae ofrecer el precio á prorata, y el juez estimará el que se ha de satisfacer ó corresponde á la finca patrimonial. ¡Bello arbitrio por cierto! Pregunto, ¿en este caso se verificará la consignación del precio que exige la ley *pro forma*, que como se ha dicho no sufre suplemento ó equivocación? ¿Y será creíble que si este medio tan obvio fuera suficiente para el intento, se había de haber ocultado al legislador para adaptarlo en el caso de que muchas fincas patrimoniales se venden por un mismo precio, que es en el que ordena la ley que no se pueda sacar una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar, ó ninguna de ellas?

32. Pretendiendo dar la razón de la disposición de la ley en este caso, afirma que la causa de no admitirse el retracto parcial es por las razones que indica Matienzo en el número 20 y siguientes de la glosa 7 de la ley 7, las cuales todas obran por identidad de razón, para que no se admita el retracto de la finca patrimonial en el caso de la disputa, como se convencerá cualquiera que se tome el trabajo de leer á Matienzo desde el

número 20 al 27 del lugar citado. Basta lo dicho hasta aqui para un cabal convencimiento de lo que me propuse probar.

33. Antonio Gomez funda su opinion en el capítulo de las Decretales, pero tampoco alega otra razon que la de su autoridad, y en seguida cita un largo catálogo de leyes del derecho romano, que hablan del modo de hacer la regulacion del precio de las cosas que se han de abonar. Esto en realidad es suponer lo que se disputa, y tratar del medio con que se ha de ejecutar lo resuelto.

34. Conviene advertir que en la presente materia no se ha de graduar de dolosa ó fraudulenta la compra que se haga con el fin de impedir el retracto, y asegurarse el comprador de la permanencia en su poder de la finca que adquiere, como si compró una finca patrimonial por el mismo precio con otra no patrimonial, ó la permutó con otra, con tal que la compra ó permuta haya sido real y verdadera, y no simulada ó aparente, porque lo hace en uso de su derecho, y el que usa de la facultad que la ley le concede á nadie hace agravio, ni puede imputársele á dolo, el que como se define en el párrafo 2 de la ley 4, ff. *de dolo malo*, es una maquinacion dirigida á engañar, como cuando se hace una cosa y se aparenta otra, pero en este caso siendo la compra ó permuta verdadera, lo que se hace se dice, y lo que se dice se hace, por lo que este acto se ha de atribuir á destreza, astucia, sagacidad ó solercia del comprador, y no á dolo malo, que siempre se dirige á engañar á otro, y así con razon distinguen las leyes, y en especial la que queda citada, dos especies de dolo, uno malo y otro bueno, y lo mismo repite la ley 2 del tit. 16, Partida 7, en que especifica varios casos en que se comete dolo bueno, y el apóstol San Pablo en el cap. 12 de su segunda carta á los de Corinto, ver. 16, previniendo una objecion que podían hacerle, dice que valiéndose de su astucia los tomó por dolo.

Ley 72 de Toro; es la 11, tit. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 6.ª, tit. 13, lib. 40 de la Novísima.

Retracto de la cosa de patrimonio vendida al fiado.

Quando la cosa que es de patrimonio, ó abolengo se vendiere fiada, que el pariente mas propinco la pueda sacar por el tanto así mismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias dé fianzas bastantes, á vista de la nuestra justicia, que pagará los maravedís, porque así fue vendida al tiempo que el comprador estaba obligado.

COMENTARIO A LA LEY 72 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.=2. La presente ley resolvió, según Tiraquelo la duda de si cuando la cosa se daba en fiado estaba el pariente obligado á aprontar el precio para retraerla, ó si bastaba que la entregase al tiempo que debía darla el comprador.=3. Los fiadores que ha de dar el retrayente, ha de aprobarlos el juez como abonados, de suerte que los fiadores en este caso equivalen á la consignacion del precio en la venta á dinero.=4. La razon por qué manda la ley que la fianza sea de pagar la cosa al tiempo que estaba obligado el comprador, es porque el comprador de quien se saca la cosa debe quedar indemne.

1. Dispone la presente ley que vendiéndose al fiado la cosa de patrimonio ó abolengo, pueda sacarla el pariente por el tanto tambien al fiado, con tal que dentro de los nueve dias dé fianzas bastantes, por ante la justicia, de que pagará la cantidad porque fuere vendida la cosa al tiempo que debía hacerlo el comprador.

2. Refiere Tiraquelo, citado por Matienzo en la ley 7, tít. 11, lib. 5 de la Recopilacion, glosa 3, núm. 6, que cuando la cosa se daba en fiado, dudaban los autores si el pariente estaba obligado á aprontar el precio para retraerla, ó si bastaba que lo entregase al tiempo que la debía dar el comprador, cuya duda se resolvió por la presente ley, por lo que se hace ocioso examinar los fundamentos que habia por una y otra opinion.

3. Quiere la ley que el pariente que ha de sacar la cosa dé fianzas bastantes ante la justicia, de modo que no es suficiente que los fiadores sean abonados, si el juez no los declara por tales, aprobándolos de forma que el dar fiadores en este caso equivale á la consignacion que se hace del dinero ante el juez, cuando la cosa se compró á dinero contante, sin que baste depositarlo en cualquier persona, por abonada que sea, como se ha dicho en la ley 70, y debiendo darse la fianza dentro de los nueve dias, podrá verse á Acevedo al núm. 3 de esta ley, donde refiere las diligencias que se han de practicar.

4. Manda la ley que la fianza sea de pagar la cosa al tiempo que estaba obligado el comprador, y la razon de esto es porque el comprador de quien se saca la cosa debe quedar indemne, de forma que ni pierda nada de lo que ha desembolsado, ni reciba lucro de la compra, como se colige de las leyes 7, 8 y 9 del tít. 11 de la Recopilacion, y si el comprador ó vendedor recibiera el precio antes de lo estipulado, ciertamente conseguiria mas de lo que se le debía, porque la tardanza en la paga es cierta disminucion de precio, según la ley, *circa legem*, 66, *ad legem Falcidiam*.

Ley 73 de Toro; es la 12, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 7.ª, tít. 13, lib. 40 de la Novísima.

Derecho del pariente inmediato á retraer la cosa vendida cuando el mas próximo no quiera retraerla.

Quando el pariente mas propinco no quisiere, ó no puidiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinco siguiente en grado la pueda sacar, é ansi vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del cuarto 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.

COMENTARIO A LA LEY 73 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Esta ley amplió á los parientes hasta el cuarto grado el derecho de retracto que la ley del Fuero limitaba al pariente mas próximo de la familia.—3. El pariente de grado mas remoto no tiene facultad para estrechar al mas próximo para que declare antes de concluir los nueve dias si está en ánimo de usar del retracto, y el mismo está obligado á habilitarse dentro de los nueve dias para retraer.—4. Siempre que dos parientes de igual grado vienen á usar del retracto, aunque uno haya llegado antes y otro despues, deben ser admitidos igualmente á retraer, de suerte que si uno usó ya del retracto, deberá partir con el otro.—5. La regulacion de los grados de parentesco se ha de hacer en el retracto por la computacion civil.—7 y 8. Disposiciones del derecho romano sobre la computacion de grados.—9 y 10. Nuestras leyes de Partida no se han separado de las romanas en este punto.—11. Aunque en la declaracion que acompaña al árbol de consanguinidad que D. Alonso puso en el tít. 6, Part. 4, pone tres reglas sobre la computacion civil á semejanza de las tres que rigen en la computacion canónica, en realidad solo se diferencian en las palabras, y convienen en la substancia: se espone la primera regla.—12. Se espone la segunda y tercera regla.

4. Dispone la presente ley que cuando el pariente mas inmediato no quisiere ó no puidiere sacar la cosa, el mas propinco siguiente en grado la pueda sacar, y asi vaya de grado en grado por todos los parientes,

dentro del cuarto grado, con tal que esto se haga dentro de los nueve dias, y se observen las diligencias prevenidas en la ley del Fuero y del Ordenamiento.

2. El derecho de retracto que la ley del Fuero restringia y limitaba al pariente de grado mas próximo de la familia, en términos que si este no queria retraer, ninguno de los demas parientes podia usar del retracto, lo estendió y amplió á todos los demas de la familia que se hallaban dentro del cuarto grado la presente ley, por lo que se debe considerar en parte confirmatoria de la del Fuero, en cuanto dejaba intacto el derecho ó preferencia que la espresada ley del Fuero daba al pariente mas inmediato; y en parte correctoria y ampliativa, en cuanto derogaba la exclusion que dicha ley del Fuero hacia de los demas parientes para poder retraer en defecto de no usar del retracto el pariente de grado mas próximo. Pero esta ampliacion, en virtud de la cual admite la ley á los parientes de grado mas remoto al retracto, no es acumulativa y simultánea para que todos juntamente puedan retraer, sino gradual y sucesiva para que en defecto del mas próximo pueda usar del retracto el siguiente en grado.

3. Es escusado entrar en la discusion que traen los autores estrangeros, y algunos de los nacionales, acerca de si tendrá facultad el pariente mas remoto para estrechar al mas próximo á que manifieste antes de concluirse el término señalado de los nueve dias, si está ó no en ánimo de usar del retracto, porque no habiendo limitado la presente ley el término señalado por la del Fuero al pariente mas inmediato, y disponiendo por otro lado que la facultad que concede de retraer al pariente mas remoto sea con la condicion de que dentro de los mismos nueve dias use del retracto, se infiere con la mayor claridad que el pariente de grado mas remoto no tiene facultad para precisar al de grado mas próximo á que haga la declaracion indicada, y que él mismo esta obligado á habilitarse dentro de los nueve dias para retraer, cumpliendo con las diligencias prevenidas en la ley del Fuero y del Ordenamiento, y si pasado el término retrae el pariente de grado mas próximo se efectuará el retracto en el de grado mas remoto, y si por el contrario retrae el primero, no tendrán efecto alguno las diligencias practicadas por el segundo.

4. Conviene tener presente que siempre que dos parientes de igual grado vengan á usar del retracto dentro de los nueve dias, aunque uno haya llegado antes y otro despues, deben ser igualmente admitidos á retraer, lo que es en tanto grado cierto, que aunque uno de ellos haya ya usado del retracto deberá ser admitido el que viene despues, y dividirán la cosa por partes iguales. La razon de esto se funda en que el que llega despues viene en el término prescripto por la ley, por lo que no puede imputársele descuido ni morosidad, y de consiguiente no debe causarle perjuicio el no haber venido con la anticipacion que el otro. Palacios Ruvios es de esta opinion en la ley 73, número 4.

5. Limita la ley la concesion ó estencion que hace el derecho de retracto á los parientes de grado mas remoto á los que se hallan comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad, por lo que podrá dudarse si la regulacion de estos grados se ha de hacer por la computacion civil ó canónica, y qué reglas se han de observar para hacerla.

6. Es constante que la computacion civil en las herencias rige y se observa hasta por el derecho canónico, y que en los contratos y demas

actos semejantes cada computacion se observa en su respectivo fuero, como lo afirma el señor Covarrubias en la parte segunda de *matrimonio*, capítulo 6, párrafo 6, número 8, y Gonzalez en el Comentario al capítulo 3 de *consanguinitate et afinitate*, con que siendo la materia de retracto puramente civil y secular, como dimanada de las leyes reales, es claro que la regulacion de los grados se ha de hacer en ella por la computacion civil.

7. Dos son las líneas de los grados de consanguinidad; una recta que sube de los descendientes á los ascendientes, ó baja de estos á aquellos, y la otra transversal ó lateral que une las personas por medio de otra, ó por el lado, y puede ser igual, lo que se verifica cuando las personas de que se trata averiguar el parentesco están en el mismo grado de distancia de la raiz, ó padre comun ó desigual, lo que sucede cuando una de las personas se halla en mayor ó menor distancia del padre comun.

8. Despues de haber explicado el emperador Justiniano en sus instituciones en el título de *gradibus cognationum* las dos líneas recta y transversal de consanguinidad, y especificado las personas que se comprendian en cada uno de los grados desde el primero hasta el sexto, pasa en el párrafo 7, á formar la regla por donde deba venirse en conocimiento de los demas grados ulteriores al sexto, y establece por principio fijo é invariable, que cada generacion constituye un nuevo grado en cualquiera de las dos líneas recta ó transversal, que es decir, que cuantas son las personas engendradas, tantos son los grados que distan entre sí, por lo que con razon dice Vinnio en el Comentario al párrafo inicial de dicho título: numera las generaciones y numerarás los grados; y el Comentario al párrafo 7, despues de repetir lo mismo, añade que en cualquiera duda que ocurra se ha de atender á cuantas generaciones median entre las personas de quien se quiere saber el parentesco, y segun el número de generaciones que resulte, otros tantos son los grados que distan entre sí.

9. Nuestras leyes reales de Partida no se han separado de las disposiciones de las civiles en este punto, como se convence de la ley 3 del título 6, Partida 4, la que hablando de la línea colateral dice que los hijos del que se llama raiz están en segundo grado, segun Fuero de los legos, y los nietos en cuarto, y los viznietos en sexto, y segun esta regla quiere que se numeren los demas. Despues pasa á referir la computacion canónica, así en la línea recta como en la transversal, y nota la diferencia que media entre esta y la civil, y advierte por último que en la línea recta convienen y uniforman la computacion civil y la canónica.

10. Si en la computacion civil, en la línea transversal dos hermanos están, segun la ley de Partida, en segundo grado, sus hijos están en cuarto, y sus nietos en sexto, es claro que otros tantos son los grados como las generaciones, porque en dos hermanos se verifican dos generaciones, cuatro en los hijos de estos y seis en los nietos.

11. En la declaracion que acompaña al árbol de consanguinidad que el rey don Alonso puso en el tit 6 de la Partida 4, hablando de la computacion civil, se ponen tres reglas, sin duda con el fin de guardar semejanza con el número de tres que rigen en la computacion canónica, pues en realidad las tres de la computacion civil no se diferencian sino en las palabras, y convienen enteramente en la substancia. La primera es de la línea recta, y establece que cuantas son las personas quitada una, tantos

son los grados entre ellas que equivale á decir, tantos son los grados como las generaciones.

12. La segunda, que es de la línea colateral igual, ordena que cuantos grados uno dista del comun tronco, tantos doblados dista entre sí, que es lo mismo que decir, que tantos son los grados como las generaciones. La tercera, que es de la línea colateral desigual, dispone que cuantas son las personas quitado el tronco, tantos son los grados, lo que en realidad no es otra cosa sino repetir que cuantas son las generaciones, tantos son los grados, por lo que con razon afirma el señor Covarrubias en el lugar citado arriba, número 7, que en la computacion de los grados por derecho civil rige una sola regla para todas las líneas, reducida á que tantos son los grados como las personas rebajada una, y lo mismo repite Cárlos Antonio de Luca en su tratado *de linea legali*, art. 30, números 4, y 5, lo que corresponde á decir, que tantos son los grados como las generaciones, como cualquiera podrá comprobar por sí.

Ley 74 de Toro, es la 43, tit. 44, lib. 5.^o de la Recopilacion, y la 8.^a, tit. 43, lib. 40 de la Novísima.

Preferencia del señor del dominio directo y del que tenga parte en la cosa al pariente mas propinquo para retraerla.

Quando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefiriase en el dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propinquo.

COMENTARIO A LA LEY 74 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Doctrina de Albornoz sobre que esta ley hace un extremo que es el pariente mas propinquo, y á este se refieren todos los demas extremos disyuntivos entre sí y copulativamente con él, y que dispone que quando concurre á sacar la cosa por el tanto el señor del directo dominio con el pariente

mas propiueuo, prefíeráse el señor del directo dominio; si concurre el superficiario con el pariente, prefíeráse aquel; si el aparcerero con el pariente, se prefiera el aparcerero.==3. Se adhiere el señor Llamas á la esposicion de Alborno, pues la disposicion de la ley no se estiende á la preferencia que habian de guardar entre sí las personas indicadas cuando concurrían todas á un mismo tiempo.==4. Cuando un superficiario vende la cosa en que goza la superficie y concurre á sacarla por el tanto el señor del directo dominio y el consócio superficiario, debe ser preferido aquel por la razon que se espone: del mismo sentir son Gomez y Molina.==5. Cuando el señor del dominio directo vende la cosa y concurre á retraerla un consócio del dominio directo con el superficiario de la misma cosa debe concederse la preferencia al superficiario, por la razon que se espone, en lo que convienen Molina y Gomez.==6. Alborno se opone á esta interpretacion.==7. Que el señorio útil obedezca al directo y que el juicio de propiedad absorba el de posesion no impide, como pretende Alborno, la correlacion y referencia que el dominio útil tiene con el directo y vice-versa, por ser ambos partes esenciales del dominio pleno y absoluto: el mismo Alborno confiesa que el retracto que se da al comunero es por razon de la cosa para conservarla en union, por lo que cuando vende la cosa el señor del dominio directo, tiene la preferencia el superficiario con exclusion del pariente del vendedor.==8. La correlacion que tienen dos comuneros del dominio directo entre sí es menor que la que guarda cada uno de ellos con el superficiario, segun se espone.==9. Lejos de repugnar á la naturaleza la preferencia que se da al señor del dominio útil contra el comunero del directo, segun Alborno, lo exige dicha naturaleza, segun el mismo.==10 y 11. En el tercer caso de la ley, que es el del comunero, por lo que entiende el que es señor de dominio pleno y absoluto juntamente con otro, no puede tener lugar la concurrencia con el señor directo y superficiario, lo que prueba que la disposicion de la ley no se dirige á declarar la preferencia que debian tener entre sí el señor del directo dominio, el superficiario y el comunero.==12. Igual preferencia que tiene el superficiario para retraer en los casos espresados, se concede al enfiteuta y feudatario, con mayor razon, segun conviene Molina.==13. Lo dicho se ha de entender, segun Molina, del superficiario, enfiteuta y feudatario perpétuo para escluir al usufructuario, por las razones que espone.==14. Se rebaten dichas razones, pues no es necesario que para que el superficiario enfiteuta y feudatario tengan el dominio útil, haya de haber sido la venta perpétua, pues este se adquiere en dichas cosas por medio del contrato, en virtud de la entrega y no por el pacto de perpetuidad, segun se espone.==15 al 17. El usufructo no puede, como dice Molina, dejarse para siempre porque se haria vano el dominio de la propiedad, ni al usufructuario compete el dominio útil en la cosa que usufructúa, segun se espone.==18. Tambien es ilegal la otra suposicion de Molina de que el usufructuario es señor del dominio útil, segun se espone.==19. Al usufructuario no compete el derecho activo de retracto para sacar la propiedad, ni al señor de esta el activo para sacar el usufructo, caso que alguno de ellos venda su derecho.==20. Discordancia de los autores en la cuestion, si por la cesion del usufructo hecha á un extraño se consolida con la propiedad ó continúa en el usufructuario.==21. Discordancia de los autores sobre si enagenando el usufructuario el usufructo, bien sea por venta ó donacion, se ha de entender que vende el derecho de usufructo ó la comodidad de él: por la resolucion de la ley de Partida que se cita se pusieron término á estas dudas, y de ella se infiere que siempre que el usufructuario enagene el usufructo por venta ú otro titulo capaz de transferir este derecho, lo pierde y pasa á consolidarse con la propiedad.==22. Impugnacion de esta ley por Castillo: se defiende por el señor Llamas y se espone la causa en que se fundó.==23. No puede tener pues lugar el caso que el señor de la propiedad usase del derecho de retracto en la venta que se haga del usufructo.==24. Disposicion del derecho romano en este sentido.==25. Siendo el derecho de retracto odioso solo debe tener lugar en los casos espresos por las leyes.==26. Duda sobre el tiempo en que el señor del dominio directo debe usar del derecho de retracto contra el superficiario: Gomez opina que el de nueve dias si el superficiario no paga pension, y si la paga debe este antes de la venta avisar á aquel y esperar por dos meses: opinion de Molina en el mismo sentido comprendiendo al enfiteuta y feudatario.==27. No puede verificarse el caso de que el superficiario no pague pension porque es de esencia esta en el contrato de enfiteusis y superficie, segun Donelo, Perez y Vinnio.==28 y 29. La causa que tuvo Gomez para inventar la distincion espuesta, fue el conciliar las leyes de Partida y del Fuero que conceden dos meses y nueve dias en sus casos respectivos, lo que no era necesario, pues no hay con-

tradicion en que el término para el retracto de abolorio no tuviese lugar en el de enfiteusis, segun se espone.=30. Duda si tendrá lugar el retracto de sangre por derecho real, en una heredad de abolengo que se dé en locacion ó enfiteusis por largo tiempo, ó concedida por censo ó por una pension perpétua: opinion de Covarrubias por la negativa, por las razones que se espone.=31. Idem de Gutierrez en el mismo sentido: opinion de Albornoz mas conforme á derecho, sobre que si la heredad de abolengo se dá á censo enfiteutico, la puede retraer el pariente porque es enagenacion del dominio útil, y la misma razon de la ley hay á la parte que al todo: no se opone á esto que concluido el tiempo del enfiteusis, el dominio útil vuelva á consolidarse con el directo, segun se espone.=32. Diferencia entre el retracto de sangre y de comunion que debe tenerse presente, á saber, que el pariente no puede retraer la heredad de abolengo despues de haber esta salido de la familia por la venta hecha á un extraño, y lo contrario se verifica en el sócio.=33. Razon de esta diferencia, de la que se deduce que el derecho de retracto de sangre se da en la cosa por razon de la persona, y el de comunion á la persona por razon de la cosa.=34. Dicho de Albornoz con alusion á este principio.=35. Ademas de los retractos espuestos hay el convencional, cuando el vendedor pacte con el comprador que siempre que quiera vender la cosa haya de ser preferido el que se la vendió.=36. Entre nosotros se reconoce tambien el retracto que se concede á las ciudades, villas y lugares para retraer los oficios públicos de gobierno, enagenados por la corona, que se espresan.=37. Tambien existe y se pretende competia á los pueblos el derecho de retractar por el tanto las ventas que hace el soberano de las jurisdicciones de los mismos, segun sostiene Larrea, cuyas razones se rebaten.=38 al 41. No son mas felices los conatos del mismo autor para señalar el término en que se ha de usar del retracto, segun se espone latamente.=42. Conocimiento de las causas sobre derecho de tanteo en las ventas de jurisdicciones que hacia la corona.=43. Tambien hay otra especie de retracto conocido con el nombre de incorporacion á la corona, por el cual esta tiene derecho de retractar los bienes raices, jurisdicciones y rentas que hayan salido de ella por título de venta, de cualquier poseedor en que se hallen sin limitacion de tiempo: este derecho se funda mas bien en costumbre que en ley escrita por lo menos hasta 1732, pues la ley de Partida que se cita se limita á la venta de castillos.=44. Singularidad de dicha ley de Partida, segun Gregorio Lopez: moderacion y equidad con que se procede en ella.=45 y 46. Disposiciones posteriores á 1732, sobre el derecho espuesto.=47. El fisco real tiene otro derecho que tiene analogia con el de retracto, y es el de reversion á la corona para reintegrar á esta de los bienes donados por D. Enrique II, en el caso que el último poseedor muera sin dejar sucesion legitima: disposicion que prescribe el órden y forma con que debe procederse en estos juicios.

1. Dispone la presente ley que cuando concurriere á sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas inmediato con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella sean preferidos estos tres al pariente mas inmediato.

2. Comentando la presente ley Bartolomé de Albornoz en el libro 3 del arte de los contractos, tit. 3, del retracto, afirma que la han entendido tan mal los glosadores como todas las demas, y aunque su maestro Antonio Gomez dice que es difícil, y que nadie la esplicó tan sutilmente como él, teme que se engaña, y continúa diciendo que el engaño está en que hablando la ley disyuntivamente, ellos la entienden por números ordinales, y pasando á esplicar su sentido dice que la ley hace un extremo que es el pariente mas propincuo, y á este se refieren todos los demas extremos disyuntivamente entre sí, y copulativamente con él, y haciendo anatomía de la ley, asegura que su disposicion es que cuando concurriere á sacar la cosa por el tanto el señor del directo dominio con el pariente mas propincuo, prefirase el señor del directo dominio al pariente, con lo que dice se acaba la cláusula y entra otra, á saber, si concurriere el superficiario con el pariente, prefirase el superficiario, y se concluye la

cláusula, y sigue la última, que es cuando concurre el aparcero de la cosa con el pariente, y es preferido el aparcero. Estas son tres proposiciones, segun dice, cada una de ellas copulativa, mas respecto de sí son tres disyuntivas. El engaño, pues de los glosadores, prosigue, está en que las entendieron ordinalmente de esta manera, que cuando concurren á sacar una cosa por el tanto con el pariente mas propincuo, el señor del directo dominio, y el superficiario, y el aparcero se prefieran al pariente, y los unos á los otros entre sí por el orden de la letra, el directo prefiera al superficiario, y el superficiario al aparcero, y la ley no dice tal, ni le pasa por el pensamiento. Hasta aqui Albornoz.

3. Es constante y fuera de toda duda que la disposicion de la ley contiene tres proposiciones disyuntivas, haciendo estremo de ellas al pariente del vendedor de la cosa, respecto del señor del directo dominio, del superficiario y del comunero, como lo persuaden sus literales palabras, que dicen «que cuando concurren el pariente con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella,» en cuyas palabras usa de la partícula disyuntiva *ó*, y no de la copulativa *y*, con lo que quiso manifestar que cualquiera de las tres personas que espresa en concurrencia con el pariente debian ser preferidas á él, sin que estendiese su disposicion á la preferencia que habian de guardar entre sí, cuando todos concuriesen á un mismo tiempo á sacar la cosa vendida, y asi la esposicion de Albornoz es arreglada y conforme á la letra de la ley.

4. Resta ver la preferencia que tienen entre sí el señor del directo dominio, el superficiario y el comunero, en la suposicion que la disposicion de la ley no habla de este caso; y para la debida claridad se propondrá el ejemplo que ha de servir para decidir las dudas. Supóngase que un superficiario vende la cosa en que goza de la superficie, y concurre á sacarla por el tanto el señor del directo dominio y el consócio superficiario, ¿cuál de los dos deberá tener la preferencia? En esta duda soy de parecer que la preferencia la debe tener el señor del dominio directo, y es la razon por qué al superficiario como al enfiteuta se le prohibe enagenar la cosa sin permiso del señor directo, bajo pena de nulidad, y aun tiene que esperar por término de dos meses á que se le conceda la licencia, con que es á todas luces claro que la venta hecha por el superficiario á favor de un consócio en la superficie es absolutamente nula, sino ha intervenido permiso del señor directo, y de consiguiente á este le compete la preferencia que propiamente debe llamarse de tanteo y no de retracto pues la ley 3, *C. de jure emphiteutico*, anula la venta, y asi no deja lugar al retracto, y la 29, título 8, Partida 3, habla generalmente sin ampliar ni restringir la disposicion de la ley civil; y aun requiere espresamente la ley que antes de ejecutar la venta el enfiteuta ó censuario avise al señor del directo dominio por si la quiere tomar por el tanto en el término de dos meses, de que se colige que antes de transcurrir este tiempo no tiene facultad para enagenarla: del mismo sentir es Antonio Gomez en el número 31 del Comentario á esta ley, y el P. Molina en la disputacion 374, número 3.

5. Mayor dificultad ofrece el caso de que el señor del directo dominio venda la cosa, y concorra á retraerla un consócio del dominio directo con el superficiario de la misma cosa, en cuyo caso, aunque muy raro y

nada comun, parece debe decirse que se ha de conceder la preferencia al superficiario, con exclusion del consocio del dominio directo, á causa de la mayor adhesion, simpatia y correlacion que tiene el dominio útil de unirse al directo, y vice-versa el directo al útil, que no á otro de su mismo género, y es la razon por qué la separacion del dominio directo del útil divide las partes naturales de un todo, y siendo esta division violenta, por ser contra la naturaleza de la cosa que lleva consigo el que sus productos cedan en beneficio de su dueño, siempre apetece la reunion de sus partes para consolidarlas y constituir el dominio pleno y perfecto de la misma, que es el natural y verdadero, que consta esencialmente del dominio directo y útil, como constitutivos intrínsecos del pleno y absoluto. De este dictámen es el P. Molina en la disputacion 371, número 6, y tambien Gomez en el lugar citado.

6. Contra esta opinion se levanta Albornoze en el lugar ya referido, y pregunta en tono magistral y decisivo, ¿qué diremos del superficiario? Yo gustara (continúa) de poder servir al lector con declararla, mas estoy cierto de que ninguno de cuantos son ó han sido me darán razon de esta ley, ni aun los autores que la hicieron, cuanto mas (deberia decir cuanto menos) los glosadores, y afirmando que el superficiario tiene señorío útil no mas, por haber visto la rúbrica de superficies de los digestos tanto como el que mejor, vuelve á preguntar, ¿cómo daremos retracto al señor útil contra el directo que es señor de la propiedad? que es contra todo derecho civil y del reino, y contra la razon natural, porque el señorío útil obedece al directo, y el juicio de la propiedad absorbe y consume el de la posesion; y desea se le diera un ejemplo en que esta ley se pudiera verificar, y en seguida propone varios ejemplos, que ó no son superficies, ó no quiere que lo sean contra lo que espresamente disponen las leyes; y por último concluye, en tono de triunfador, diciendo que es mas fácil hacer leyes que declararlas, como sucede en esta de la superficie, que tan superficiarios han sido los escritores de ella.

7. En esta esposicion de Albornoze se echa de ver su poca solidez, y la sutileza con que pretende impugnar una materia que él mismo confiesa que jamás ha entendido. Esto confirma el juicio que habia formado de Albornoze el doctor Ignacio Lopez Salcedo en el capítulo 73 de su práctica criminal canónica, folio 244, donde gradúa á Albornoze de soñador, y á su arte de los contratos lo considera propio de un ingenio precipitado. Que el señorío útil obedezca al directo, y que el juicio de propiedad absorba y consuma el de la posesion, ¿impide acaso la correlacion y referencia que el dominio útil tiene con el directo, y vice-versa el directo con el útil, por ser ambos partes esenciales del dominio pleno y absoluto? Si no la impide, como es preciso confesar, ¿á qué fin alegar unas razones que nada contribuyen al intento? El mismo Albornoze reconoce en el Comentario á esta ley, que el retracto que se da al comunero es por razon de la cosa para conservarla en union, á diferencia del de sangre, que se da por la persona y es el mas flaco de todos, y por lo mismo cuando vende la cosa el señor del dominio directo tiene la preferencia el superficiario, con exclusion del pariente del vendedor, como espresamente lo dispone la ley y lo ha confesado Albornoze. Con que entre el señor directo y el superficiario se da retracto por razon de la cosa, esto es, por ser señores entrambos de partes de una misma cosa. Esto supuesto resta examinar si es mayor la correlacion

que tienen dos comuneros del dominio directo entre sí, que la que guarda cada uno de ellos con el superficiario.

8. La correlacion de dos comuneros del dominio directo es de partes integrales únicamente de la propiedad ó mero dominio, que se funda meramente en la union que tienen las partes entre sí antes de hacerse la division, y verificada esta no solo se pierde la union de las partes en que estriba la correlacion ó preferencia, sino que cada una de ellas se considera un todo separado con absoluta y total independencia de la otra; por el contrario la correlacion ó referencia que media entre el dominio directo y útil, no se funda en impedir la division de las partes integrales de un todo, como sucede en la de los dominios directos, sino en destruir y hacer cesar la separacion que se halla entre las partes esenciales de un todo completo, y guarda una correlacion tan intrínseca y esencial entre sí, que no se pierden por la division, antes bien por ella se aviva y escita á exigir la reunion y consolidacion de dichas partes que en el estado de division sufren una violencia contraria á su condicion y naturaleza. Quién, pues, no reconocerá que el retracto ó preferencia que se funda en reunir y consolidar las partes desmembradas de un todo es mas fuerte y eficaz que el que se dirige á conservar y mantener la union de las partes integrales de un todo, que separadas ninguna correlacion guardan entre sí.

9. Tan lejos está de ser repugnante á la naturaleza la preferencia que se da al señor del dominio útil contra el comunero del dominio directo. segun sienta Albornoz, que antes bien la misma naturaleza exige y pide esta preferencia por confesion del mismo, que en el título citado, folio 118 columna 3, afirma y reconoce que el retracto se da para que lo desmembrado se consolide, y lo que naturalmente es uno y está de sí mismo apartado se junte, que es el fin de la naturaleza, procurar conservar la especie.

10. En el tercer caso de que habla la ley, que es del comunero, por lo que entiende el que es señor de dominio pleno y absoluto juntamente con otro, no puede tener lugar la concurrencia con el señor directo y superficiario, pues siendo el comunero señor del dominio pleno y absoluto de la cosa, implica que ninguno tenga en la misma el dominio directo ó útil.

11. La implicancia ó imposibilidad de concurrir al retracto el comunero con el señor del directo dominio ó con el superficiario, ofrece un convencimiento irrefragable de que la disposicion de la ley no se dirige á declarar la preferencia que debian tener entre sí el señor del directo dominio, el superficiario y el comunero, sino únicamente para el caso en que estos tres, ó alguno de ellos, concurriese con el pariente del vendedor á retraer la cosa, pues seria un manifiesto absurdo que la disposicion de la ley proveyese para un caso que no podia suceder.

12. La misma preferencia que se ha dicho tiene el superficiario para retraer en los casos que quedan especificados, se debe entender concedida al enfiteuta y feudatario, aun con mayor razon, á causa de que estos no solo tienen el dominio útil de la superficie, sino tambien del suelo, y el haber hecho espresion la ley únicamente del superficiario fué, segun el P. Molina en la disputacion ya citada, número 4, para denotar que cualquiera que tenga menor derecho que él en la cosa está escluido del retracto.

13. En el mismo lugar advierte este autor que lo que deja dicho se ha

de entender del superficiario, enfiteuta y feudatario perpetuo, para escluir al usufructuario, que aunque tiene el dominio útil de la cosa, como el usufructo por la muerte del usufructuario se consolida con la propiedad, se reputa por menor derecho que el superficiario, señor directo y comunero, á no ser (añade) que el usufructo sea tambien perpetuo, que entonces tendrá el usufructuario el derecho de retracto como señor del dominio útil.

14. En esta esposicion incurre el P. Molina en casi tantos errores como palabras. Quiere en primer lugar el que para que el superficiario, enfiteuta y feudatario tengan el dominio útil de la superficie, enfiteusis y feudo haya de haber sido la venta perpetua, lo que es absolutamente falso, pues el dominio útil de las referidas cosas se adquiere esencialmente en virtud del contrato por medio de la entrega, y no por el pacto de la perpetuidad, asi como por la venta de cualquier cosa se adquiere el dominio de ella, interviniendo la tradicion, sin embargo de que se haya interpuesto el pacto de retroventa á cierto tiempo, ó á voluntad del vendedor, sin que dicho pacto impida la traslacion del dominio de la cosa vendida, limitando únicamente el tiempo de su duracion en el comprador. A esto se aumenta que ni la ley repetidas veces citada del *C. de jure emphiteutico*, que declara los derechos del señor directo y del enfiteuta, habla generalmente sin hacer distincion entre la enagenacion perpetua ó temporal, y en los mismos términos dispone la de Partida, que copia casi á la letra su resolucion, y tampoco la presente ley de Toro indica la menor distincion en el asunto.

15. Tambien se engaña en afirmar que el usufructuario tiene el dominio útil de la cosa que usufructúa cuando el usufructo es perpétuo, y que le compete el derecho de retracto, de forma que para que el usufructuario tenga el dominio útil y el derecho de retracto exige por condicion necesaria que el usufructo sea perpetuo ó se haya dejado para siempre; pero ni el usufructo puede dejarse para siempre ó perpetuamente ni jamás compete al usufructuario el dominio útil en la cosa que usufructúa.

16. Si algun usufructo pudiera reputarse perpétuo, ninguno con mas razon que el que se deja á una república, ciudad ó iglesia, y con todo se limita la duracion de este tiempo y periodo de cien años, como espresamente se halla declarado en la ley 26, tít. 31, Partida 3, fundando su disposicion en la convincente razon de que siendo perpétuo el usufructo se haria inútil y vano el dominio de la propiedad, y para evitar un inconveniente tan de bulto, se coartó el goce del usufructo á la época de cien años, como sabiamente lo persuaden el señor Covarrubias en el lib. 3 de sus varias, capítulo 9, número 40, y el señor Castillo en el libro 1, cap. 61, número 49 y siguientes.

17. Como con el fin de precaver el mismo inconveniente habia ya antes declarado el emperador Justiniano en la ley 14, *C. de usufructu, et habitatione*, que el legado de usufructuario que se dejaba al heredero del usufructuario se limitase y redujese al primer heredero, y que por muerte de este se extinguiese y consolidase con la propiedad y por los demas medios establecidos por derecho. Al mismo intento conspira la disposicion de Justiniano en el párrafo 1 de *usufructu*, en las instituciones donde en términos espresos dice, que á fin de precaver de que las propiedades quedasen inútiles separando de ellas para siempre el usufructo,

se tuvo por conveniente que en ciertos casos se extinguiera el usufructo y se consolidase con la propiedad.

18. No es menos ilegal la otra suposición del P. Molina de que el usufructuario es señor del dominio útil. Como para que este tenga el dominio útil de la cosa que usufructúa suponga el referido autor que ha de ser perpétuo el usufructo, quedando ya demostrado que el usufructo no se puede legar á perpetuidad, parecia escusado detenerme á manifestar que por el usufructo no adquiere el usufructuario el dominio útil de la cosa; pero sin embargo no debo omitir que la ley 25, ff. *de verb. sig.*, espresamente dice que el usufructo no es parte de dominio, sino de servidumbre, y aunque en la ley 4, ff. *de usufructu*, diga el jurisconsulto Paulo que en muchos casos el usufructo es parte de dominio, y en alguna otra se repita lo mismo, queriéndolas conciliar el P. Molina en el número ya citado, dice que la espresada ley 4, se ha de entender que habla del dominio *non simpliciter*, sino *secundum quid*, con cuya distincion en la realidad escolástica, quiso dar á entender lo que comunmente dicen los jurisconsultos que el usufructo propiamente ni es ni puede decirse parte de dominio; pero en muchos casos tiene cierta especie y semejanza de él, porque se conceden al usufructuario muchas cosas que regularmente competen ó son propias del verdadero señor, como se puede ver entre otros en el señor Castillo en el lib. 4 de sus controversias, cap. 32 en todo él, y en especial en el número 6. Si, pues, el usufructuario no tiene el verdadero dominio útil, segun el P. Molina, sino una semejanza de él, mal podria concedérsele el derecho de retracto, conforme á los principios del mismo P. Molina, que como se ha visto afirma que el hacer espresion la ley de Toro del superficiario es para dar á entender que á ninguno que tenga menor dominio que él le corresponde el derecho de retracto.

19. No solo no compete al usufructuario el derecho activo de retracto para sacar la propiedad, caso que la intente vender el señor de ella, sino que ni aun puede tener lugar el pasivo respecto del usufructuario, y el activo para el señor de la propiedad, caso que el usufructuario quiera vender el derecho de usufructo.

20. Es un dogma legal en el derecho romano que el usufructuario no pueda ceder el derecho de usufructo sino al señor de la propiedad, y si lo cede á un extraño queda sin efecto la cesion, y nada adquiere el cesionario, como se establece en la ley 67, ff. *de jure dotium*, y en el párrafo 3 *institutionum de usufructu*, pero suscitan la duda los comentadores si por la cesion del usufructo hecha á el extraño se consolida con la propiedad ó continúa en el usufructuario, y se dividen en sus opiniones, eligiendo unos la afirmativa y otros la contraria.

21. Tambien estan conformes las leyes civiles en que el usufructuario pueda enagenar el usufructo, bien sea por venta ó por donacion; pero discordan los autores acerca de si la enagenacion se ha de entender del derecho de usufructo ó de la comodidad de él, como puede verse en el señor Castillo, cap. 69 del libro ya citado, donde latamente espone estas cuestiones, refiere sus fundamentos y manifiesta su resolucion; pero prescindiendo de entrar en el exámen de ellas, que nada conduce al intento, es una verdad constante que por la ley 24, tit. 31, Partida 3, se puso término á estas dudas, y se resolvió que el usufructuario que enagenase á otro el derecho que tenia en la cosa dada en usufructo lo pierda y pase

á consolidarse con la propiedad, y de alli en adelante ni lo tenga el usufructuario, ni aquel á cuyo favor lo enagenó, permitiéndole juntamente la ley que lo pueda arrendar á otro si quisiere. Estas son sus palabras; «otro si decimos, que si aquel á quien fuese otorgado el usufructo ó uso de la cosa, otorgase despues á otro alguno el derecho que él habia en ella, que se desata por ende el usufructo ó el uso, é tornase por ende al señor de la propiedad, é de alli adelante non lo debe haber, nin el otro á quien lo él otorgó. Cá como quier que este atal que ha el usufructo en la cosa, lo podria arrendar á otro si quisiese, con todo eso, el derecho que en ello habia, non lo puede enagenar.» De la resolucion de esta ley de Partida se infiere claramente que siempre que el usufructuario enagene el usufructo por venta, por donacion ú otro título capaz de transferir el dominio ó derecho de usufructo, lo pierde y pasa á consolidarse con la propiedad.

22. Como esta resolucion de la ley en las dudas indicadas es directamente opuesta á la opinion que sigue el señor Castillo, de que el usufructuario no pierde el usufructo por la cesion que hace al extraño, y que puede enagenarlo, bien sea por venta ó por donacion, imputa en el número 25 á los que formaron la ley de Partida que se dejaron llevar del comun error y falsa inteligencia que se da á la citada ley 67, ff. *de jure dotium*, por no apartarse de la opinion del jurisconsulto Azon, como tiere de costumbre; pero si en nuestros legisladores no desconoce el señor Castillo la facultad de hacer leyes y declarar las romanas, debia no haberse apartado en su opinion de la decision de esta ley real, sin intentar adivinar la causa que movió al legislador, que seguramente no fue la que sospecha, sino otra fundada en la equidad y justicia, en la parte que prohibe que se pueda vender el derecho de usufructo, pues habiendo de depender el goce de este de la vida del vendedor, como reconoce en términos espresos el mismo señor Castillo al número 17, no habia dato fijo para regular su verdadero valor y estimacion, por no saberse el tiempo que podria vivir el usufructuario vendedor, y por lo tanto para evitar los fraudes ó perjuicios que necesariamente habian de intervenir en la celebracion de este contrato, justamente lo prohibió la ley.

23. Supuesta la prohibicion que hace la ley de Partida al usufructuario de poder enagenar el derecho de usufructo, es mas que claro no puede tener lugar el caso de que el señor de la propiedad usase del derecho de retracto en la venta que se haga del usufructo.

24. Aun quando por derecho civil era permitido al usufructuario vender el usufructo, no tenia el propietario facultad para usar del derecho de retracto, como se convence de la ley 67, ff. *de usufructu earum rerum*, en la que se dispone que el legatario de usufructo lo puede vender á cualquier extraño contra la voluntad del heredero.

25. Como el derecho de retracto es odioso, porque coarta la libertad natural que tienen los dueños de elegir comprador de las cosas que quieren vender, de aqui es que en ningún caso debe tener lugar sino en los que espresamente esten declarados por las leyes.

26. Por no espresarse en esta ley de Toro el tiempo en que el señor del directo dominio deberia usar del derecho de retracto contra el superficiario, se propone Gomez en el número 34, resolver esta duda, y para ello distingue dos casos, á saber, quando el superficiario no paga pension

alguna al señor del directo dominio, y el otro cuando tiene obligación á satisfacerla. En el primer caso afirma que el señor del directo dominio debe usar del retracto dentro del término de nueve dias, y da por razon que no pagando pension el superficiario podia vender libremente la superficie sin sujetarse á la disposicion de la ley civil y real que se han citado. En el segundo caso pretende que antes de que el superficiario venda la superficie debia avisar al señor del directo dominio, por si queria comprarla y esperar por dos meses su resolucion con arreglo á lo prevenido en las espresadas leyes. El P. Molina en el núm. 5 de la disputacion citada, es de la misma opinion, y comprende en ella al enfiteuta y feudatario.

27. Aunque á primera vista parece fundada la distincion de Gomez, si bien se reflexiona tiene mas de ingeniosa que de sólida y es contraria á derecho. Es constante que el contrato de superficie, no menos que el de enfiteusis, lleva por su esencia y naturaleza la prestacion de la pension al señor del directo dominio, segun lo afirman Donelo en el lib. 9, capítulo 13 del Comentario del derecho civil, Antonio Perez en el título del C. de *jure emphiteutico*, número 24, y Vinnio en el párrafo 3 de las instituciones de *locatione et condicione*, número 5, donde afirma que la prestacion de la pension ó cánon es parte esencial del contrato enfiteutico, y lo mismo repite en el lib. 2 de sus cuestiones selectas, cap. 3, con que mal podrá verificarse el caso que pretende Gomez y el P. Molina, de que el superficiario no pague pension ó cánon al señor del directo dominio, porque en realidad se privaria al contrato de una de sus partes esenciales, y vendria á ser tan absurdo como pretender podia haber contrato de comprar, sin que interviniese precio, ó de conduccion sin satisfacer pension. A esto se aumenta que en la fórmula que trae la ley 69, tit. 18, Part. 3, de la escritura de enfiteusis hace mencion de la pension.

28. Al parecer la causa que movió á Gomez para inventar la distincion referida no fue otra que la de conciliar las leyes citadas, que conceden dos meses de término al señor del directo dominio para retraer el fundo enfiteutico, con la del Fuero, que solo concede nueve dias para usar del retracto, y con este fin supuso que hablaban de casos diferentes; pero se ha visto que para evitar un inconveniente, en la realidad aparente, pues ninguna implicancia habia en que el término señalado para el retracto de abolorio ó patrimonio no tuviese lugar en el de enfiteusis, incurrió en un absurdo manifiesto.

29. Si no era inconveniente el que sin embargo de la disposicion de la ley del Fuero subsistiese la de Justiniano y de Partida cuando el enfiteuta pagaba pension, ¿por qué lo habia de haber en el caso legalmente imposible de que estuviese exento de pagarla? A mas de que si el legislador hubiera querido uniformar el retracto de enfiteusis con el de patrimonio ó abolengo, espresamente lo hubiera dispuesto, como ejecutó con el de la cosa comun, ordenando que en este retracto se observasen los mismos requisitos y solemnidades que se mandan guardar por la ley del Fuero y del Ordenamiento.

30. Disputan los autores si tendrá lugar el retracto de sangre, segun nuestro derecho real, en una heredad de abolengo ó patrimonio que se dé en locacion ó enfiteusis por largo tiempo, ó concedida por censo ó por una pension perpetua. El señor Covarrubias examina esta duda en el li-

bro 3, cap. 11, número 3 de sus varias resoluciones, y es de opinion que no debe admitirse el retracto, fundándose en que por la locacion, enfiteutis ó censo perpetuo el dominio directo permanece en el que da la cosa, y de consiguiente no se verifica que salga de la familia, y el dominio útil aunque se enajena se vuelve á consolidar con el directo cuando se concluya el tiempo de la locacion ó enfiteusis; pero sin embargo reconoce que en el caso en que se haya pactado que se pueda redimir la pension bajo la cual se ha cedido la locacion, enfiteusis ó censo perpetuo, es mas justo y conforme á la ley real que el consanguíneo que venga á intentar el retracto sujetándose á satisfacer la misma carga ó pension debe ser admitido, porque en realidad por la constitucion de enfiteusis se enajena el dominio útil, como lo espresa en la ley última, *C. de reb. alienis non alienandis*.

31. Segun esta decision del señor Covarrubias parece consiguiente que el derecho de retracto no tenga lugar hasta que se verifique que el censuario ha redimido la pension, que es cuando se transfiere en el censuario el dominio directo de la cosa. Gutierrez en el lib. 2 de sus cuestiones civiles, en la 145 sostiene que en el caso propuesto no tiene lugar el retracto, pero las razones en que se funda no son de consideracion. Mas arreglada y conforme á nuestras leyes me parece la opinion de Albornoz, que en el tit. 3 citado, de retracto, fol. 119, col. 2, afirma que si la heredad de abolengo se da á censo enfiteutico la puede retraer el pariente, porque es enajenacion del dominio útil, y la misma razon hay de la ley á la parte que al todo, y ciertamente seria una especie de deformidad é inconsecuencia, que concediéndose el retracto cuando se enajena el dominio pleno, se denegara cuando solo se comprende en la enajenacion una parte, pues tanto en un caso como en otro se verifica que lo enajenado sale de la familia, que es lo que se intenta impedir con el retracto. No se opone esto á que concluido el tiempo del enfiteusis, el dominio útil vuelva á consolidarse con el directo, pues esto no impide, antes bien convence que ha estado enajenado de la familia, y asi como nadie duda que en la venta de la heredad que se hace hasta cierto tiempo tiene lugar el derecho de retracto, aunque la venta sea temporal, por la misma razon debe tenerlo en el caso propuesto.

32. Por último, conviene tener presente la diferencia que media entre el retracto de sangre y el de comunion, y se reduce á que el pariente no puede retraer la heredad de abolengo ó patrimonio despues de haber salido de la familia por la venta hecha á un extraño, y el sócio ó comunero puede retraer la heredad comun enajenada aun despues de haber mediado muchas enajenaciones, como lo nota Palacios Ruvios en la ley 73 de Toro, número 4.

33. La razon de esta diferencia proviene de que verificada la venta de la heredad de abolengo ó patrimonio á un extraño, sin haberla reclamado el pariente en el término de la ley, se consuma la venta y sale del dominio de la familia del vendedor, y pasa á la del comprador, y de consiguiente como perdió ya la cualidad de patrimonial ó abolengo en virtud de la primera venta, no la puede retraer el pariente del primer vendedor aunque la vuelva á vender el comprador. Lo contrario sucede en la venta de la cosa comun, pues como no se pierde por ella la cualidad de comun, por mas que se repitan las enajenaciones, siempre conserva el comunero

el derecho de retracto ó preferencia respecto de cualquier extraño. En suma el derecho de retracto de sangre se da en la cosa por razon de la persona, y el de comunion se concede á la persona por razon de la cosa.

34. Alusivo á este principio dice Albornoz al fol. 119 del título citado, columna 4, que el retracto de comunion se funda en la cosa para conservarla en union, y no en la persona, como el del pariente que se funda en la sangre. Si en lugar de decir para conservarla en union, dijera, para impedir que se divida en mayor número de partes, hablaria con mas propiedad.

35. A mas de la preferencia ó derecho de retracto de que habla la presente ley en favor del señor del directo dominio, del superficiario, del comunero y del pariente del vendedor, hay tambien otro retracto llamado convencional, porque dimana de los pactos que intervienen entre el vendedor y comprador, como entre otros lo reconoce Heineccio en las Pandectas, lib. 18, tit. 5, párrafo 299, y tiene lugar cuando el vendedor pacta con el comprador que siempre que quiera vender la cosa haya de ser preferido el que se la vendió, de cuyo pacto habla la ley 75, ff de *contr. empt.* Tambien suele pactarse, que cuando quiera el vendedor ó sus herederos señalando cierto término volver el precio que recibió por la cosa, esté obligado el comprador á vendérsela, acerca de lo cual dispone la ley 2, C. de *pactis inter emptorem et venditorem*, y se dice convencional este retracto para diferenciarlo del legítimo ó legal que proviene de la ley.

36. Entre nosotros se conoce un derecho de retracto, que aunque en su origen fue convencional despues ha pasado á ser legal, cual es el que se concede á las ciudades, villas y lugares para retraer los oficios públicos de gobierno enagenados por la corona de cualquier poseedor sin limitacion de tiempo, siendo los oficios de los aumentados desde cierta época, ó no llegando los pueblos al número de vecinos que se señala, como consta de todo el tit. 3, lib. 7 de la Recopilacion, y en especial de las leyes 25 y 26, que corresponden á las 12 y 13, tit. 7, lib. 7 de la Novísima; habiéndose concedido este derecho á los pueblos en virtud de las condiciones de millones, que son otros tantos contratos onerosos entre el Rey y el reino.

37. Otro derecho de retracto se pretende compete tambien á los pueblos, que mas se ha de considerar consuetudinario ó convencional que legal, y es el que se les concede para retractar por el tanto las ventas que el Soberano hace de las jurisdicciones de los mismos; sobre cuyo punto escribió el señor Larrea la alegacion 45, mas cargada de citas y autoridades que de razones congruentes. En ella intenta probar á semejanza del retracto que se da á los pueblos para los oficios públicos de gobierno, el de la jurisdiccion, y aunque se hace cargo en el número 21, que las condiciones de millones no hacen mencion del tanteo de jurisdicciones, dice que militando la misma razon en estas que la que hubo para conceder á los pueblos el retracto de los oficios públicos de gobierno debe tambien entenderse concedido el de las jurisdicciones, pero no reflexiona que siendo las condiciones de millones unos verdaderos contratos onerosos entre el Rey y el reino, no puede tenerse por comprendido en ellos lo que no se espresó.

38. No son mas felices los conatos del mismo autor para fijar y seña-

lar el término en que se ha de usar del retracto, pues los ejemplos de que se vale destruyen lo que intenta probar: en la venta de veinte mil vasallos que en las cortes de 1617 se concedió al Rey que pudiese enagenar, no espresa el tiempo en que se debía verificar el retracto, y en la de las jurisdicciones llamadas de tolerancia, que se ejecutó, al parecer, en tiempo que el mismo señor Larrea era fiscal del Consejo de Hacienda, afirma en el número 12 se hizo saber á los pueblos que si dentro de cuarenta dias no acudian á usar del retracto no se les admitiria. ¿Quién no ve que este no era un retracto legal sino convencional, que se pactó en este caso como pudiera hacerse en otra venta de cualquier cosa?

39. Haciéndose cargo en el número 17 de que por las leyes de la Recopilacion se señalaban nueve dias para el retracto de sangre, dice que habiéndose omitido por nuestras leyes el señalamiento de término para el retracto de jurisdiccion, debe este caso regularse por el derecho comun, el que dispone que el derecho de retracto no se prescriba sino por el transcurso de treinta años. En apoyo de una opinion tan estraña cita un cúmulo grande de autores, y ninguna ley civil de los romanos, que es el derecho comun, ni era fácil, pues este derecho prohíbe y detesta el retracto como opuesto y destructivo de la libertad natural, segun se echa de ver en la ley 14, C. de *contr. empt.*, y á continuacion, poco satisfecho, al parecer, se inclina á que el término para el retracto se ha de regular por arbitrio del juez, el cual dice es por lo comun de cuatro meses en dictámen de Bobadilla en el lib. 2, cap. 16, número 13 de su política, quien cita á Montalvo, Gregorio Lopez, Covarrubias y Diego Perez; pero están tan distantes estos cuatro autores españoles de decir lo que se les atribuye que Montalvo y Diego Perez solo estienden el retracto al término de nueve dias; Covarrubias nada espresa en el particular, y Gregorio Lopez no solo duda, sino que es de parecer que no se debe admitir el tanteo ó retracto.

40. No se limita á esto la variedad é inconstancia con que habla dicho autor acerca de fijar el término del retracto, pues en el número 20 asegura que por las condiciones de millones se concede á los pueblos que se venden el derecho de retracto sin limitacion de tiempo, de que infiere que podrá durar perpetuamente, y á renglon seguido dice que no se ha de limitar sino á diez ó veinte años, con lo que manifiesta que en su concepto no halla repugnancia en que un derecho dure perpétuamente, y esté limitada su duracion á diez ó veinte años.

41. Haciéndose cargo en el número 21 de que en las condiciones de millones no se habla de las ventas de jurisdicciones, sino de los oficios públicos de gobierno, infiere que lo dispuesto en las de estos se debe observar en las de aquellas, lo que ya queda impugnado arriba; pero se olvida de que ya habia dicho antes en el número 12 que en las condiciones de millones claramente se establece el retracto á favor de los pueblos en las ventas de jurisdicciones, y cita en comprobacion las condiciones 23 y 24 del quinto género, que nada dicen en el particular, y lo mismo volvió á repetir en el número 20, como se ha visto, y á pesar de esto confiesa clara y paladinamente en el número 21 que las condiciones de millones no hablan de las ventas de jurisdicciones. Baste ya de notar defectos en la alegacion 45 que habla y se contrae al retracto de jurisdiccion, aunque no son los únicos que en ella se encuentran.

42. Posteriormente por real cédula de 10 de marzo de 1778, supo-

niéndose en ella que á los pueblos competía el derecho de tanteo en las ventas de jurisdicciones que hacia la corona, se declaró que el conocimiento de estas causas correspondia al Consejo Real de Castilla, y últimamente por real cédula de 12 de febrero de 1803 se cometieron y radicaron en el supremo Consejo de Hacienda los negocios de tanteo de jurisdicciones, señorios y derechos anejos, y los de tanteo y consumacion de oficios enagenados de la corona, cuya cédula se halla inserta en la ley 16, tit. 10, lib. 6 en la Novísima Recopilacion.

43. Corresponde hacer aqui tambien mencion de otra especie de retracto, que se observa entre nosotros conocido con el nombre de incorporacion á la corona, en virtud del cual tiene derecho de recomprar ó retractar los bienes raices, jurisdicciones y rentas que hayan salido de ella por título de venta, de cualquier poseedor en que se hallen sin limitacion de tiempo. Este derecho ó facultad de incorporar á la corona los bienes que han salido de ella, mas bien se funda en práctica y costumbre que en alguna ley escrita, por lo menos hasta el año de 1732, pues aunque es cierto que por la ley 1, tit. 18, Partida 2, se dispone que «segun fuero antiguo de España cuando alguno á quien el Rey hubiese dado castillo por heredamiento lo quisiese vender ó cambiar lo debe primeramente hacer saber al Rey, pues queriendo dar tanto por él en haber ó en cambio como otro en la tierra diese, debe ser preferido.» Esta ley limita su disposicion á los castillos para el caso en que traten de enagenarlos sus dueños, y en realidad por ella solo se le concede al Rey la preferencia ó tanteo al tiempo de la venta, y no el retracto para sacarla del comprador despues de vendida.

44. Es tan singular en nuestros códigos legales la decision de esta ley, que Gregorio Lopez en la nota 7 á la misma advierte su particularidad y confiesa ignora si tiene semejante. No es menos de admirar la moderacion y equidad con que procede dicha ley en no precisar al poseedor á que venda el castillo contra su voluntad, sino que deja á su arbitrio el venderlo ó permutarlo, y para solo estos casos da al Rey la preferencia por el tanto á fin de reintegrarse de una finca que habia salido de la corona.

45. He dicho que por lo menos hasta el año de 1732 no habia una ley positiva escrita que estableciese la incorporacion á la corona de los bienes que habian salido de ella por título oneroso de venta, pero en el espresado año se espidió una real orden por el señor don Felipe V, en que se disponia que por la Contaduría general de Distribucion se procediese al desempeño de todas las alcabalas, tercias, servicio ordinario, y cuatro medios por ciento del reino, que se hallaren enagenadas del real patrimonio por títulos de ventas perpetuas, y al quitar, pagándose á los dueños las mismas cantidades que dieron en sus primitivas compras, cuya real orden se insertó en el auto 6, tit. 15, lib. 10 de la Novísima, debiéndose notar que en ella nada se dispone acerca de las incorporaciones de jurisdicciones de los pueblos, ni de fincas ó territorios que hayan salido de la corona; pero por la real cédula arriba citada de 1778 se supone tambien el derecho que tiene la corona de retraer los efectos vendidos para incorporarlos en el real patrimonio devolviendo el precio, y se declara que el conocimiento de estas causas es propio y privativo del real Consejo de Hacienda, lo que se confirmó por la real cédula que se ha citado en 12 de febrero de 1803.

46. En el reinado del señor don Carlos III se formó espediente á fin

de establecer una ley que declarase las varias dudas que ocurrían en los juicios de incorporacion; y señalase los bienes que deberían estar sujetos á ella, y habiéndose consultado á S. M. por el Consejo de Castilla la ley que estimó conveniente en 1777, no bajó resolución alguna en el asunto. Posteriormente por los años de 803 ú 806 se volvió á renovar dicho espediente, y en 807 hizo el Consejo nueva consulta á S. M., que tampoco ha tenido resolución.

47. Tiene el real fisco otro derecho que aunque no es de retracto ó reventa, por guardar alguna analogía con él mismo me ha parecido hacer alguna mención de él en este lugar y es el que se conoce entre nosotros con el nombre peculiar de reversion á la corona, cuyo objeto es de reintegrar á esta de los bienes donados por el rey don Enrique II, en el caso de que el último poseedor muera sin dejar sucesion legítima, segun se halla dispuesto en la ley 40, tít. 17, lib. 10 de la Novísima, y en el auto acordado 7, del mismo título, que es una declaracion de la espresada ley. Se llama este derecho reversion á la corona, como para denotar que los mismos bienes donados por sí y sin interpelacion se vuelven á la corona de donde habian salido, en el caso que falte la línea recta de los poseedores, ó lo que equivale á lo mismo, que el último poseedor muera sin dejar sucesion legítima. En 27 de febrero de 1803 se espidió una real cédula que prescribe el órden y forma con que debe procederse en estos juicios de reversion. Don Cristobal de Paz en el capít. 37 de su tratado 2.º de *tenuta*, habla sabia y difusamente de las donaciones del rey don Enrique II, y tambien el señor Castillo en el capít. 89 del libro 5 de sus controversias.

Ley 75 de Toro, es la 44, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 9.ª, tít. 13, lib. 4.º de la Novísima.

Solemnidad y diligencias para retraer el comunero la cosa vendida.

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 é término é con las diligencias é solemnidades, de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinco, quando fuera de su patrimonio é abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del Fuero é Ordenamiento de Nieva y en estas nuestras leyes aya lugar é se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto.

COMENTARIO A LA LEY 75 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resúmen de la ley.=2. Se espone la ley de Partida á que se refiere la presente de Toro.=3 y 4. Disposiciones del derecho romano sobre la materia de esta ley: la ley de Partida citada se apartó de estas disposiciones, concediendo al consócio de la cosa comun, derecho para que en caso de que el sócio enagenase la parte que le correspondia en la cosa, fuese preferido por el tanto á cualquiera extraño.=5. De esta disposicion resulta la duda si dicho derecho es de mera prelación para ser preferido al tiempo de la venta ó de retracto para poder sacarla despues de esta.=6 y 7. Opinion de Gomez y Molina por el primer extremo, á que se adhiere el señor Llamas, por las razones que se esponen.=8. La ley de Toro aprobó la de Partida que daba el derecho de preferencia al comunero respecto del extraño, y aun lo estendió al retracto como despues se dirá.=9. Duda de Gregorio Lopez, Gutierrez y Alborno, si la disposicion de la ley de Partida tendrá lugar tanto en las cosas muebles y semovientes como en las raices: opinion por la afirmativa, porque la ley de Partida dice *cosa* y no *heredad*; no obstante que por la presente ley de Toro solo se concede el retracto en los bienes raices, y que usa de la palabra heredad.=14. Se disipa esta duda advirtiendo lo dicho en la duda anterior, de que la ley de Partida no daba derecho de retracto, sino la preferencia al tiempo de la venta.=12. Por la presente ley de Toro se concedió el retracto al comunero respecto del extraño en la parte de la cosa comun, segun se espone, por lo que señala dicha ley el mismo tiempo y término de nueve dias al comunero que al pariente.=13. Modo como debia Gregorio Lopez haber espuesto la duda mencionada, esto es, si el retracto concedido al comunero por la ley de Toro debia tener lugar tanto en los bienes muebles como en los raices.=14. Los bienes de que habla dicha ley son raices y no muebles.=15. Opinion de Gregorio Lopez y de Gomez en el mismo sentido, y que en las cosas muebles solo debe admitirse el derecho de prelación: opinion del señor Llamas sobre que la ley de Toro es estensiva del retracto á los bienes raices.=16. Se pasa á examinar la razon por qué las leyes de Partida introdujeron un derecho desconocido en las romanas, y concedieron al comunero al tiempo de la venta de la parte de la cosa comun la preferencia por el tanto, respecto de un extraño.=17. Los comuneros tienen el dominio de toda la cosa no *in solidum*, sino *pro pacto*.=18. Las cosas comunes unas son indivisibles por su naturaleza y otras por su destino.=19. Ninguno de los comuneros puede disponer de las cosas comunes con entera libertad antes de hacerse la division.=20. Deseando pues la ley de Partida disminuir este estorbo de los comuneros y mantener la integridad de la cosa comun, dispuso la preferencia del consócio al extraño.=21. Deduccion por lo espuesto, que el retracto de comunion se funda mas bien en favor de la cosa que de la persona, á diferencia del de sangre.=22. En el retracto de sangre el pariente de grado mas próximo escluye al remoto, y en el de comunion el que es señor de la mayor parte de la cosa comun no escluye al de menor, por lo que concurriendo ambos á retraer del extraño son admitidos á prorata de la parte que cada uno tiene en la cosa comun por la razon espuesta que se esplana.=23. Lo contrario sucede en el retracto de sangre por la razon inversa de concederse á la persona, segun

se espone.—24. En el retracto de sangre cuando la heredad de patrimonio se vende á un pariente ó extraño deja de ser retractable si se vuelve á vender por el comprador, por la razon que se espone: lo contrario sucede en el de comunión, pues por mas veces que se venda una parte de la cosa comun siempre permanece retractable.—25. Argumento sobre que ya la ley 74 habia concedido al comunero el derecho de retracto como lo espresa la disposicion que se espone.—26. Se contesta que aunque dicha ley declaró el derecho de retracto á favor del comunero, como no espresó las cosas en que lo daba ni las solemnidades con que habia de usar de él, fue preciso dar una ley con este objeto.—27. Se replica que si así fuera, tambien debiera haberse formado otra ley para las solemnidades del retracto del señor del dominio directo y del superficiario.—28. Se contesta que el retracto que compete á estos se dirige únicamente á bienes raices y no muebles, por lo que era ociosa cualquiera declaracion sobre este punto.—29. En cuanto al retracto que por la ley 74 se concedió al superficiario, tampoco era necesaria nueva ley, segun se espone.—30. Se espone la ley de Partida á que se refiere la de Toro, y se deduce que cuando se haya incoado el juicio divisorio de la cosa comun no puede tener lugar el retracto que por la ley de Toro se concede al comunero, sino interviene el otorgamiento de los demas compañeros, pero sí en los demas casos en que se trate del otorgamiento de la venta comun raiz y no mueble.—31. Se marca para evitar equivocaciones la diferencia que media entre la comunión y la sociedad.

1. Dispone la presente ley que cuando alguno vendiere la parte de heredad que tiene comun con otro, en el caso que el comunero la pueda sacar por el tanto segun lo dispuesto por la ley de Partida, esté obligado á consignar el precio en el término señalado por la ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva, y á practicar las demas diligencias y solemnidades que se hallan prescriptas, para cuando el pariente mas propincuo ha de sacar la cosa de patrimonio ó abolengo, de forma que lo dispuesto en dicha ley del Fuero y Ordenamiento y las presentes leyes de Toro se observe y ejecute cuando el comunero haya de sacar la cosa por el tanto.

2. La ley de Partida á que se refiere es la 35, tit. 5, Part. 5, que dice así: «dos omes ó mas, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos, que cualquier de ellos puede vender la su parte maguer la cosa non sea partida. E puede la vender á cualquier de los que han en ella parte ó á otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiesen dar tanto por ella como el extraño, ese la debe haber ante que el extraño. E la vendida del extraño, se debe entender que puede ser fecha ante que sean entrados en pleitos de la parte. Ca si el pleito fuere ya comenzado en juicio para partirla, entonce no la podria vender al extraño fasta que fuese partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros.»

3. Como la presente ley de Toro en parte confirma y aprueba la disposicion de la ley de Partida, y en parte la amplía y estiende, y señala las solemnidades que han de intervenir en ella, conviene para mayor claridad examinar la disposicion de dicha ley de Partida para notar y conocer mejor la alteracion que ha tenido por la de Toro.

4. Debe suponerse que por derecho comun era permitido al sócio enagenar y vender una parte de la cosa comun á cualquier extraño, como lo declara la ley 3, C. de *communi*, y por la 4, C. *communi dividend*, se ordena que si un sócio enagena la parte que tenia en la cosa comun no tenga el consócio accion ó derecho para revocar la venta que de ella se habia hecho. Supuesto este antecedente, y tambien de que por predio ó cosa

comun se entiende aquella que *pro indiviso* se posee ó tiene con otro, segun la ley 5, párrafo último, ff. *de rebus eorum qui &c.*, se viene en conocimiento que la ley de Partida, aunque tuvo presente la espresada ley 1, C. *de communi dividendo*, como observa Gregorio Lopez en la glosa última de dicha ley, se apartó de su resolucion y concedió al consocio de la cosa comun derecho para que en caso de que el socio enagenase la parte que le correspondia en la cosa fuese preferido por el tanto a cualquier extraño que no tuviese la cualidad de consocio.

5. De esta disposicion de la ley de Partida resalta á primera vista la duda de si el derecho que por la misma se concede al consocio ó comunero respecto del extraño en la venta de la cosa comun es meramente de prelacion para ser preferido al tiempo de la venta, ó de retracto para poder sacarla despues de verificada la venta.

6. Gomez al fin del número 26 se propone esta duda, y opina que por la ley de Partida solo se le concedió al comunero el derecho de preferencia, acudiendo á usar de él al tiempo de la celebracion del contrato; pero no para sacar la cosa despues de perfeccionada la venta, y del mismo sentir es el P. Molina en la disputacion 374, número 2, cuya opinion la tengo por mas fundada y conforme á la letra de la ley, que espresamente dice: «si alguno de los que tienen parte en la cosa quisieren dar tanto por ella como el extraño, ese la debe haber antes que el extraño.» Por estas palabras se viene en conocimiento de que la autoridad que por la ley se concede al comunero respecto del extraño es anterioridad de tiempo, pues si ya hubiera comprado el extraño la cosa cuando la pedia el comunero, mal podia verificarse la mente y letra de la ley, que quiere que el comunero tenga la cosa antes que el extraño.

7. A esto se aumenta que si la ley hubiera querido dar derecho al comunero para sacar la cosa despues de vendida al extraño deberia haber fijado y señalado el tiempo en que habia de usar de su derecho, pues no era justo quedase indefinidamente y á la voluntad del comunero el hacer uso de él por los perjuicios que de esto podian originarse. Tambien favorece á esta conjetura el constar que por derecho civil era desconocido el retracto, y no la preferencia que en algunos casos se da á cierta clase de personas, como se ha manifestado en el Comentario á la ley 70, y las leyes de Partida por lo comun, ó han seguido las disposiciones del derecho civil ó se han separado de ellas lo menos posible.

8. La ley de Toro confirmó y aprobó la disposicion de la de Partida que daba el mero derecho de tanteo ó preferencia al comunero respecto del extraño, y aun lo estendió á que pudiese usar del retracto, como despues diré, y el que concede lo que es mas, se entiende que da lo que es menos en el mismo género.

9. Como la ley de Partida usa en su disposicion de la palabra *cosa*, duda Gregorio Lopez en la glosa 1, y tambien Gutierrez en la cuestion 165, si dicha disposicion deberá tener lugar, tanto en las cosas muebles y semovientes, como en las raices, y afirman que sí, fundados en la palabra *cosa*, que es general y todo lo comprende, como se convence de la ley, 1, ff. *de rebus creditis*, y de la 23, ff. *de verborum significatione*, y aunque reconocen que por la presente ley de Toro y otras reales solo se concede el retracto en los bieles raices y que jamás vieron que se moviese pieito de retracto sobre la venta de alguna cosa mue-

ble, sin embargo tienen por mas arreglada á derecho la opinion afirmativa, asi por la generalidad con que habla la ley de Partida, como por la diversidad de razon que milita en el retracto de sangre que solo se da en los bienes raices y en el de comunion.

10. Albornoze en el lib. 3, tit. 3 de su arte de los contratos, folio 120 vuelto, columna 4, es de la misma opinion que Gregorio Lopez, y se funda en que la ley de Partida dice *cosa*, y no heredad; pero no repara que la de Toro, que es posterior, hablando del retracto del comunero usa de la palabra heredad, de que debia inferir que la ley de Toro corregia en este punto á la de Partida.

11. Para disipar la presente duda y conocer la equivocacion con que proceden los citados autores en su resolucion conviene tener presente lo que se ha dicho en la duda anterior, en que se manifestó que la disposicion de la ley de Partida no daba derecho de retracto al comunero respecto del extraño, sino meramente la preferencia por el tanto al tiempo de la venta, y de consiguiente es absolutamente impertinente y fuera de propósito poner en cuestion si el derecho de retracto que daba la ley de Partida debia tener lugar, tanto en los bienes muebles como en los raices, segun aquel principio filosófico que un ente que no existe no tiene ningunas cualidades.

12. Por la presente ley de Toro se concedió el retracto al comunero respecto del extraño en la venta de la parte de la cosa comun, como se convence de las palabras de dicha ley, que son las siguientes. «En caso que segun la ley de Partida, la pudiere 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, y de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinco cuando fuera de su patrimonio y abolen-go.» Por cuyas palabras se ve señala la presente ley el mismo tiempo y término al comunero que el que se le concede al pariente mas propinco para sacar la cosa de patrimonio ó abolen-go; es así que este término es el de nueve dias de verificada la venta, como espresamente se ordena en la ley del Fuero y posteriores, con que es á todas luces claro que por la presente ley de Toro se concedió al comunero el retraer y sacar la parte de la cosa comun despues de vendida á un extraño, y á mayor abundamiento concluye la ley diciendo, que lo contenido en la ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva y leyes posteriores se observe en el caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto, por cuyas últimas palabras declara que aunque la cosa esté ya vendida se puede sacar del comprador.

13. Supuesto este antecedente, la duda que suscitó Gregorio Lopez, para que tuviera alguna apariencia de fundada la debia haber puesto preguntando si el retracto, que por la ley de Toro se habia concedido al comunero debia tener lugar, tanto en los bienes muebles como en los raices, y en la misma hubiera hallado el testimonio mas terminante que podia desear para su resolucion.

14. En dicha ley se propone el caso sobre que recae su decision, y se dice «si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro etc.» por cuyas palabras se manifiesta de un modo incuestionable que los bienes de que habla la espresada ley son raices y no muebles, pues la palabra heredad de que usa comprende única y precisamente los

bienes raíces, como se convence de la ley 7 y 8 del presente título, y de la unánime opinion de sus comentadores.

15. Hablando el P. Molina de la opinion de Gregorio Lopez y Gomez, juiciosamente dice en el número 2 de la disputacion 371, que las leyes de Toro que conceden el retracto hablan únicamente de los bienes raíces, y no entienden la disposicion de la ley de Partida al retracto, que á semejanza del de sangre se concede al comunero, por lo que es de parecer que en las cosas muebles y en los derechos de acciones y servidumbres solo se debe admitir el derecho de prelacion para que al tiempo de la venta el comunero sea preferido al extraño por el mismo precio, segun la disposicion de la ley de Partida; pero no un verdadero retracto para sacar la cosa despues de hallarse perfecta la venta en las espresadas cosas muebles. En esta parte, como indiqué arriba, la disposicion de la ley de Toro es extensiva, porque concede un verdadero derecho de retracto, aunque con la limitacion de que solo tenga lugar en los bienes raíces cuando la de Partida se reproduce y coarta al mero derecho de preferencia.

16. Resta ver ahora la razon ó fundamento que movió á la ley de Partida para introducir un derecho desconocido en las leyes romanas, y conceder al comunero al tiempo de la venta de la parte de la cosa comun la preferencia por el tanto, respecto de cualquier extraño, porque el mismo fundamento sin duda ha tenido la ley de Toro para concederle el retracto en los términos que se ha indicado.

17. Es constante que los comuneros ó dueños de una cosa comun tienen el dominio de toda ella, no *in solidum* cada uno sino *pro indiviso*, *pro parte*, como lo espresa el jurisconsulto Ulpiano en la ley 5, párrafo 15, ff. *commodati*, pues como está por dividir la cosa no se sabe si la parte que á cada uno ha de tocar estará en uno de los extremos ó al medio, y de consiguiente todos los comuneros juntos son dueños de toda la cosa; pero cada uno en particular solo es de una parte *pro indiviso*.

18. Las cosas comunes unas son indivisibles por su naturaleza, y otras por su destino, como se ve en un esclavo, ó un caballo, en un horno, molino ó navio, y otras hay que cómodamente pueden recibir division, como un campo, ó un edificio dilatado, sin perder por eso el fin de su destino.

19. Aunque en las cosas comunes tienen entre sí la diferencia que queda indicada, todos convienen en que uno de los dueños ó comuneros no puede disponer de ellas con entera libertad antes de hacerse la division, pues ni al horno, molino ó navio le podria dar otro destino contra la voluntad de los demas comuneros, ni en el campo levantar edificio, ni la casa convertirla en campo, y mucho menos podria disponer libremente del esclavo ó caballo. Tambien se ha de suponer que asi como las cosas animadas aman su existencia, y resisten su destruccion, las inanimadas se presume que apetezen conservar su integridad, y repugnan la division y separacion de sus partes.

20. Deseando pues la ley de Partida remover ó por lo menos disminuir el estorbo que cada uno de los comuneros tenia de disponer libremente de la cosa comun, y queriendo por otra parte mantener y conservar la integridad de la misma, ó disminuir el número de partes en que se habia de dividir, ordenó y dispuso que siempre que el comunero intentase ven-

der la parte que tenia en la cosa comun fuese preferido el consócio en la compra de ella á cualquier extraño, por cuyo medio la cosa que era comun, ó dejaba de serlo si solo eran dos comuneros reuniéndose íntegramente en uno solo, ó se reducía y disminuía el número de sus partes por minorarse el de los comuneros.

21. De lo dicho se viene en conocimiento de que el retracto de comunión se funda y concede mas bien en favor de la cosa que de la persona, á diferencia de lo que sucede en el de sangre, que se da mas en favor de la persona que de la cosa. Esta diversidad hace que entre ambos retractos se note alguna diferencia en varios casos, que al parecer debian resolverse por una misma regla; por lo que será bien dar alguna noción de ellos.

22. En el retracto de sangre el pariente de grado mas próximo escluye al de grado mas remoto, y en el de comunión el que es señor de la mayor parte de la cosa comun no escluye al de menor; por lo que en caso de que ambos concurren al tiempo señalado á retraer del extraño lo que compró deben ser admitidos, aunque con la particularidad de que no harán el retracto por mitad ó por partes iguales, sino á prorata de la parte que cada uno tiene en la cosa comun, como entre nuestros comentadores lo advierte Matienzo en la ley 13 de dicho título, glosa 3, núm. 8, sin dar la razon de esta diferencia, la que dimana del fundamento que se ha dicho arriba tuvo la ley de Partida para su decision, esto es, el haber concedido el retracto de comunión mas en favor de la cosa que de la persona, por lo que siempre que una parte de la cosa comun, por mínima que sea, se halle en un poseedor, lo constituye comunero y lo habilita para retraer del extraño, y por la misma razon de concederse el retracto á la cosa se retrae á proporcion de la parte del comunero, como si la cosa misma usara del retracto y no de la persona.

23. Lo contrario sucede en el retracto de sangre por la razon inversa de concederse á la persona, pues como esta concesion es en favor del pariente mas próximo respectivamente queda escluido el de grado mas remoto, y cuando concurren dos en igual grado la division se hace de por mitad por ser en ambos igual la cualidad de parentesco.

24. En el retracto de sangre, cuando la heredad de patrimonio ó abolengo se vende á un pariente ó á un extraño deja de ser retractable si se vuelve á vender por el comprador, y es la razon porque en el primer caso no la adquirió por título de herencia, sino de compra, y en el segundo por haberse verificado que salió de la familia, como se ha dicho arriba en las resoluciones de las dudas del Comentario de la ley 70. Lo contrario sucede en el retracto de comunión, pues por mas veces que se venda una parte de la cosa comun, siempre permanece retractable, y es la razon porque como conserva la cualidad de cosa comun, á cualquier poseedor que pase lo constituye comunero, como sábiamente observó Palacios Ruvios en el Comentario á esta ley, número 3, y de consiguiente siempre que se vuelva á vender aquella parte de la cosa comun tienen derecho de retraerla los otros comuneros. Esto es una comprobacion de lo que dejo dicho, que la cosa constituye á su poseedor comunero, y lo denomina tal cuando en el retracto de sangre la persona constituye á la cosa patrimonial ó de abolengo, y le da la denominacion de tal, la que pierde en el momento que sale de la persona que se le daba.

25. Para mayor esplicacion de la presente ley me haré cargo podrá

decirse que ya la 74 había concedido al comunero el derecho de retracto, como lo espresan sus palabras cuando hablando de la concurrencia del pariente á sacar la cosa por el tanto con el señor del directo dominio, con el superficiario y con el que tiene parte en ella, dice: que se prefiera en dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario y el que tiene parte en ella al pariente mas propinco; con que es claro que ya se dió el derecho de retracto al comunero por la espresada ley, por lo que puede parecer ociosa la disposicion de la presente.

26. En satisfaccion de esta ocurrencia ó escrúpulo debe decirse que real y verdaderamente la ley 74 declaró el derecho de retracto á favor del comunero, como lo manifiestan sus palabras; pero como no espresó las cosas en que se lo daba ni las solemnidades con que habia de usar de él, fue preciso formar una nueva ley que declarase las particularidades indicadas, lo que hizo la presente señalando los bienes raices para el retracto, y prescribiendo las mismas solemnidades, que se prevenian en la ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva.

27. Acaso se podrá decir contra esto que si fuera cierta la causa que se indica, la misma debería obrar para que se hubiera formado otra ley que fijase y determinase las solemnidades que debian intervenir en el retracto del señor del directo dominio y del superficiario, lo que no vemos se haya ejecutado.

28. Para desvanecer esta réplica basta decir que el derecho que compete al señor del directo dominio, y el que por la ley anterior se concede al superficiario, única y precisamente se dirige á bienes raices y no muebles, con que era ociosa cualquier declaracion en este punto. Por lo que hace á las otras solemnidades prescriptas en la ley del Fuero y Ordenamiento, cuales son el haber de dar otro tanto precio, señalamiento del término de nueve dias, y prestacion de juramento, ya estaban prevenidas las dos primeras en la ley 29, tít. 8, Partida 5, donde se le concede al señor del directo dominio que pueda tomar por el tanto que otro la cosa enfiteútica, y le señala dos meses de término para usar de dicha facultad, cuyo término no creyeron los autores de las leyes de Toro que debia alterarse, cuando no dispusieron cosa en contrario, sin duda por no innovar las condiciones establecidas por derecho en el contrato enfiteútico, y por lo que hace á la prestacion del juramento no correspondia en el señor del directo dominio, ya porque cesaba en él la sospecha de fraude que se tenia en el retracto de sangre, y porque en realidad era coartarle la facultad de que pudiera volver á dar la misma finca en enfiteúsis.

29. En cuanto al retracto que por la ley 74 se concedió al superficiario, tampoco era necesario nueva ley que fijase las solemnidades que le habian de acompañar, porque bien se le considere con respecto al señor del directo dominio ú á otro superficiario que tenia parte en la misma superficie, se verificaba que era verdadero comunero con cualquiera de los dos en una misma cosa, en cuyo concepto estaba comprendido en la declaracion de la presente ley.

30. Como la ley de Toro hace referencia á la de Partida diciendo «que en caso que segun la ley de Partida pudiera el comunero sacar por el tanto la cosa sea obligado el que la quisiera sacar á consignar etc.» que es decir que en los casos en que la ley de Partida concede el derecho de

preferencia al comunero en la venta de la cosa comun, en los mismos pueda hacer uso del retracto, conviene tener presente los términos en que está concebida la disposicion de la mencionada ley de Partida, la que es general para todos los casos en que se trate de hacer la venta á un extraño, esceptuando únicamente el caso que se haya ya dado principio al juicio divisorio de la cosa comun, que entonces para que pueda verificarse la venta ha de intervenir el consentimiento de los otros comuneros, por lo que corresponde decir que cuando se haya incoado el juicio divisorio de la cosa comun no puede tener lugar el retracto que por la ley de Toro se concede al comunero, si no interviene el otorgamiento de los demas compañeros; pero si en todos los demas casos en que se trate de la venta de la cosa comun, en virtud del principio que establece que la escepcion es confirmacion de la cosa contraria, lo que debe entenderse con la limitacion que se ha propuesto arriba fundada en la misma ley de Toro, de que la cosa comun ha de ser raiz y no mueble para que pueda tener lugar el retracto.

31. Por último debe tenerse presente para evitar equivocaciones la diferencia que media entre la comunion y sociedad: la comunion se contrae sin que intervenga el consentimiento de los comuneros, como sucede cuando se da, lega ó deja por herencia una misma cosa á dos ó mas personas, y siempre que muere alguno de los comuneros pasa su derecho á su heredero, haciéndose igualmente comunero, siendo la comunion un cuasi contrato de que nace una accion mixta de real y personal: por el contrario la sociedad para contraerse necesita de la expresada voluntad de las partes, se disuelve y desata por la muerte de cualquiera de los socios, y es un contrato que se perfecciona con el consentimiento, y nace de él una accion meramente personal.

Ley 76 de Toro; es la 1.^a, tit. 40, lib. 4.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tit. 37, lib. 42 de la Novísima.

Ninguno sea dado por enemigo en rebeldía sin preceder prueba legitima y tres meses despues de sentencia de su condena.

Mandamos que á ninguno den nuestras justicias por enemigo en rebeldia sin probanza legitima y pasados tres meses á lo menos despues de la condenacion, é que sea pedido por el acusador, é si de otra manera lo dieren, que sea en sí ninguna la sentencia, que sobre ello se diere en lo que toca á darlo por enemigo.

COMENTARIO A LA LEY 76 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resumen de la ley.=2. Por derecho romano no se podía dar sentencia contra reo ausente por delito que mereciese pena mayor que destierro.=3. Disposición de las Partidas sobre que se pudiesen recibir testigos *ad perpetuam rei memoriam* en todas las causas menos en las que se puede imponer al reo pena de muerto, mutilación de miembro ó destierro, de lo que se deduce lo espuesto en el número anterior.=4. El derecho romano exceptuaba de la regla espuesta el delito de lesa magestad, el cometido por oficial público en su oficio y en el de castración.=5. Por una ley del Fuero Real que se cita ya era permitido formar causa contra los reos ausentes de delitos capitales.=6. Disposición del Ordenamiento Real consiguiente á dicha facultad.=7. Nueva ley de los reyes católicos sobre lo mismo.=8. Dicha ley sufrió alguna alteración al insertarse en la Recopilación, según se espone.=9 y 10. No debe entenderse que dicha ley quiso que se ejecutase en el reo la pena capital que le había impuesto el juez en ausencia por indicios meramente suficientes para la tortura, sino que subsistiese el proceso hecho en ausencia en cuanto á las probanzas y demás trámites del juicio.=11. Se aprueba la opinión de Acevedo sobre que esta ley dice que por la presencia del reo se anula la sentencia dada contra él en ausencia, pero que subsiste el proceso.=12. Se espone la presente ley de Toro que señala las formalidades que han de preceder á la declaración de enemigo en ausencia ó rebeldía: en primer lugar pide que la prueba que resulte contra el reo ha de ser legítima ó plena, en la que se separa de la pragmática de los reyes católicos, que tenía por bastantes para hacer prueba los indicios para la tortura adminiculados de la fuga del reo: la razón de diferencia es que por la pragmática nunca se llevó á efecto la sentencia de pena capital sin dar antes audiencia al reo, y en el caso de la ley de Toro se manda ejecutar la sentencia si el enemigo puede haberse á las manos.=13. No por esto se ha de creer que se niega la audiencia al reo por la ley de Toro si se presenta ó hace preso antes que su acusador haya puesto en ejecución la facultad que se le concede, pues la excepción de inocencia no la excluye la ley de Toro, y verificada la presencia del reo, cesa la facultad concedida al enemigo.=14. No se observa lo mismo en el caso de la pena capital que se impone en rebeldía á los bandidos públicos por la pragmática de Felipe IV de 1603, por la que se manda ejecutar en sus personas dicha pena, pronunciada la sentencia.=Nota. Práctica en contrario; órden de proceder contra los salteadores que se espresan, según las leyes que se citan.=15. Requiere también esta ley de Toro que hayan pasado tres meses á lo menos después de la condenación, por la razón que se espone.=16. Requiere también que la declaración de enemigo se haga á instancia del acusador, por lo que el delito ha de haber causado perjuicio al mismo.=17. Además el delito ha de ser de los por que se impone al reo pena capital por la razón que se espone.=18. En consecuencia de lo espuesto, el marido que acusa en ausencia á los adúlteros puede pedir contra ellos la declaración de enemigo; el padre y hermano contra el forzador de su hija y hermana, etc.: leyes que permiten matar al enemigo conocido y al enemigo declarado, de lo que se deduce que en nuestra jurisprudencia son términos sinónimos enemigo conocido que enemigo declarado, y denotan un reo de pena corporal.=Nota. La facul-

tad de tomar los particulares por sí la satisfaccion de sus agravios, en ciertos casos' se halla abolida en el dia.=19. La presente ley de Toro se dió para resolver las dudas que habia sobre la prueba que debia preceder á la declaracion de enemigo quién la habia de hacer, en qué tiempo y á instancia de quién.=20. Duda sobre si es en sí justa esta ley y puede establecerla el legislador: opinion de Gomez y Acevedo por la afirmativa, porque es permisiva en un caso particular y no preceptiva.=21. Se desecha esta razon porque lo dicho no impide que la ley fuera injusta, permitiendo ó dando facultad para ejecutar un acto prohibido por la ley natural.=22. Se manifiesta el verdadero apoyo de la opinion espuesta.=23 y 24. No solo no es injusta la ley en cuanto impone la pena capital al reo declarado por enemigo, sino tampoco en dar á un tercero la comision para ejecutar la pena, porque el juez nunca ejecuta por sí la sentencia.=25 y 26. Tampoco es injusta en encargar la comision á la misma persona agraviada que ha sido el acusador, pues en la ley de Moisés hay un ejemplo semejante que se espone.=27. No obsta decir que las leyes de Moisés, como dictadas por Dios, no deben servir de norma para regular las facultades de los principes, por la razon que se espone.=28. Duda sobre si lícitamente podrá el acusador usar de la facultad que por la ley se le concede de matar al declarado por enemigo: opinion de Gomez sobre que falta en el fuero interno si lo hace por ódio ó deseo de venganza.=29. Impropiedad de Gomez al establecer su opinion, puesto que atribuyendo el pecado, no á la ejecucion sino á la intencion, pone la escepcion antes que la regla.=30 al 32. Menchaca al examinar si el marido que mata á los adúlteros cogidos *in fraganti* en virtud del permiso de la ley peca gravemente dice que no, como no conste que se obra con espíritu de venganza, y aun obra lícitamente si solo se duda de ello.=33. Se hace reparable esta doctrina que iguala el caso de la intencion del que obra con el en que consta que obra con rectitud, pues aunque en caso de duda se presume lo mejor de las acciones, esta presuncion nada influye en la moralidad de la accion ó intencion del que la ejecuta, á que se aumenta el juicio ageno y posterior á los actos de que se juzga.=34. Es igualmente fuera de propósito la razon de que de otro modo se podia entender que obraban con autoridad de la ley, por lo que se espone: es infundada la doctrina del autor, pues hace depender el pecado personal de dudas ajenas, y estas posteriores á la obra consumada y perfecta.=35. Opinion de Julio Claro por la afirmativa en un caso análogo, porque no debe presumirse que entre cristianos haya leyes que den causa á cometer pecados.=36 y 37. Se desechan las razones espuestas de los autores citados como poco adecuadas y concluyentes.=38 y 39. Se fija por el señor Llamas la razon de que siendo justa la ley que confiere la ejecucion de la sentencia de pena capital á la persona agraviada, es consiguiente que el ejecutor de dicha ley haya de obrar lícitamente en el fuero interno, pues seria absurdo que una ley cometiese la facultad de ejercer un acto puramente y que obrara lícitamente el que lo ponía en ejecucion, mucho mas, cuando la disposicion de la ley no se funda en un mero y simple hecho sin calificacion, sino en uno autorizado por medio de la sentencia judicial.=40 y 41. Se corrobora esta doctrina, esponiendo la misma ley del Deuteronomio arriba citada.=42. La esplicacion que de esta ley da el P. Calmet, no es adoptable en la parte que se espone á las palabras de la misma.=43. Remision al Comentario de la ley 82, en que se manifiesta la facultad del príncipe para cometer la ejecucion de la pena capital en ciertos casos á particulares, aunque no preceda sentencia judicial.

1. Dispone la presente ley que ninguna justicia declare ó dé por enemigo en rebeldía á ningun reo, sin que preceda probanza legitima, y hayan pasado tres meses á lo menos despues de la condenacion, y que el acusador pida se haga dicha declaracion, y faltando cualquiera de estos requisitos, sea nula la sentencia en cuanto á darle por enemigo.

2. Para la inteligencia de esta ley se ha de suponer que por derecho comun ó romano no se podia dar sentencia contra el reo ausente, cuando su delito era tal que debia castigarse con pena de muerte ó corporal, ú otra mayor que destierro, aunque bien podia imponérsele esta ó alguna pecuniaria, segun se halla dispuesto en la ley 5, ff. *de pœnis*;

y si creemos á Gomez y á otros autores que cita en el número 4 del Comentario á esta ley, se procedia con tanta detencion y miramiento en este punto que ni aun era permitido examinar testigos *ad perpetuam rei memoriam* contra el reo ausente de algun delito á que correspondia mayor pena que la de destierro.

3. Las leyes de Partida, que como varias veces se ha notado en esta obra, por lo comun se conforman con las disposiciones del derecho romano, establecieron por regla general que se pudiesen recibir testigos *ad perpetuam rei memoriam* en todo género de causas, escepto aquellas en que pueda imponerse al reo pena de muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, segun se dispone en la ley 2, tít. 16 de la Partida 3 por estas palabras: «é lo que dijimos en esta ley que los testigos pueden ser recibidos antes que el pleito sea comenzado por respuesta, no ha lugar en pleito de justicia en que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro ó hechamiento de la tierra:» de cuyas palabras se infiere claramente que tampoco es permitido dar sentencia contra el ausente en que se le haya de imponer alguna de las espresadas penas, pues no admitiéndose probanza del delito, mal podria declarársele autor de él.

4. Tres son los casos que por derecho romano se esceptúan de esta regla, á saber; en el delito de lesa magestad, en el que comete el oficial público que delinque en su oficio, segun la ley 21, C. de *peanis*, y en el de castrar á otro ó hacerlo espadon, ley 3, ff. *ad legem Corneliam de sicariis*, vers. *et qui hoc crimine*, los mismos que parecen comprendidos en la ley 7, tít. 8, Partida 3, por la espresion de que usa: «fueras ende, si el hierrro fuere de traicion ó de aleve ú otro alguno de aquellos sobre que pueden acusar al home é dañar la fama, maguer sea finado.»

5. Como las leyes de Partida, aunque fueron posteriores á las del Fuero Real, se sancionaron despues por el rey D. Alonso el XI como un cuerpo supletorio para los casos en que no habian dispuesto los fueros generales y particulares y el Ordenamiento de las Córtes de Alcalá, conviene tener presente que por la ley 4, tít. 3, lib. 2, del Fuero Real, que se insertó en la 9, tít. 2, lib. 3 del Ordenamiento Real, ya era permitido formar causa contra los reos ausentes de delitos capitales, en cuya suposicion se manda en ella que si al tercer plazo no compareciese el reo se le dé y declare por autor del delito.

6. Consiguiente á la facultad que por la ley del Fuero se concedia para formar causa contra reos ausentes de delitos capitales, formó el rey D. Juan I una ley en las Córtes de Briviesca, que se halla en la 15, título 2, lib. 4 del Ordenamiento Real, por la que se manda que si el condenado en rebeldía á pena de muerte ó perdimiento de miembro sin preceder informacion por la que pudiera ser puesto á cuestion de tormento, se preutase ó fuese preso, debian oirle los alcaldes asi como sino fuere dado por hechor, absolviéndole si lo hallaren sin culpa, ó dándole mayor pena si la merecia.

7. Con presencia de las dos citadas leyes, sin duda formaron los Reyes católicos otra en el año de 1503, que se insertó en la 1, tít. 37, libro 12 de la Novísima, en la que menuda y prolijamente se prescribe el método y forma de proceder contra los reos ausentes en toda clase de delitos, y por ella se ordena que no se repunte por autores del crimen si

ademas de la fuga no concurren indicios suficientes para la tortura, en cuyo caso quiere que se les imponga la pena ordinaria del delito.

8. Contiene otras particularidades que no me detengo á referir por no creerlas conducentes á la inteligencia de la ley de Toro; pero no puedo menos de notar que esta ley sufrió alguna alteracion al insertarse en la Recopilacion de leyes que mandó formar el rey D. Felipe II, y me fundo en que Gomez, compendiando al número 8 del Comentario á esta ley lo que por ella se ordena, distingue para señalar los términos de la citacion dos casos, á saber, cuando el reo está dentro de los límites de la jurisdiccion del juez, ó cuando se halla fuera de ellos, en cuya ley no se encuentra semejante distincion, antes por el contrario espresa literalmente, iguala y comprende uno y otro caso en la resolucion.

9. Tambien merece notarse lo que afirma Gomez al número 13, reducido á que si despues de dada sentencia definitiva contra el reo lo hiciese preso el juez, ó él se presentase de su grado, y no hiciese las defensas convenientes á su justificacion en el término que se le señalase, debe ejecutarse en él la sentencia, fundándose para esto en que la ley ó pragmática dice que sea válido todo el proceso hecho en ausencia, cuya razon á mi modo de entender es de poca consideracion para pretender que la ley quiso que se ejecutase en el reo la pena capital que le habia impuesto en ausencia por indicios meramente suficientes para la tortura; pudiendo darse un sentido bastante natural á las palabras de la ley con que subsista el proceso hecho en ausencia en cuanto á las probanzas y demas trámites del juicio, sin que haya necesidad de renovarlo con motivo de la captura ó presentacion del delincuente.

10. Esta esposicion es tanto mas natural y conforme á la espresion de que usa la ley, que no es, como sienta Gomez, que todo el proceso sea válido, sino que las probanzas queden en su fuerza y vigor, segun lo manifiestan las siguientes palabras: «si despues de dada la sentencia: el acusado se presentare en la cárcel ó fuere preso que asi mesmo sea oido asi en cuanto á las penas corporales como en cuanto á las pecuniarias, pagando las dichas costas y desprecos y homecillos, y quedando las dichas probanzas como si fueren hechas en juicio ordinario.»

11. Por mas fundado tengo el dictámen de Acevedo que al número 127 del Comentario á esta ley dice, que por la presencia del reo se anula la sentencia dada contra él en ausencia, pero que subsiste el proceso, y cita á Avendaño. Queriendo esponer la doctrina citada del Gomez, pretendo que se ha de entender del caso en que contra el reo resulte una probanza plena, aunque se haya dado de nuevo por el acusador despues de la presentacion del reo.

12. Establecida en los términos indicados la forma de proceder contra los reos ausentes, pasa la ley de Toro á señalar las solemnidades que han de preceder á la declaracion de enemigo en ausencia ó rebeldía. Pide en primer lugar que la prueba que resulte contra el reo haya de ser legítima ó plena, en lo que se separa de lo dispuesto por la pragmática citada de los Reyes católicos, la que tenia por bastantes para hacer prueba los indicios para la tortura adminiculados de la fuga del reo: la razon de esta diferencia es obvia y la indica Gomez al número 14 de su Comentario á esta ley, reducida á que en el caso de la ley de Toro no se admite al reo defensa, y si en el de la pragmática: mas claro, en el de esta nunca se lleva á efecto

la sentencia de pena capital sin dar antes audiencia al reo, y en el de la ley de Toro se manda ejecutar la sentencia si el enemigo puede haberlo á las manos, y si no hubiera plena prueba contra el autor del delito, era espuesto á que la pena recayera sobre un inocente. En suma, en el caso de la ley de Toro la sentencia es ejecutiva, y en el de la pragmática apelable.

13. No por esto se ha de creer se le niega la audiencia al reo por la ley de Toro si se presenta, ó se le hace preso antes que su acusador haya puesto en ejecucion la facultad que se le concede, porque como juiciosamente observa Acevedo al número 22, la escepcion de inocencia no la escluye la ley de Toro, y verificada la presencia del reo cesa la facultad concedida al enemigo de matarlo, segun el mismo Acevedo al número 24, lo que ya antes habia indicado Gomez al número 17, donde afirma que si el juez habia conseguido prender al declarado por enemigo, no puede entonces quitarle la vida el acusador, dando por razon que estando espedito el remedio ordinario no se puede hacer uso del extraordinario, que es subsidiario de aquel.

14. No se observa lo mismo en el caso de la pena capital que se impone en rebeldía á los bandidos públicos por la pragmática del Rey don Felipe IV del año 1663, que es el auto acordado 9, tít. 11, lib. 8 de la Recopilacion, y las leyes 1, tít. 17 y 7, tít. 18, lib. 12 de la Novísima, por el que se manda ejecutar en sus personas dicha pena luego que se pronuncie la sentencia, sin oírles formar nuevo proceso aunque despues sean presos, revocando espresamente para este caso lo dispuesto por la referida pragmática de los reyes católicos, cuyo auto acordado se renovó y mandó observar por otro del Consejo del año de 1726, que es el 14 del mismo título (1).

15. Requiere tambien la ley que hayan transcurrido tres meses á lo menos despues de la condenacion, cuyo término lo reputa por suficiente para que llegue á noticia del reo, y delibere al parecer para su presentacion; pero en mi dictámen este plazo seria mejor despues de hecha la declaracion de enemigo, en que por ser mayor y mas urgente el peligro de morir á manos de su contrario tendria mas influjo para escitarlo á la presentacion.

16. El último requisito que pide la ley es que la declaracion de enemigo se haga á instancia del acusador, con lo que denota que el delito ha de ser de aquellos que han causado perjuicio al mismo ó á los suyos dentro

(1) Este órden de proceder contrario á los principios que recomiendan la audiencia y defensa del procesado, no ha sido admitido por la práctica de los tribunales, segun la cual cualquiera que sea la gravedad del delito, siempre se oye al procesado en juicio antes de llevar á efecto el fallo dictado en su ausencia y rebeldía, pues dicho fallo se entiende en el concepto de concederle la inexcusable audiencia.

En cuanto al órden de proceder contra los que roban en cuadrilla de cuatro ó mas, ya sea en poblado ó en despoblado, se han establecido trámites especiales por la ley de 26 de abril de 1824, advirtiendo que dicho delito no está sometido á la jurisdiccion comun, sino al consejo de guerra ordinario cuando los delincuentes son aprehendidos por alguna partida de tropa destinada espresamente á su persecucion por el gobierno ó por gefes militares destinados especialmente al efecto, y cuando hicieren dichos reos resistencia á la fuerza armada que los aprehendiere, aunque la aprehension proceda de órden, requerimiento ó auxilio prestado á las autoridades civiles, segun la real órden de 4 de junio de 1850, circulada en 15 del mismo mes y año.

del cuarto grado, segun la espresion de la ley 2, tit. 1, Partida 7, pues en los públicos falta este interes personal.

17. A mas de los requisitos espresados, el delito porque se procede ha de ser de los que por las leyes se impone al reo pena capital, porque la ausencia ó contumacia en presentarse no aumenta la pena *corporis afflictiva*, y lo único que hace la declaracion de enemigo, es cometer la ejecucion de dicha pena al acusador, que en otras circunstancias se ejecutaria por el verdugo, como así lo reconocen Gomez al número 17, y Acevedo al número 15.

18. De lo dicho se infiere que el marido que acusa en ausencia á los adúlteros puede pedir contra ellos la declaracion de enemigo; el padre y hermano contra el forzador de su hija ó hermana, segun la ley 3, tit. 8, Partida 7; el pariente del muerto del cuarto grado contra el homicida por la citada ley 2, tit. 1, Partida 7, y los padres ó parientes de una manceba en cabello contra el que se casa con ella repugnándolo los mismos, segun la ley última, tit. 1, lib. 3, del Fuero Real, en la cual espresamente se declara al reo por enemigo; y como la ley 1, tit. 17, lib. 2, del mismo Fuero Real, y la 4, tit. 13, lib. 8, del Ordenamiento Real se permite matar al enemigo conocido, y por la 4, tit. 17, libro 4 de dicho Fuero Real era igualmente permitido matar al enemigo declarado por tal, se deduce que en nuestra jurisprudencia son términos sinónimos enemigo conocido y enemigo declarado, y bajo de cualquiera de las dos espresiones se denota un reo de pena corporal, en lo que parece están conformes Diego Perez en su Comentario á la citada ley del Ordenamiento Real, y Montalvo en la 1, tit. 17 lib. 4. del Fuero Real, á quien se refiere Perez y el señor Matheu en la controv. 29, número 17 de *re criminali*, donde cita en confirmacion las dos leyes terceras, de los títulos 14 y 16 de la Partida 2 (1).

19. Aunque las leyes del Fuero Real suponian que habia enemigo conocido y declarado, y que impunemente podia matarse, no espresaban la prueba que debia preceder á la declaracion, quién la habia de hacer, en qué tiempo y á instancia de quién, y sin embargo de que la ley 47 de las llamadas de estilo, que venian á ser unas esplicaciones ó advertencias de las del Fuero (fuesen ó no verdaderas leyes, de que ahora prescindo), hablando de los emplazados que se declaraban en rebeldía por autores del delito que se les imputaba, ya requeria para hacer la declaracion de enemigo que la pidiese al juez el acusador, como se ve por las siguientes pa-

(1) Escusado parece decir que las disposiciones de nuestras antiguas leyes por las que se cometia á los particulares agraviados por ciertos delitos la facultad de tomar satisfaccion de ellos por su propia persona en el ofensor, se hallan abolidas por el nuevo Código penal, y aun mucho antes de publicarse este Código habian caído ya en desuso, si es que no se entendian espresamente abolidas por la ley 3, tit. 20, lib. 12 de la Novísima, que prohibe á todos tomarse por sí mismos satisfaccion de los agravios que se les hagan, y reserva á la justicia el derecho de castigar á los ofensores. En el nuevo Código penal se establecen penas determinadas para cada delito, cuya aplicacion corresponde únicamente á los jueces, y nunca á los agraviados, como se vé por ejemplo en el delito de adulterio que es castigado con pena de prision menor sin que se sujete á los delinquentes á la venganza ó capricho del marido como hacian nuestras antiguas leyes. Sirva pues esta nota para considerar como un mero documento histórico la parte de este Comentario sobre la disposicion de la ley de Toro que se refiere al ejercicio de dicha facultad.

labras: «pero es á saber, cuando da por fechor al emplazado que no viene á los plazos segun que dicho es, puede el alcalde darlo por enemigo si la parte gelo pide que gelo de por enemigo,» todavía quedaba indeciso y por determinar la prueba que habia de resultar contra el acusado, y el tiempo en que se habia de pedir y hacer la declaracion de enemigo, lo que dió motivo á la formación de la presente ley, en que clara y espresamente se resolvieron las dudas indicadas.

20. Dos dudas promueven los autores acerca de esta ley: primera, si es si justa y puede establecerla el legislador: segunda, si lícitamente podrá el acusador usar de la facultad que por ella se le concede. Haciéndose cargo de la primera Gomez al número 15, sostiene que la ley es justa, y da por razon de que ni es preceptiva ni permisiva *in genere* y absolutamente, sino permisiva en un caso particular en que concurren las circunstancias ya indicadas. Del mismo dictámen es Acevedo al número 7 y 48 de su Comentario.

21. Aunque es muy cierta la opinion de estos autores, la razon en que la fundan la tengo por fútil y ridícula, á causa de que el ser permisiva la ley en un caso particular y no preceptiva no impide que fuera injusta, permitiendo ó dando facultad para ejecutar un acto prohibido por la ley natural; ni se alcanza qué diferencia substancial pueda mediar entre permitir un acto ilícito *in genere*, ó en un caso particular. Las leyes ó sus disposiciones siempre son *in genere* y absolutamente, aunque su aplicacion necesariamente se ha de hacer específicamente ó en caso particular.

22. Prescindiendo de la razon alegada por estos autores, paso á manifestar el verdadero apoyo de su opinion. A dos puntos termina la disposicion de la ley, á saber, á imponer la pena capital á un reo de delito grave y á cometer la ejecucion de esta pena al acusador. Si recae la duda sobre el primer punto, no solo es irracional, sino anti-cristiana, porque por ella se intenta privar á los Soberanos de la facultad de castigar con pena capital á los reos de delitos graves, á imitacion de lo que Dios estableció para gobierno del pueblo hebreo, de lo que se practica en todas las sociedades civiles, y de lo que nos enseña el apóstol San Pablo en su carta á los romanos, capítulo 13, «que el Principe es ministro vengador contra los malos, usando de la potestad que le ha concedido Dios para ello» Y Salomon en el capítulo 6 de la Sabiduría, «que Dios habia dado potestad á los Príncipes para gobernar en su nombre.» Y vendria á desterrarse de los tribunales la pena capital, á que se dirigen los deseos de los pretendidos nuevos filósofos.

23. Supuesto, que no puede graduarse de injusta la ley en la parte que impone la pena capital al reo declarado por enemigo, deberá consistir precisamente su injusticia en dar á un tercero la comision para la ejecucion de dicha pena, pues á estos dos puntos está reducida su disposicion.

24. Tambien parece que en esta parte está libre la ley de la nota de injusta, porque el juez no ejecuta por sí la sentencia, sino que encarga á otro su ejecucion, y asi se vé que regularmente se hace este encargo á una persona determinada, que regularmente se llama ejecutor de justicia, sin que hasta ahora se haya disputado esta facultad al juez, ó dudado de ella.

25. Resta, pues, que se diga que lo ilícito de la disposicion precisa-

mente consiste en encargar la comision á la misma persona agraviada que ha sido el acusador, pero ni aun en esta parte puede dudarse de la rectitud de la ley, de que hay un ejemplo harto semejante en las leyes de Moises.

26. Tratando este legislador de los hebreos de castigar condignamente al reo de homicidio voluntario que se habia acogido á una de las ciudades de asilo, ordena en el capítulo 49, vers. 12 del Deuteronomio, que los jueces ó ancianos lo saquen de él, y lo entreguen al pariente inmediato del muerto para que le haga morir, inhibiéndole espresamente compadecerse de él, ó recibir precio por rescate de su vida, segun el capítulo 35, vers. 31 de los Números. Si esta ley, de cuya justicia seria una especie de sacrilegio dudar, cometia la ejecucion de la pena capital á la parte interesada, es una manifiesta temeridad pretender que la ley de Toro es injusta porque confiera la ejecucion de la sentencia de muerte del declarado por enemigo al mismo que ha sido su acusador.

27. En vano se pretenderá decir que las leyes de Moises, como dictadas por Dios, no deben servir de norma para regular las facultades de los Príncipes y Soberanos de la tierra, porque Dios en las leyes que dictó por medio de Moises á su pueblo no se valió de los atributos de su soberanía, omnipotencia y señorío universal, sino que se acomodó á las facultades propias, peculiares y comunes á todo legislador; y así se observa que en nada alteró ó varió las leyes del derecho natural; y en cuanto á las judiciales, de cuyo número es de la que hablamos, procedió como un sabio y prudente legislador, estableciendo aquellas que previó eran mas análogas y convenientes al genio y carácter del pueblo que se habia propuesto regir y gobernar, consistiendo la sabiduría de las leyes, no en la mayor rectitud de sus disposiciones en abstracto, sino con respeto y consideracion á la naturaleza de los que las han de obedecer, por lo que divinamente nos dice Jesucristo en su Evangelio, «que no se hizo el hombre para el sábado sino el sábado para el hombre.»

28. Mayor dificultad se ofrece en la resolucion de la otra duda acerca de si lícitamente podrá usar el acusador de la facultad que le da la ley de matar al declarado por enemigo. Gomez al número 48 es de dictámen de que sin embargo que no sea castigado en el fuero eterno el que le quitó la vida á su enemigo, peca en el interno, sin que le aproveche el permiso que le da la ley. Con apoyo de su doctrina cita algunos autores, y al fin de aquel párrafo, pone la siguiente limitacion: que lo dicho se ha de entender cuando el que mata á su enemigo lo hace por odio ó deseo de venganza, porque si obra con celo de justicia por el bien de la república, y como ejecutor suyo, entonces no peca.

29. Segun esta doctrina de Gomez el que usa de la facultad de la ley no peca en realidad por la ejecucion de la obra, sino por la intencion con que la hace, y en este concepto la limitacion debe reputarse por importuna y fuera de propósito, como lo seria si se propusiese la duda de si el juez puede lícitamente imponer la pena de muerte á un reo de delito capital, y se reproduce que no, limitando la resolucion al caso de que diese la sentencia con odio ó deseo de venganza. Este modo de filosofar es ciertamente muy impropio, porque invierte el orden que debe observarse en los raciocinios, que debe ser, establecer primero la regla y despues las excepciones; y como la regla en estos casos es que así el acusador que usa

de la facultad que le da la presente ley, como el juez de la que se le ha conferido por real ministerio de juzgar obran lícita y justamente en el fuero interno, debería haberse sentado este principio antes; y después poner la escepcion, que es de que si uno y otro se dejasen llevar de odio y deseo de venganza en el ejercicio de su comision pecarian gravemente; Gomez por el contrario ha trastornado é invertido este órden, estableciendo por regla la escepcion, y haciendo escepcion á la regla.

30. Con mas método y exactitud raciocina el señor Vazquez Menchaca en el libro 4, capítulo 8, número 49 de sus controversias ilustres, donde entrando á examinar si el marido que mata á los adúlteros cogidos *in flagranti*, y el que hace lo mismo con el prescripto en virtud de la permission de la ley peca gravemente, resuelve que no, y á continuacion añade que esto debe entenderse con tal que uno y otro no obren con espíritu de venganza, que entonces pecarian gravemente, por cuya doctrina se manifiesta que primero sienta el principio ó regla y después propone la escepcion.

31. Todavía pasa mas adelante este autor, y sienta que siempre que no conste de que no se obra por espíritu de venganza, y aun dudándose de ello, se ha de creer que ejecutan la muerte estimulados del celo del bien público, y de consiguiente que no pecan, así como el juez y el verdugo no se cree que pecan en caso de duda en el ejercicio de sus funciones, porque se presume que se mueven á ello por el interés del bien público, pero que seguramente pecarian si procediesen por ira ó mala voluntad, cuya doctrina es muy arreglada y conforme á la verdadera caridad, que en caso de duda quiere se juzgue piadosamente y en buen sentido de las acciones de nuestro prójimo.

32. Con mas estension, aunque no con tanta claridad, trata el mismo autor de igual asunto en el libro 1, párrafo 7, número 22, y en el párrafo 10, número 99 de su obra *de testatoris potentia*, contraido al que acusa á otro de delito porque se le impone pena capital, y al marido que quita la vida á los adúlteros, donde después de referir varias leyes reales afirma que ni el acusador ni el marido pecan en el fuero interno cuando obran con celo de justicia, y se estiende á pretender que se debe decir lo mismo en el caso de que sea dudoso el ánimo con que han obrado, y la razon de esta doctrina la intenta fundar en que si pecaran no se entenderia que obraban con autoridad de la ley, así como el juez y el verdugo no se presume que pecan en el ejercicio de sus funciones, aunque si se dejan llevar del espíritu de ira ó enemistad pecan indudablemente.

33. Se hace reparable esta doctrina que iguala el caso de dudarse de la intencion del que obra, con el otro en que consta que obra con rectitud, queriendo que en uno y otro no peque su autor en el fuero interno; pues aunque sea cierto y muy conforme á razon que en caso de duda se presume lo mejor de las acciones del prójimo, esta presuncion nada influye en la moralidad de la accion ó intencion del que la ejecuta, y de consiguiente no escluye sea mala aunque se dude de ella, á que se aumenta el juicio ageno y posterior á los actos de que se juzga, cuya moralidad únicamente depende del dictámen de la propia conciencia, que es el juez verdadero y privativo de las acciones de cada uno.

34. Tambien es fuera de propósito la razon que se alega de que de otro modo no se podia entender que obraban con autoridad de la ley, porque dicho autor reconoce que el juez y el verdugo, cada uno en su

ministerio obra con autoridad de la ley, y sin embargo tiene por cierto que si se dejan llevar del espíritu de ira ó enemistad pecan indudablemente. Esto manifiesta lo infundada y peregrina que es la doctrina del autor, que hace depender el pecado personal de dudas ajenas, y estas posteriores á la obra ya consumada y perfecta, en que ningun influjo pueden tener para variar su moralidad; por lo que la esplicacion del autor en este punto mas debe mirarse como una distraccion ó descuido que como una verdadera opinion.

35. Julio Claro en una duda semejante, contraida á si lícitamente se puede quitar la vida á los proscriptos por cualquiera, en virtud de la facultad que se concede por la ley, resuelve en el lib. 5. *sententiarum* párrafo *homicidium*, número 54, que sí, y alega por razon, de que en la suposicion de que haya estatuto ó ley que permita quitar la vida al proscripto, se ha de creer que lícitamente se puede usar de la facultad del estatuto, porque no se debe presumir que entre cristianos se establezcan leyes que den causa á cometer pecados.

36. Aunque convienen los precitados autores en que no peca gravemente el que quita la vida al declarado por enemigo y al proscripto, los dos primeros, Gomez y Velazquez Menchaca, alegan y se fundan en que se supone que obra con zelo de justicia en utilidad de la república y como ejecutor suyo á ejemplo del juez y el verdugo; pero esta razon en realidad no es de aquellas que se llaman *á priori*, y de que se infiere lícitamente el efecto como de su propia causa.

37. Julio Claro tampoco se explica con la claridad que era de desear, atribuyendo mas á santidad de nuestra religion que á la disposicion de la ley la ejecucion lícita de la obra, suponiendo que entre cristianos no puede creerse haya ley permisiva que dé ocasion á pecados; pero esta razon tampoco es adecuada y concluyente, porque es constante que entre cristianos se permiten los lupanares ó casas de prostitucion, y no por eso se ha de decir que lícitamente se puede usar de la permission de la ley.

38. Me conformo con el dictámen de los referidos autores, en que lícitamente se puede quitar la vida al declarado por enemigo por el acusador; y la razon á mi parecer es incontestable: se ha probado arriba, examinando la primera duda con argumentos convincentes, que la ley que confiere la ejecucion de la sentencia de pena capital á la persona agraviada es justa y racional, y supuesto este antecedente se sigue por una consecuencia necesaria que el ejecutor de dicha ley habia de obrar lícitamente en el fuero interno, porque seria un enorme absurdo y contradiccion manifiesta que una ley justamente cometiere la facultad de ejercer un acto, y que obrara ilícitamente el que lo ponia en ejecucion, porque la disposicion de la ley en que consiste su justicia es correlativa de su ejecucion de forma que siendo esta ilícita no podía dejar de serlo su disposicion, y si era esta justa, necesariamente lo habia de ser aquella, porque implica que las leyes den facultad para delinquir.

39. Todavía se convence mas esta verdad si se atiende á que la disposicion de la ley no se funda en un mero y simple hecho sin calificacion, sino en uno autorizado por medio de una sentencia judicial, y en este caso dudar de la justicia de la ejecucion seria una conocida temeridad que hacia inútil la autoridad de los tribunales para sentenciar, si lícitamente no podian ejecutarse sus decisiones.

40. Recordemos la citada ley del Deuteronomio, por la que se ponía al homicida estraido del asilo en manos del pariente del muerto para que ejecutase en él la pena establecida, y en su decision encontraremos el testimonio mas concluyente que puede desearse en comprobacion del intento: dice asi en el versículo 12 del capítulo 19: *mittent leniores civitatis illius, et arripiunt eum de loco effugii, tradentque in manu proximi, cujus sanguis effusus est, et morietur*. Por ella se cometia la ejecucion de la pena capital al pariente mas inmediato del muerto, que era la persona que tenia mayor interés en la vindicta, á la que no le era permitido usar de conmiseracion, sino que necesariamente le habia de hacer morir, como lo denota la palabra final del versículo *et morietur*, y las del siguiente *non misereris ejus*.

41. Se pregunta ahora si el ejecutor de esta pena obraba lícitamente en el fuero interno ó no; si se dice lo segundo se hace á Dios, de quien inmediatamente dimanaba la ley del Deuteronomio, autor del pecado; error escandaloso que hace estremecer; y si se dice lo primero es indispensable confesar que el comisionado por nuestra ley real para dar la muerte al declarado por enemigo obra lícitamente en el fuero interno.

42. El P. Calmet en la esposicion de esta ley atribuye la indulgencia que se concede al pariente del muerto á la dureza de corazon de los ju-díos, cuya esplicacion á mi parecer no es adaptable á las palabras de la ley que no es *pure* ó *negative* permisiva, que no da facultad para ejecutar el acto aunque no lo castiga, ni permisiva *positive* que concede la facultad, sin que precise á usar de ella, sino positivamente preceptiva, que impone obligacion de ejecutar lo que por ella se manda, y ningun legislador humano y mucho menos Dios han mandado cosas ilícitas por con-temperizar con las pasiones de los que han de obedecer.

43. Concluyo este Comentario refiriéndome al de la ley 82, donde con mas estension hago ver la facultad que compete á los Príncipes para cometer la ejecucion de la pena capital en determinados casos á personas particulares, aunque no preceda sentencia judicial.

Ley 77 de Toro; es la 10, tit. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y la 10, tit. 4.º, lib. 40 de la Novísima.

Ninguno de los cónyuges por delito del otro pierda los bienes multiplicados hasta la sentencia declaratoria.

Por el delito que el marido, ó la muger cometiere, aunque sea de he-regía, ó de otra cualquier calidad, no pierda el uno por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio, é mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delito los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delito sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure*.

COMENTARIO A LA LEY 77 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Segun esta ley no debe la muger recibir pena por el delito del marido, ni este por el de aquella, porque la pena corporal no se puede imponer sino al delincuente: textos de Ezequiel y del derecho romano en apoyo de lo dicho.—3. Doctrina de Covarrubias sobre que la ley humana puede imponer pena pecuniaria ú otra temporal á los hijos y nietos por los delitos de los padres, apoyándose en varios cánones y leyes romanas y en textos de autores.—4. No obstante lo espuesto, se sienta por el señor Llamas que tampoco puede imponerse la pena pecuniaria á un inocente por ageno delito.—5. Opinion de Grocio en este sentido por las razones que se esponen, y los textos de San Gerónimo y San Agustin.—6. Este autor se refiere tambien á la pena pecuniaria, pues se hace cargo de una ley romana que priva á los hijos de los traidores de los honores y herencia de estos.—7. Esta ley, aunque demasiado severa, no es injusta segun Grocio, pues causa solo daño á dichos hijos indirectamente: distincion entre causar el dolor ó daño directa ó indirectamente.—8. Lo que Santo Tomás llama pena de daño que puede imponerse sin culpa, aunque no sin causa, no es en realidad pena sino efecto de la pena ó daño que muchas veces se estiende á mas que á la persona del delincuente, segun se espone.—9. Cuando, pues, pretende Santo Tomás que puede uno ser castigado con pena de daño como haya causa, aunque sin culpa, se entiende que habla de las irregularidades que provienen de impedimento ó defecto corporal ó de ánimo que inhabilita á un sugeto para el ejercicio de algun cargo.—10. Opinion de Puffendorf, de que en los tribunales humanos es regla que ninguno puede ser castigado por delito de otro en que no ha tenido parte alguna.—11. Segun este autor no todo lo que causa pérdida ó disgusto debe reputarse por pena propiamente tal, segun se espone.—12. Distincion que hace el mismo autor de un daño que se causa directamente del que sucede indirectamente y por accidente, segun se espone.—13. El escluir, segun el mismo, de los cargos y honores á los hijos de los reos de lesa magestad, no es una pena propiamente dicha respecto de los hijos, porque pudiendo el principe dar los cargos á quien mejor le parezca, puede escluir de ellos á los que nada han hecho por su parte para hacerse indignos.—14. El escluir, pues, las leyes civiles de la herencia de los reos de lesa magestad á los hijos y privarles de obtener empleos seculares, no es imponer penas á los inocentes.—15. No deja de traer alguna utilidad al bien público el estender los efectos de las penas á los hijos de los reos de ciertos delitos por mas que se reputen inocentes, porque el amor de los padres á los hijos, hace que sean cautos para no delinquir.—*Nota.* Observaciones que debilitan la fuerza de esta reflexion y que demuestran los inconvenientes de la transmisibilidad de la pena merecida por el delincuente á personas inocentes de su familia: nuevas disposiciones que han abolido la confiscacion y demas penas antiguas transmisibles á la familia del culpado: disposiciones del nuevo Código penal que castigan el delito de heresia á que se refiere la presente ley.—16. No debiendo uno recibir pena en el cuerpo ni en los bienes por delito de otro, no debe la muger perder sus bienes propios por delito del marido, ni al contrario el marido por delito de su muger: leyes romanas en comprobacion de lo espuesto.—17. Por lo espuesto se comprueba tambien la segunda parte de esta ley que quiere que ninguno de los conortes pierda la mitad de gananciales por el delito del otro.—18. En la tercera parte declara la ley que se reputen por ganancia los bienes multiplicados durante el matrimonio hasta que

en virtud del delito se declare por sentencia los que pertenecen á cualquiera de los cónyuges: se explica qué bienes se entienden gananciales; no lo son los que se adquieren por denacion, legado ó herencia.—19. La donacion puede ser simple ó remuneratoria: opinion de Suarez y Covarrubias de que si los méritos los hizo el marido manteniéndose de los bienes gananciales, debe ser comun tambien: opinion de Pinelo sobre que la donacion remuneratoria no se debe comunicar por no provenir de causa onerosa sino lucrativa, á la que se adhiere Matienzo diciendo que la donacion simple ó la remuneratoria ni los demas bienes castrenses no se deben comunicar con la muger en cuanto á la propiedad, pero si en cuanto al usufructo.—20. Caso que cita el mismo autor en comprobacion de lo dicho.—21. Se distingue entre el caso de ganar en la guerra y el de adquirir por medio de donacion: en el primero, si el donante se mantuvo con el salario del rey ó donador, no debe comunicarse, pero sí, si se mantuvo de los bienes gananciales; en el segundo caso toda donacion simple ó remuneratoria ha de ser en cuanto á la propiedad de aquel á quien se hace, sea remuneratoria de méritos castrenses ó cuasi castrenses, porque ambos se dirigen á la persona y méritos del donatario.—22. La donacion de un amigo á otro es de aquel á quien se hace, segun la ley que se cita, porque se funda en los méritos del donatario para con el donante.—23. No debe inferirse de lo dicho que nunca puede tener lugar la distincion que hace la ley entre lo que el marido gana en la guerra yendo por soldada ó cuando va sin ella, manteniéndose de los bienes comunes del matrimonio, si siempre que el príncipe le haga una donacion remuneratoria de sus servicios, se ha de entender que es privativamente del marido, por la razon que se espone.—24. Ley en comprobacion de lo espuesto.—25. Apoya la opinion espuesta el que asi se evitan los inconvenientes que se seguirian de que las donaciones remuneratorias fuesen comunes al marido y muger en cuanto á la propiedad en especial las que consisten en una pension ánuas, segun se espone: no puede decirse que en el caso espuesto por la muerte de la muger, la mitad de la propiedad acrece al marido en quien íntegramente continúa la pension, por las razones que se alegan.—26. Admitiéndose este derecho de acrecer, si en el caso espuesto faltase el marido y sobreviviese la muger, debería acrecer á esta la parte del marido y continuaria la pension íntegra en la persona de la muger contra la voluntad del donante.—27. Son tambien bienes gananciales los frutos de los bienes de cualquiera de los consortes.—28. Para la comunion de ganancias entre los consortes es necesario que vivan juntos, esto es, durante el matrimonio, aunque esten ausentes.—29. No cesa la comunion de los bienes gananciales por delito de uno de los consortes hasta que por sentencia se declaren los bienes confiscados ó se incurra en la pena *ipso jure* no *ipso facto*, segun Molina.—30. Opinion de Suarez en el sentido de la de Molina, respecto de las penas que privan á los delinquentes de alguna cosa que poseian, y para cuya imposicion era necesaria la accion del mismo delincuente, mas si no es necesaria la accion del delincuente si la ley pone la cláusula *ipso facto*, se incurre en la pena antes de la sentencia del juez.—31. Ley que corresponde á la distincion de Suarez.—32. Siempre que la ley dispone que en la pena se incurra *ipso jure*, debe atenderse á las palabras subsiguientes con que explica su intencion el legislador, que algunas veces es de imponer mayor obligacion y otras no, en lo que está conforme el mismo Suarez.—33. Cita del derecho canónico que hace Suarez en confirmacion de su doctrina.—34. Ley de Partida que corrobora dicha doctrina.—35. Ley recopilada que testifica que para incurrir en las penas que se imponen *ipso jure* ó *ipso facto* es necesario que preceda una sentencia por lo menos declaratoria del delito.—36. Ley recopilada sobre casos en que debe decirse lo contrario.—37. Modo de conciliar la contradiccion que parece presenta dicha ley en las diversas partes de que se forma.—38. La presente ley debe considerarse como una declaracion auténtica de que las penas en que se impone privacion de bienes *ipso facto* ó *ipso jure* no deben tener ejecucion sin que preceda la sentencia declaratoria.—39. No obsta decirse que esta ley se dirige á los bienes del inocente y no á los del culpado, el que deberá perderlos desde que cometió el delito, porque dicha ley quiere que directamente sean declarados por la sentencia los bienes del delincuente y no los del que no ha tenido parte en el delito.—40. Concediendo la ley al marido y muger que en caso de ser delinquentes no se ejecute en ellos la pena de la privacion de bienes aunque se imponga *ipso facto* ó *ipso jure* hasta que preceda sentencia declaratoria del delito, no parece puede alegarse razon que coarte esta gracia á solo los casados y no la estienda á las demas clases.—41. No basta decir que la ley no se coarta á los casados, sino que se estiende á todos los demas que viven en comunion de bienes

con otros, para que los bienes del inocente no se confundan con los del culpado, por la razon que se espone: la disposicion de la ley es comprensiva de toda causa criminal sobre cualquier delito, sea cual fuere el delincuente.==42. Remision á Suarez al que quisiere instruirse mas sobre este punto.==43. La resolucion de la presente ley parecia escusada por ser sabido que en los delitos solo sufre la pena el autor de ellos.

1. Dispone la presente ley que por el delito de uno de los consortes no pierda el otro sus propios bienes, ni la mitad de las ganancias que se hiciesen durante el matrimonio, y declara que son bienes de ganancia todo lo adquirido en el tiempo del matrimonio hasta que los bienes del delincuente sean declarados por sentencia, y esto se entienda aun en los delitos en que se impone la pena *ipso jure*. Siguiendo el orden que guarda la ley en su resolucion trataremos de cada uno de estos puntos con la separacion correspondiente.

2. No debe la muger recibir pena por el delito del marido, ni este por el de la muger. Hablando de la pena corporal es constante esta máxima, fundada en el derecho natural, por que la pena es un castigo impuesto por el superior legítimo contra aquel que ha cometido algun delito. De aqui se ve que la pena supone delito, porque de otro modo no seria pena, sino injuria, y castigar á un inocente es contra justicia y derecho natural, como observa el señor Covarrubias, lib. 2, var. res., cap. 8, *in principio, et número 1, in tertia conclusionem*. El mismo Dios nos enseña esta máxima por boca de Ezequiel en el cap. 18: *anima quae peccaverit, dice, ipsa morietur, filius non portabit iniquitatem patris, et pater non portabit iniquitatem filii*. Las leyes romanas no se apartaron de este principio como lo manifiesta la ley 26, ff. de *paenis*, y la 22, C. de *paenis*, por estas palabras: *peccata igitur suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus, quam reperitur delictum*. Es, pues, constante que la pena corporal no se puede imponer sino al delincuente.

3. En cuanto á la pena pecuniaria afirma el Covarrubias en el lugar citado, conclusion 4, que la ley humana puede imponer pena pecuniaria á los hijos y nietos por los delitos de los padres, ú otra pena temporal. Prueba esta conclusion en el último párrafo del núm. 1, con la autoridad de los cánones y leyes civiles, que á los hijos y nietos de los reos de lesa magestad divina ó humana los privan de poder obtener beneficios eclesiásticos y empleos seculares. Lo mismo repite en el número 2 y en el 7, espresando en este, que en virtud de algun estatuto puede uno ser castigado por el delito de otro con pena pecuniaria, pero no corporal. Entre los varios autores que alega en favor de su conclusion 4, del número 1, cita á Santo Tomás 2 2.^{ae}, cuestion 108, artículo 4, quien en la respuesta al segundo argumento, afirma que nunca en los juicios humanos puede castigarse con pena corporal á uno que no tiene culpa, pero con pena de daño bien podrá ser castigado aunque no tenga culpa, como haya causa: continúa el santo declarando con ejemplos la doctrina referida, y dice que cuando al bigamo, homicida involuntario y leproso, se le inhabilita de obtener beneficios eclesiásticos, ó se le priva de la administracion de la iglesia, sufre este daño sin culpa suya, aunque no sin causa. Cuando el bien de que se le priva es comun y no propio, como sucede cuando á una iglesia se le priva de la cátedra episcopal por malicia de los que componen la ciu-

dad, este daño lo sufren tambien los clérigos sin culpa suya, porque el que la iglesia tenga obispo es un bien que pertenece comunmente á seculares y eclesiásticos. El tercer ejemplo es cuando los bienes de uno dependen del bien de otro, como cuando por el crimen de lesa magestad el hijo pierde la herencia del padre.

4. No obstante esta doctrina de Santo Tomás, debemos decir que ni tampoco la pena pecuniaria puede imponerse á un inocente por ageno delito. Hemos sentado arriba que la pena es *malum passionis propter malum actionis*, y de consiguiente la pena y el delito son correlativos.

5. Se propone Grocio tratar de la comunicacion de las penas, y dice en el capítulo 21, libro 2, *de jure belli, et pacis*, párrafo 12, que ningun inocente debe ser castigado por delitos de otros, en tanto grado, que ni los hijos deben serlo por delitos de los padres, ni estos por los de aquellos. Se funda para esto en que las penas se imponen segun los méritos, y siendo el mérito una cualidad personal, no deben las penas estenderse á mas que á la persona que lo ha contraido. Comprueba su opinion con el fin de la pena; este es el castigo del culpado para el ejemplo, y no podria servir de ejemplo el castigo de un inocente, antes bien se seguiria de esto que los hombres no se enmendasen si llegaban á persuadirse que para incurrir en la pena tanto servia ser inocente como culpado. Refiere, en confirmacion de su opinion, varios testimonios de San Gerónimo, San Agustín y otros Santos Padres y autores profanos.

6. Para que no se dude que la opinion del Grocio es comprensiva de la pena pecuniaria, se hace cargo en el párrafo 16 de la ley 3, *G. ad L. Jul. majestatis*, que priva á los hijos de los traidores de la herencia de estos y de los honores.

7. Responde á la dificultad que podia motivar la resolucion de esta ley, y dice que no es negable sea esta ley demasiado severa; pero con todo no se ha de decir que es injusta. A este fin se remite á la distincion que habia hecho en el párrafo 10, entre causar directa ó indirectamente el dolor ó daño, que es en lo que consiste la pena. Dice que directamente se causa el daño cuando lo que se le quita al que se le impone la pena le correspondia por oficio y obligacion perfecta, que se llama derecho propiamente tal, como son la vida, los bienes y la fama. Indirectamente causar el daño es cuando uno pierde lo que por derecho impropriamente dicho se le debia, como son la herencia y los honores. De aqui infiere en el párrafo 16, contrayéndose á la ley del código, que si á los hijos de los traidores se les escluye de la herencia y honores, no es esto imponerles pena propiamente dicha, sino causarles indirectamente daño, porque el que usa de su derecho á nadie hace injuria.

8. Contrayendo esta doctrina de Grocio á lo que hemos referido de Santo Tomás, se ve que lo que el Santo llama pena de daño, que se puede imponer sin culpa, aunque no sin causa, en realidad no es pena, propiamente hablando, sino efecto de la pena que muchas veces se estiene á mas que á la persona del delincuente, como sucede cuando el marido ó padre incurre en pena capital, que ciertamente la muger y los hijos experimentan el daño de verse privados de las utilidades que percibian por razon del padre ó marido, y sin embargo, como observa Heineccio en las prelecciones al Grocio, cap. 21, lib. 2, párrafo 1, en este caso no se puede decir que se comunica la pena á los inocentes, sino el daño

que resulta de la misma pena, sin que intervenga aquí ni culpa ni causa, para que este daño se estienda á los inocentes.

9. De esto se ve que cuando Santo Tomás pretende que puede uno ser castigado con pena de daño como haya causa, aunque sin culpa, se ha de entender que habla de las irregularidades que provienen de defecto, bien corporal ó de ánimo, ú otro impedimento ó defecto corporal que inhabilita á un sugeto para el ejercicio de las funciones de algun cargo, como sucede en el ejemplo que propone del leproso y del bígamo.

10. Con mas claridad que Grocio se esplica el Puffendorf en el cap. 3 del lib. 8 de *jure nat. et gent.*, párrafo 30, donde dice que en los tribunales humanos es una regla cierta y segura que ninguno puede ser castigado por el delito de otro en que no ha tenido parte alguna. La razon en que se funda es que todo mérito ó demérito debe ser enteramente personal, como fundado en la voluntad de cada uno, que viene á ser la cosa mas propia y menos comunicable de lo que uno tiene, y sin que preceda un tal demérito no puede darse derecho de castigar.

11. Continúa diciendo que comunmente sucede en el curso de la vida que los inocentes tienen que sufrir por ocasion de un delito de otro, y advierte que no todo lo que causa pérdida ó disgusto debe reputarse por pena propiamente tal. Reconoce que es un castigo el quedar reducido á la mendicidad por causa de la confiscacion de los bienes por un delito; ¿pero cuántos hay que cuando nacen nada tienen? ¿cuántos que pierden lo que poseían por un incendio, un naufragio ó guerra? Deben, pues, conceptuar estos accidentes como las incomodidades corporales, la enfermedad de la vejez, los desórdenes de la estacion, las inundaciones y otras desgracias semejantes, que son una secuela inevitable de la constitucion de las cosas humanas.

12. Prosigue en el párrafo 31, distinguiendo un daño que se causa directamente del que sucede indirectamente y por accidente. En el primer caso se despoja á uno de la cosa que le pertenecia por un delito propiamente tal. En el segundo se causa el daño, impidiendo el efecto de una condicion, sin la cual el que estaba privado de una cosa no podia tener derecho á ella. En comprobacion de este segundo caso pone dos ejemplos, el uno tomado de la ley 39, ff. de *damno inf.*, en que el jurisconsulto Trebacio afirma que el que abriendo un pozo en su fundo impide que las aguas vayan al del vecino, no está obligado á resarcir el daño porque se conceptúa que usa de su derecho. El otro ejemplo es de cuando al padre le confiscan sus bienes, en cuyo caso sufren los hijos el daño ó perjuicio de no poder heredar los bienes del padre, sino los conserva, y sin embargo no se puede decir que esta es una pena verdaderamente tal respecto de los hijos, á quienes no se dirige un tal despojo.

13. Repite este mismo ejemplo al fin del párrafo 32, en donde dice que el escluir de los cargos y honores á los hijos de los reos de lesa magestad no es una pena propiamente dicha respecto de los hijos, porque el Príncipe teniendo facultad de dar los cargos y honores á quien mejor le parece puede escluir de ellos á aquellos que nada han hecho de su parte para hacerse indignos, siempre que al bien público le resulte algun beneficio. A la manera que si á uno que me da gratis su casa para habitarla se la confiscase el Príncipe por algun delito, y me mandase salir de ella, que en tal caso no podia reputarse como pena propiamente tal el perjuicio que

yo experimentaba, porque el Príncipe habiendo adquirido la propiedad de la casa, no hace otra cosa que usar de su derecho, ordenándome salir de ella. Hasta aquí la doctrina de Puffendorf.

14. Aplicando esta doctrina á la ley citada del código, á la 2, título 2, Partida 7, y á los capítulos 10 y 13 *de heret.*, y al 15 del mismo título *in 6*, se comprenderá fácilmente que el escluir las leyes civiles de la herencia de los reos de lesa magestad á los hijos, y privarlos de obtener empleos seculares, y á su imitación los cánones disponer lo mismo en los hijos de los reos de lesa magestad Divina, inhabilitándolos de poder obtener beneficios eclesiásticos y empleos seculares no es imponer penas á los inocentes, porque no se les priva de un derecho propiamente tal, como sucedería si se les despojase de los beneficios que actualmente poseían, por lo que así el señor Covarrubias en el lugar citado al fin del número 4, como Cárlos Sebastian Berardi en sus Comentarios *ad jus canonicum universum*, tomo 4, parte primera, discusión 2, cap. 2, afirman que las disposiciones canónicas de que hablamos no de deben estender á los beneficios eclesiásticos que poseían los hijos de los hereges al tiempo de cometer el padre el delito.

15. No se puede negar trae alguna utilidad al bien comun el estender los efectos de las penas á los hijos de los reos de ciertos delitos por mas que se reputen por inocentes, porque el amor de los padres á los hijos y el no esponerlos á sufrir esta especie de calamidades hace á los padres mas cautos para no cometer tales delitos, como sabiamente lo notó Ciceron escribiendo á Bruto en la epístola 12. *Nec vero me fugit, dice, quam sit acerbum parentum scellera filiorum poenis lui Sed hoc preclare legibus comparatum est, ut cartas liberorum amiciores parentes Reipublicae redderet* (1).

16. De lo dicho hasta aquí resulta que no debiendo uno recibir pena en el cuerpo ni en los bienes por el delito de otro, no debe la muger perder sus propios bienes por el delito del marido, ni al contrario el marido por

(1) La fuerza de esta reflexion en apoyo de la transmisibilidad de la pena merecida por el culpado á personas inocentes que le están unidas con los vínculos de la sangre, ha sido debilitada, haciendo observar, que no todos los delinquentes que merecen penas de tales efectos, tienen padres, madres, mugeres ó hijos, ó aunque los tengan, no les profesan el cariño que se supone, y en su consecuencia, la pena respecto de ellos no tiene la trascendencia ni produce la impresion que quiere la ley y que dá fuerza á la reflexion manifestada. Di aquí resulta una desigualdad injusta al aplicar tales penas, pues que el delincuente que carezca de familia ó que por su mayor depravacion haya sofocado los sentimientos de afecto que debe á ésta, es penado menos severamente que el que tiene aquellas relaciones y conserve aun dichos sentimientos. Además, militan contra las penas espuestas razones de gran peso, además de las enunciadas por el señor Llamas. Dichas penas son contrarias al sentimiento público de simpatía ó antipatía, porque no puede menos de afectarse la compasion pública desde que se ve que recae la pena sobre una familia inocente y harto desgraciada ya por el desconsuelo y por la nota social desfavorable que ha recaído sobre ella por el delito y la pena de uno de sus individuos: y de aquí que se declare la humanidad en contra del legislador, que lejos de atender á mitigar estas desgracias, inmediata consecuencia del delito, las agrava, estendiéndolas y aumentándolas, y de aquí tambien que se debilita el respeto al gobierno. Son asimismo dichas penas muy fecundas en males. Lo mas horrible de la pena de confiscacion, dice Bentham, es la profusion, la multiplicidad de los males que produce. Considérense los eslabones de las relaciones domésticas; calcúlese el número de descendientes que puede tener una persona, y se verá cuantos individuos se encuentran ligados por aquella pena para producir una pena di-

el de la muger. Confirma esta verdad la ley 24, *C. de donationibus inter virum et uxorem*, la cual reserva á la muger en caso de imponerse pena capital al marido los bienes que haya adquirido por herencia, compra ó donacion del marido, Justiniano en la novela 434, cap. último, exceptúa la dote de la muger en caso de la confiscacion de bienes del marido por delito de lesa magestad, y lo mismo repite la ley 2, tit. 2, Partida 7. El capítulo 14 de *heret*, in 6 conserva á la muger la dote en el crimen de heregia del marido, á no ser que contragese el matrimonio con conocimiento de que el marido era herege, con lo que queda comprobada la primera parte de la resolucion de la ley presente de Toro.

17. La segunda parte habla de los bienes de ganancia adquiridos durante el matrimonio, y como estos bienes son de por mitad del marido y de la muger en cuanto al dominio y posesion, como se ha hecho ver en la ley 16 de las de Toro, quiere la presente ley que ninguno de los consortes pierda dicha mitad por el delito del otro. Cuya disposicion queda comprobada con cuanto se ha espuesto en la primera parte.

18. En la tercera declara qué bienes se han de reputar por de ganancia, y quiere que sean todos los multiplicados durante el matrimonio, hasta que en virtud del delito se declare por sentencia los que pertenecen á cualquiera de los consortes. Se dicen bienes adquiridos constante matrimonio todo lo que se aumentare en dicho tiempo, bien sea por contrato oneroso ó lucrativo, con esta diferencia, que todo lo que compraren los consortes estando juntos es de ambos, ley 1, tit. 4, lib. 10 de la Novísima, pero lo que adquieren por donacion, legado ó herencia ha de ser de aquel á quien se dona, lega ó instituye por heredero, ley 2, tit. 4, libro 10 de la Novísima.

19. La donacion puede ser simple ó remuneratoria. En la primera tiene lugar la regla establecida en dicha ley 3. En cuanto á la segunda opinan con variedad los autores. Rodrigo Suarez es de sentir que si los méritos los hizo el marido, por ejemplo, manteniéndose á costa de los bienes

recta que equivalga á uno, es necesario crear una indirecta que equivalga á diez, á veinte, á treinta, á ciento.

Las utilidades que pueden seguirse de las confiscaciones, dice Lardizabal, no son ciertamente comparables con los males que deben causar por su naturaleza misma, particularmente si son frecuentes.

Por último, dichas penas obran en sentido contrario de la ley, pues siendo este disminuir el número de delincuentes, se multiplican por ellas, puesto que los hijos de un padre rico que no tienen hábitos de trabajo y que quedan por la pena de su padre sumergidos en la miseria, recurren por lo comun á la mendicidad ó al delito mismo, revolviéndose contra el legislador que les ha herido, siendo inocentes, y las hijas recurren á la prostitucion, coadyuvando de esta suerte á la depravacion de las costumbres.

Por estas razones se han abolido dichas penas en la mayor parte de los Estados como injustas, bárbaras y antipolíticas. En España se ha dispuesto por el art. 305 de la Constitucion de 1812, vigente como decreto, que las penas no son transmisibles de padres á hijos, y como una declaracion mas esplicita y avanzada de esta idea se ha prescrito en el art. 23 del Código penal de 1848, que la ley no reconoce pena alguna infamante. Por último, se ha proclamado por la Constitucion del Reino, art. 10, que no se impondrá jamás la pena de confiscacion de bienes, pena impuesta al delito de heregia por la ley á que se refiere la presente de Toro, y que por consiguiente ha quedado abolida. El nuevo Código penal de 1848, ha abolido tambien las demas penas corporales que se imponian á los hereges por nuestras leyes recopiladas, substituyéndolas por otras que se marcan en los artículos 129 al 137 del libro 2.

comunes de los consortes, debe ser tambien comun la donacion remuneratoria, ley 1, tit. 3, lib. 3 del Fuero Real, limitacion 3. Lo mismo opina el señor Covarrubias *de just.*, cap. 7, número 39, con tal que esto no se entienda en la donacion remuneratoria que sea castrense ó cuasi castrense. Es fácil conciliar la opinion de estos dos autores, diciendo que Covarrubias habla del caso en que la donacion remuneratoria *castrense vel quasi* se le ha hecho al donatario sin mantenerse á espensas comunes de los consortes; pero cuando el donante se ha mantenido con el salario ó soldada del Rey ó donador no debe comunicarse la donacion, como espresamente lo reconoce el mismo Rodrigo Suarez al fin de la limitacion 3 citada. Cuya distincion se ve clara y espresamente establecida en la ley 2, tit. 4, libro 10 de la Novísima. Por el contrario Arias Pineló, citado por Matienzo en la glosa 6 á la ley 3, tit. 9, libro 5 de la Recopilacion, (que en la Novísima es la 2 citada) número 2 y siguientes, pretende que la donacion remuneratoria no se debe comunicar por no provenir de causa onerosa, sino lucrativa. Matienzo adhiere á esta opinion, y concluye diciendo en el número 8 que la donacion remuneratoria, asi como la simple, y demás bienes castrenses no se deben comunicar con la muger en cuanto á la propiedad, pero sí en cuanto al usufructo.

20. En comprobacion de esta doctrina refiere Matienzo el caso del doctor Montalvo, á quien por sentencia de la Chancillería de Valladolid se le adjudicó la propiedad de ciertos réditos ánuos que le habia dado el Rey en atencion á sus méritos y servicios, y los frutos se declararon por comunes en la demanda que le pusieron sus hijos, muerta su mujer. Cuya causa se sentenció con asistencia de Palacios Ruvios, como lo afirma en la repetida rub. *de donationibus inter virum et uxorem*, párrafo 65, número 65, en donde se ve que la pension concedida á Montalvo era de treinta mil maravedis.

21. Para la resolucion de esta duda me parece debe tenerse presente la diferencia que hay entre ganar en la guerra y adquirir por medio de donacion. En el primer caso obra la distincion que trae dicha ley 2 como lo reconoce el mismo Matienzo en el número 9. En el segundo se ha de decir que toda donacion, sea simple ó remuneratoria, ha de ser en cuanto á la propiedad de aquel á quien se hace, bien sea remuneratoria de méritos castrenses ó cuasi castrenses, y es la razon por qué asi como la donacion simple es de aquel á quien se hace por dirigirse á la persona del donatario, del mismo modo la donacion remuneratoria se dirige á la persona del donatario, sin que se pueda pretender que los méritos varien esta direccion y adhesion personal, antes bien la coartan y determinan mas, siendo los méritos una cualidad inherente á la misma persona.

22. En comprobacion de esta doctrina está la misma ley 3, que espresa que la donacion de un amigo á otro sea de aquel á quien se hace. No es dudable que la donacion que un amigo hace á otro se funda en los méritos del donatario para con el donante, y nadie ha pretendido que si estos méritos se han contraído durante el matrimonio deba ser comun dicha donacion á la muger, por lo que siendo aun mas privilegiada la donacion remuneratoria de méritos castrenses *vel quasi* que la de méritos comunes de un amigo á otro, si esta no se comunica á la muger, tampoco las otras deben comunicarse.

23. No debe inferirse de esto que nunca podrá tener lugar la distincion

que hace la ley entre lo que el marido gana en la guerra yendo por soldada, á cuando va sin ella manteniéndose de los bienes comunes del matrimonio, si siempre que el Principe le haga una donacion remuneratoria de sus servicios se ha de entender que es privativamente del marido, sin que se comunique á la muger, y es la razon por que la ley no habla de la donacion que el Principe hace al marido en remuneracion de sus servicios, sino de lo que gana este en el ejercicio de los despojos de los enemigos, como claramente lo manifiestan las palabras de que usa la ley, á saber: «si el marido alguna cosa ganare en la hueste del rey ó de otros y no hay repugnancia en que la distincion se observe en este caso que claramente espresa la ley, y que en el caso de la donacion trija la doctrina que queda referida por las razones espresadas, y por la diferencia que se advierte entre ganar en la hueste y ganar ó adquirir por donacion».

24. En comprobacion de esto son notables las palabras de la ley 2 de este mismo título, que dice así: «Y si fuere donadio de Rey, y lo diere á ambos, ayuno marido y muger, y si lo diere al uno, ayuno solo aquel á quien lo diere.» De aqui se ve que la ley supone que las donaciones han de ser privativamente de aquel á quien se hagan, sin que pueda pretenderse que dicha ley habla de las donaciones simples, y no de las remuneratorias, porque antes bien la presuncion está porque se debe entender de las donaciones remuneratorias. Y es la razon por que habla dicha ley, como se ve por sus palabras, de los donadios que hace el Rey, y no se debe creer que el Rey como fiel administrador de las rentas publicas haga donaciones de ellas sin otro objeto que el de ejercer la liberalidad antes por el contrario manifiesta todos los dias la esperiencia que los Principes no usan de estas liberalidades sino con aquellas personas que se han distinguido por sus servicios á la corona.

25. No es de poco apoyo para la opinion que seguimos el evitar por este medio los inconvenientes que se seguirian de que las donaciones remuneratorias fuesen comunes al marido y muger en cuanto á la propiedad especialmente en aquella especie de donaciones que consisten en una pensión anual, porque de aqui se seguiria que aun en el caso de que por ejemplo la donacion se hubiese hecho al marido faltando la muger, á quien pertenecía la mitad del capital por razon de la comunión, debería perder el marido la mitad de la pensión á prorata del capital ó propiedad que habia faltado por la muerte de la muger, y entonces esta mitad de capital, ó habria de volverse al donante contra su espresa voluntad, en la que habia manifestado queria durase la donacion íntegra por los dias del donatario, ó habria de transferirse á los hijos de la muger, como pretendian los hijos del doctor Montalvo, y entonces se seguiria otro mayor inconveniente, cual sería el hacerse hereditarias las pensiones vitalicias, no solo contra la voluntad espresa del donante, sino tambien con suño perjuicio suyo. Ni puede decirse que en el caso presente por la muerte de la muger la mitad de la propiedad acrece al marido, en quien íntegramente continúa la pensión: y el fundamento para no admitir esta salida es que el mismo derecho se le debe dar á la muger en las donaciones remuneratorias que consisten en pensión, que en las que se hacen de cierta cantidad ó cosa por una vez, es así que en las donaciones de esta especie no dirán los patronos de la opinion que impugnamos que acrece al marido por la muerte

de la muger la mitad de la cosa que pertenecía á esta, luego ni en el caso de que hablamos.

26. Además, si se admitiese este derecho de acrecer entre los consortes, se seguiría que si en el caso propuesto faltase el marido y sobreviviese la muger, debería acrecer á esta la parte del marido, y se continuaria la pensión íntegra en la persona de la muger contra la voluntad del donante, y con notable perjuicio de sus intereses.

27. Son también bienes adquiridos constante matrimonio para el efecto de comunicarse entre los consortes todos los frutos de los bienes de cualquiera de los consortes, aunque dichos bienes sean castrenses *vel quasi*, según la declaración espresa de la ley 5, tit. 4, lib. 10 de la Novísima.

28. Se requiere como condición precisa para esta comunión de ganancias entre los consortes que vivan juntos, según la ley 2, tit. *eodem*. No debe entenderse esto materialmente, de forma que impidan esta comunión de bienes aquellas ausencias que hacen los casados sin mediar divorcio. Acevedo en la ley 6, tit. 9, lib. 3 de la Recopilación, donde observa, fundado en las palabras de la misma ley, que no se requiere para que los casados hagan las ganancias comunes el que las adquieran viviendo juntos, sino que basta que se hagan durante el matrimonio aunque estén ausentes. Matienzo á la ley 2, glosa 1, número 43, y mediando divorcio tendrá aun lugar la comunión de bienes en aquel de los consortes que no ha dado causa para la separación: Palacios Ruvios *in rubrica de donationibus inter virum et uxorem*, párrafo 61, número 10. Matienzo, glosa *eodem*, núm. 43; y esto se ha de entender no solo en los bienes adquiridos antes de la separación, sino también en aquellos que se adquieren después, Palacios Ruvios, *loci citato*, Covarrubias *de matrimonio*, parte 2, cap. 7, párrafo 1, número 7, Matienzo glosa *eodem*, número 48. Pero si la causa la hubiere dado la muger, se le dará parte al marido de los bienes que ella ganare. Matienzo, *ibidem*, número 54.

29. Finalmente quiere nuestra ley de Toro que por el delito de uno de los consortes no cese entre los mismos la comunión de los bienes gananciales, hasta que por sentencia se declaren confiscados los bienes del delincuente, ó haber incurrido en la pena del delito, aun en el caso que esta se imponga *ipso iure*. De esto se infiere que en los delitos en que se impone la pena *ipso facto* no pierden los delinquentes el dominio y posesión de sus bienes hasta que por el juez sean declarados reos del delito que se les imputa como lo prueba Molina *de justitia et jure*, tract. 2, disposición 93, donde satisface á los argumentos de Alfonso de Castro, que defiende lo contrario, esto es, la opinión afirmativa.

30. Francisco Suarez en el lib. 5, cap. 8, número 3, *de legibus*, sigue la opinión de Molina, especialmente en aquellas penas que privan á los delinquentes de alguna cosa que tenían y poseían, y para la ejecución de dichas penas era necesaria la acción del mismo delincuente, como sucede cuando se priva á alguno de cierta parte ó del todo de sus bienes, en cuya posesión se hallaba, ó de algún beneficio eclesiástico etc. á causa de que para verificarse la espresada pena se necesita la acción del delincuente, por la que haga la dimisión ó abdicación de los bienes de que la ley le priva; pero en las penas que no es necesaria la acción del delincuente en el modo que se ha referido, opina que si la ley pone la cláusula de *ipso facto* ú otra equivalente se incurre en la pena antes de la

sentencia del juez, cap. 9, número 4, donde entre las penas que no necesitan la acción del delincuente, pone aquellas que le privan de la voz activa ó pasiva en las elecciones, ó le constituyen incapaz de adquirir bienes algunos etc. en cuyos casos ninguna acción es necesaria para que se cumpla la pena de la ley. A esta distinción de Suarez corresponde la disposición de la ley 4.ª Título 6.ª Partida 7.ª donde refiriéndose varios hechos que infaman á los hombres, ordena que por cualquiera de ellos seán infamados aunque no sea dada contra ellos sentencia, porque la ley y el derecho los infaman, cuya pena ciertamente es de aquellas que no necesitan de la acción del delincuente para su ejecución.

32.º Pero séase lo que se quiera de la distinción que se ha referido de Suarez entre las penas que necesitan de la acción del hombre para su ejecución, y en que no la han de menester, lo cierto es que siempre que la ley dispone que en la pena se incurra *ipso facto* ó *ipso jure*, debe atenderse á las palabras subsiguientes con que esplica su intención el legislador, que algunas veces es de imponer mayor obligación, y otras no, bien lo que está conforme el mismo Suarez en el número 6 del citado cap. 8, donde después de haber manifestado en el número 3, que las palabras *ipso facto* ó *ipso jure*, siempre producen algún efecto, cual es el de considerarlas como una sentencia condenatoria que en cierto modo disminuye en el reo la facultad del uso de sus bienes hasta que se da la sentencia declaratoria, en virtud de la cual se retrótrae su virtud y eficacia al tiempo en que se cometió el delito, sin obligar antes al reo á hacer abdicación de sus bienes, dice que no deben ampliarse los efectos de estas leyes penales por la razón general de que las penas mas bien se deben templar y disminuir, que aumentar y agravar, y porque el uso común las interpreta de este modo, y siempre que las leyes quieren imponer mayor obligación añaden otras palabras con que esplican mas su intención.

33.º En confirmación de esta doctrina cita Suarez en el mismo número el 49 de *hereticis* in 6, en el que sin embargo de imponerse la pena de confiscación de bienes *ipso jure* á los que han incurrido en el delito de herejía, se ordena que antes que el Soberano pase á ejecutar la ocupación de los bienes, haya de preceder la sentencia del obispo declaratoria del crimen, con cuya limitación claramente se manifiesta que las palabras *ipso jure* no deben entenderse con el rigor que á primera vista indica la expresión.

34.º La ley 4.ª Título 2.ª Partida 7.ª presenta un claro testimonio de la doctrina que se ha referido de Suarez: tratándose en ella del que ha cometido el delito de traición, se dispone que ningún contrato que haya hecho el reo desde que comenzó á andar en la traición hasta el día en que se dió la sentencia contra él no deba valer, dando por razón que si maguer fuese en tenencia de los bienes á la sazón que los enagenaba, perdido habia ya el señorío por su maldad, y era ya de la cámara del Rey, «donde se ve que después de suponer la ley que el reo ó delincuente está privado del dominio de sus bienes, todavía requiere que subsiga una sentencia declaratoria del delito, la que en realidad tiene el efecto retroactivo al tiempo que se cometió. Conformase esta ley con lo dispuesto en la ley 8.ª *Quod legem Juliam majestatis*, segun el obispo de Toledo en su obra.

35.º Todavía está mas clara en este punto la ley 4.ª Título 7.ª lib. 4.ª del

la Novísima en que el Rey don Juan el II haciéndose cargo de que algunos de sus vasallos habían sido privados de sus bienes y oficios por delito de traición, así por los Reyes sus progenitores como por él mismo, sin haber sido antes oídos, mando que fuesen citados ante sí y compareciesen para oírlos y administrarles justicia, dando por razón que no era su voluntad que los tales pierdan sus bienes y oficios sin que primero sean oídos y vencidos, y se guarde lo que las leyes de nuestro reino en tal caso mandan. En cuyas disposiciones claramente se da á entender que para incurrir en las penas que se imponen *ipso facto* ó *ipso jure*, siempre es necesario que preceda una sentencia por lo menos declaratoria del delito.

Lo contrario se ha de decir en los casos de que habla la ley 5, tit. 41, lib. 5 de la Recopilación (no inserta en la Novísima) en que ordenaron que en la venta de mercaderías y mantenimientos ni otras cosas algunas, no sean osados los que vendieren ó contrataren á pedir el precio por reales ni medios reales, sino por maravedís, bajo la pena de aquella persona ó personas que lo contrario hicieren por ese mismo hecho sin preceder á ello ni para ello otro conocimiento de causa ni otra sentencia ni declaración alguna, hayan perdido y pierdan la mercadería ó mercaderías, mantenimientos ó proveimientos ó otras cualesquiera cosas que así vendieren por que pidieren los dichos reales ó medios reales, y sea repartido en esta manera la tercia parte para el que lo acusare, y la otra tercia parte para el juez que lo sentenciare, y la otra tercia para nuestra cámara y fisco. Si puede conciliarse la contradicción que á primera vista presenta la disposición de esta ley en la parte que ordena que el vendedor que pide por reales y medios reales pierda por el mismo hecho la cosa que intenta vender, sin que preceda otro conocimiento de causa, ni otra sentencia ni declaración alguna, con la que subsigue en que hace el repartimiento de los bienes confiscados, y señala una tercera parte al juez que sentenció la causa, lo que en mi concepto no admite conciliación, á no ser con la explicación arriba insinuada, de que en los casos de que las penas se imponen *ipso facto* ó *ipso jure*, siempre debe preceder para su ejecución la sentencia declaratoria del delito; habrá de decirse que la presente ley es de aquellas que dice Suarez, que por las subsiguientes palabras al *ipso facto* ó *ipso jure*, manifiestan quieren imponer mayor rigor, explicando mas su voluntad de que pone un ejemplo en el número 10, to. 6, mando del cap. 14 de *elect. in* 6, en el que se ordena que si el que recibe un beneficio parroquial sin estar ordenado del sacerdote, y no se ordena por culpa suya dentro de un año, se le impone la obligación de renunciarlo, cuya obligación inmediatamente obra sus efectos en el fuero de la conciencia, como lo indican las siguientes palabras: *quod si intra idem tempus promotus non fuerit Ecclesia sibi commissa, nulla etiam premissa mentione presentis constitutionis auctoritate privatus.*

Por último la decisión de la presente ley debe considerarse como una declaración auténtica de que las penas en que se impone privación de bienes *ipso facto* ó *ipso jure*, no deben tener ejecución sin que preceda la sentencia declaratoria, porque en ella habiéndose generalmente de cualquier especie ó calidad de delito, y especificando el de herejía, se ordena que ni el marido por el delito de la muger, ni la muger por el del marido, pierda sus bienes el inocente, y la mitad de las ganancias habidas durante

el matrimonio, hasta que por sentencia sea condenado el culpable, aunque el delito sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure*.

39. Acaso se dirá que la disposicion de la ley solo se dirige á los bienes del inocente, y no á los del culpado, el que deberá perderlos desde que cometió el delito; pero sin embargo, debe decirse que los bienes que quiere la ley que directamente sean declarados por la sentencia son los del delincuente, no los del que no ha tenido parte en el delito, y es la razon porque la sentencia en las causas criminales directamente se profiere contra los delinquentes, é indirectamente ó por consecuencia se absuelve á los inocentes.

40. Si, pues, al marido y á la muger les concede la ley que en caso de ser delinquentes no se ejecute en ellos la pena de privacion de sus bienes, aunque se imponga *ipso facto* ó *ipso jure*, hasta que preceda sentencia declaratoria del delito, no parece pueda alegarse ninguna razon solida que coarte esta gracia y prerogativa á solo los casados, y no la estienda á las demas clases que no gozan de dicha cualidad.

41. Tampoco aprovecha decir que la disposicion de la ley no se coarta á los casados, sino que se estiende á todos los demas que viven en comunion de bienes con otros, á fin de que los bienes del inocente no se confundan con los del culpado, y la razon es clara, porque las causas criminales se instauran y ordenan para acreditar el delito, descubrir su autor é imponerle la pena correspondiente, sin descender á la averiguacion de los bienes del culpado; siendo, pues, este el objeto de toda causa criminal, es claro no pudo ser el fin que se propuso la ley el no perjudicar en sus bienes al inocente, á quien siempre le quedaba reservado el juicio de division ó particion para hacer constar los que eran de su pertenencia, de que se convence que la disposicion de la ley es comprensiva de toda causa criminal sobre cualquiera delito, sea cual se fuese el delincuente.

42. Quien quisiere instruirse mas en este punto puede consultar á Suarez en el libro citado desde el capítulo 5 hasta el 10, donde refiere las varias opiniones de los autores que le habian precedido, é impugna con la solidez que acostumbra las que le parecen poco fundadas. En el capítulo 8, número 1, indica la razon por qué en las censuras y suspension cuando se impone *ipso jure*, nace obligacion en el culpado á su observancia antes de la sentencia declaratoria.

43. Antes de concluir este Comentario no puedo menos de notar que la resolucion de la presente ley parecia escusada por ser cosa bien sabida que por el delito del marido, y vice-versa por el de la muger, no debia ser privado el inocente de sus propios bienes ni antes ni despues de la sentencia, y Palacios Ruvios, que asistió á su formacion, nos dice que instó mucho para que se estableciese sin alegar otra razon que la comun y general que todos saben de que en los delitos solo sufre la pena el autor de ellos (1).

(1) Véase la nota al núm. 45, donde se esponen las alteraciones que han sufrido las leyes á que se refiere la presente.

el matrimonio, hasta que por sentencia sea condenado el culpable, aunque el delito sea de tal calidad que imponga la pena por el. 39. Acaso se dirá que la disposición de la ley solo se dirige á los delitos de adulterio, y no á los del culpado, el que deberá ser castigado desde que comete el delito; pero sin embargo, debe decirse que los bienes que por la Ley 78 de Toro: es la 11, tit. 9.º lib. 5.º de la Recopilación, y la 11, tit. 4.º lib. 10 de la Novísima.

La mujer casada pueda perder por delito los gananciales y demás bienes que la pertenecían.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

COMENTARIO A LA LEY 78 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1.º Resumen de la ley.==1. Casos en que por derecho romano por delito de la mujer ganaba el marido su dote ó era preferido el fisco.==3. Disposiciones de Justinián sobre lo mismo.==4 y 5. Interpretación de estas disposiciones.==6. Esposición de las mismas por Cujacio.==7 al 9. Opinión de Antonio Matheo de que la mujer no perdía por dichas leyes la donación *propter nuptias* si por delito del marido se publicaban sus bienes, por las razones que se exponen.==10. La ley presente de Toro corrigiendo las disposiciones del derecho civil, establece que pueda ser privada la mujer por delito del todo ó parte de sus bienes de cualquier naturaleza que sean, bien dotales, parafernales ó adquiridos constante matrimonio.==11 y 12. Por esta disposición se priva al marido de lucrar la dote de su mujer en todos los delitos comunes, haya ó no confiscación de bienes, quedando la dote y demás bienes de la mujer obligados á las penas fiscales ó aplicados á la parte agraviada, de suerte que el marido no solo no escluye al fisco y demás interesados en las multas pecuniarias de la mujer, sino que ni priva á esta de la parte de dote que le resta despues de satisfechas aquellas.==Nota. La pena de confiscación de bienes se halla abolida en el día.==13. Clases á que se reducian las penas capitales, segun derecho civil, y á que era consiguiente la confiscación.==14. Casos en que tenia esta lugar respecto de las mujeres.==15. Solo pues en el caso de que la mujer se hacia sierva de la pena por la que perdía la libertad y se disolvía el matrimonio, si lucraba para sí el marido la dote perdiéndola la mujer, y no existiendo esta servidumbre entre nosotros, no puede en virtud de la ley de Toro adquirir el marido para sí la parte de dote que reste despues de satisfechas las multas en que ha incurrido la mujer: nuevas razones en favor de lo mismo.==16 y 17. La regla de que adquiera la dote el fisco en los delitos expresados, no rige en el caso de que el marido haya estipulado adquirir la dote disuelto el matrimonio, y en tal caso, no siendo la pena de aquellas por las cuales se

disuelve el matrimonio, lucra el fisco la dote hasta que este se disuelva, que entonces debe restituirla al marido, cuya escepcion admite la ley de Toro = 18. Lo mismo debe decirse cuando la dote no es propia de la muger sino de su padre ó algun extraño que estipularon se les volviera disuelto el matrimonio. = 19. Duda sobre si por derecho civil debe comprenderse en las escepciones que hace Justiniano para la preferencia del fisco, el delito de heregia: opinion de Antonio Mathéo por la negativa: ídem de Antonio Pérez por la afirmativa = 20. La novela de Justiniano solo habla de los delitos en que habia confiscacion por las leyes antiguas, por lo que en los demás nada alteró. = 21. Esta cuestion en nada contribuye á la inteligencia y esposicion de la ley real, la que sin distincion de delitos, sujeta la dote de la muger á las penas pecuniarias en que haya incurrido. = 22. Clase de bienes propios de la muger que la ley iguala á la dote.

1. Dispone la presente ley que la muger por delito propio pueda perder durante el matrimonio sus bienes, bien sean dotalés, de ganancia ó de cualquier otra calidad.

2. Establecia el derecho civil que cuando á la muger constante matrimonio se la condenaba por algun delito á pena capital por la que perdía la vida, la libertad ó la ciudad, adquiriese el marido la dote, ley 2.ª y 3.ª ff. de bonis dam., á no ser que fuese rea de lesa magestad, violencia publica, parricidio, veneno ó homicidio; porque en estos cinco casos se publicaba á favor del fisco la dote con esclusión del marido leg. 3.ª eod. tit.

3. Deseando el emperador Justiniano reducir, no solo las penas corporales, sino tambien las pecuniarias, mitigándolas en parte, ordena en la novela 131, capítulo último, que aquellos que son acusados por delitos en los que las leyes imponen muerte ó proscripcion, si son convencidos ó condenados, sus bienes no deben pertenecer á los jueces ni sus oficiales, ni aplicarse al fisco, segun lo disponian las leyes antiguas, no siendo en el crimen *lesae majestatis*, en el que manda se guarden las antiguas leyes. De donde infiere Antonio Mathéo de *criminalibus* ad tit. 2. lib. 48, ff. capítulo 3.º número 22, que en el delito de parricidio, veneno, homicidio y fuerza publica, debe lucrar el marido la dote de la muger con preferencia al fisco.

4. Parece mas fundado, atendida la disposicion de dicha novela, que el marido no se prefiera al fisco en los cuatro delitos de que se hace mencion, fundándose en que en dicha novela se ordena la preferencia al fisco unicamente á los descendientes y ascendientes hasta el tercer grado, y caso de no haberlos se admita al fisco, y aunque en la misma se prefiere la muger en la dote y donacion á los ascendientes y descendientes, no es esta bastante razon para inferir que en el delito de la muger se ha de dar igual preferencia al marido, no solo respecto de los descendientes y ascendientes sino tambien del fisco, no dirigiéndose la disposicion de la novela á mejorar la condicion de los maridos sino de los ascendientes y descendientes, y si los maridos no eschuyen á estos, tampoco deberán escluir al fisco, que es llamado en su defecto.

5. Aunque esta ilacion parezca fundada en la novela citada no deja de tener alguna inverosimilitud si se atiende á que solo habla de la muger espresando que por el delito del marido debe retener la dote y lucrar la donacion *propter nuptias*, pero se satisface con decir que habiéndose propuesto moderar las proscripciones es de presumir quisiere se observase en favor del marido lo que disponia en gracia de la muger cuando era reo el marido.

6. Jacobo Cujacio en la esposicion de esta novela advierte que en ella no se innova la disposicion de la novela 42 y 44 por las que se confiscan los bienes de aquel que contrae incestuosas nupcias, y de aquellos que despues de haber disuelto el matrimonio por el voto de castidad vuelven a casidad faltan a ella.

7. Preguntó Antonio Matheo en el lugar citado si perderá la mujer la donacion *propter nuptias* si por delito del marido se publican sus bienes; y aunque á primera vista aparece que á imitacion de lo que se ha dicho de la dote que la luera el marido por el delito de la mujer, á escepcion de los cinco delitos espresados, debia la muger lucrar la donacion *propter nuptias*, sin embargo, resuelve que no guarda paridad la donacion con la dote en esta parte, porque el emperador Constantino en la ley 24 C. de donacione inter virum et uxorem, sin hacer distincion de delitos conserva á la muger toda donacion del marido, como si este hubiera acabado por muerte natural y no por la pena. En lo que se ve es mejor la condicion de la muger que la del marido, pues no lucrando este la dote en los cinco delitos, exceptuados la muger lucra la donacion en todo delito del marido.

8. Se hace cargo que es posterior á la ley citada del emperador Constantino la constitucion de los emperadores Arcadio y Honorio que se halla en la ley 5. C. *ad legem Julianam majestatis*, por la que en el párrafo 5. se priva á las mugeres cuyos maridos fuesen reos de lesa magestad ó de traicion de las donaciones que hayan recibido de ellos, si ha sido con la condicion de reservar la propiedad á sus hijos, y dispone que las adquiera el fisco.

9. Satisfaciendo á esta dificultad dice que la constitucion del emperador Constantino no se deroga por la de Arcadio y Honorio sino se modera y tempera en la parte que adjudica al fisco las donaciones hechas á las mugeres con la condicion de que reserve á los hijos la propiedad, de cuya expresion infiere que si las donaciones no se hacen con esa condicion no tendrá preferencia alguna el fisco en ellas, sino que quedarán íntegramente de las mugeres, y así concluye afirmando que en la donacion *propter nuptias* no tendrá decho alguno el fisco si pertenece á la muger plena y no solo quanto al usufructo, como cuando no tiene hijos de aquel matrimonio, ó aunque los tenga no pasa á contraer segundo matrimonio, ley 3. y siguientes de *secundis nuptiis*, novela 2. cap. 1 y 4. y novela 22, cap. 23.

10. Corrigiendo la ley real de Toro las disposiciones del derecho civil establece que pueda ser privada la muger por delito del todo ó parte de sus bienes de cualquier naturaleza que sean, bien dotales parafernales, ó adquiridos matrimonio constante.

11. En virtud de esta disposicion se priva al marido de lucrar la dote de su muger, no solo en los cinco delitos exceptuados en la ley 3. citada que quedaron reducidos á uno en el capítulo último de la novela 134, sino en todos los demas delitos comunes, haya ó no confiscacion de bienes (1) quedando la dote y demas bienes de la muger obligados á las penas fis-

(1) La pena de confiscacion de bienes se halla abolida por el art. 10 de la Constitucion. Véase para la mayor inteligencia de este Comentario la nota al número 15 del anterior.

tales, aplicados en la parte agnaviada, de forma que el marido no solo no excluye al fisco y demás interesados en las multas pecuniarias de la muger, sino que ni priva ni esta de la parte de la dote que de reste después de satisfechas aquellas multas sup. *omnes multas & erbaq. us. ob. omnia vel 21.* He dicho que el marido no priva á la muger de la parte de la dote que quedé sobrante después de satisfechas las condenaciones pecuniarias, porque no se crea que corrigiendo nuestra ley el derecho civil en la parte que concedía la preferencia al marido respecto del fisco en la dote de la muger delincuente, conservaba dicha preferencia ó derecho al marido de adquirir y lucrar el sobrante de los bienes de la muger satisfechas que sean las penas pecuniarias. *omnes multas & erbaq. us. ob. omnia vel 21.*

Las penas capitales por derecho civil se redujian á tres clases, á saber: por las que se privaba al reo de la vida, de la ciudad ó de la libertad, *leg. 2, ff. de poenis.* A estas penas era consiguiente la confiscación de los bienes aunque no se espresase en la ley, *leg. 1 y 2, ff. de bonis damn.*, y la 2.ª *Ord. bonis proscriptis* Malheir. tit. 18, cap. 2, *de pub. bon.*

Esta regla era general en los hombres. En las mugeres solo debía lugar la confiscación de la dote en los cinco delitos de que hace mención la ley 3.ª citada. En las otras penas capitales en que no se confiscaba la dote se procedía con distinción, ó se disolvía el matrimonio, como sucedía cuando se hacía sierva de la pena, *leg. 1 ff. de divortio*; y en tal caso lucraba el marido la dote, *leg. 5, ff. de bonis damn.* y si no se disolvía el matrimonio por la pena capital que sufría la muger, como acontecía en la deportación á alguna isla, permanecía la dote de la muger, aunque la retenía el marido todo el tiempo que duraba el matrimonio, y llegado el caso de disolverse este, podía la muger repetirla, *leg. 7 §. ff. de bonis damn.* Antonio Pérez *in tit.*, *Ord. bonis proscriptis* número 8.º *sup.*

15. Solo, pues, en el caso de que la muger se hacía sierva de la pena, por la que perdía la libertad y se disolvía el matrimonio, lucraba para sí el marido la dote perdiéndola la muger y con lo que no habiendo entre nosotros esta servidumbre de la pena, y estando aún derogada por el emperador Justiniano en el cap. 8.º de la novela 22.ª es consiguiente decir que en virtud de la ley de Toro no puede pretender adquirir para sí el marido la parte de dote que reste después de satisfechas las multas en que haya incurrido la muger. Esto mismo denotan sus palabras: *Puede perder en parte ó en todo sus bienes* y pues si el marido adquiriera el sobrante se seguiría que siempre perdía la muger toda la dote. Se persuade esto mismo de la uniformidad con que habla la ley de la dote y de los demás bienes de la muger aunque sean parafernales. Estos nunca los lucraba el marido por el delito de su muger, con que ni los dotaes sobrantes debían hacerse del dominio del marido.

16. La regla de que el fisco adquiriera la dote de la muger en los cinco delitos espresados no rige en el caso de que el marido haya estipulado adquirir la dote disuelto el matrimonio, segun se infiere de la ley 3 y 4, *ff. de bonis damn.*, Antonio Gomez, número 3, Antonio Perez *loc. cit.*, y Matienzo en la ley 11, tit. 40, lib. 3 de la Recopilacion, glosa 2, número 1, y en tal caso no siendo la pena de aquellas por las cuales se disuelve el matrimonio, lucrará el fisco la dote hasta que se verifique la disolución del matrimonio, que entonces deberá restituirla al marido, Gomez número 6.

Esta misma escepcion admite la disposicion de nuestra ley de Toro, según Gomez y Matienzo en los lugares citados. y así la ley de Toro. 18. Lo mismo debe decirse quando la dote no es propia de la muger, sino de su padre ó algun extraño que estipularon se les volviera disuelto el matrimonio; Gomez número 6. y Matienzo *loc. cit.*, fundados en la ley 24. *C. de jure dot.* la que espresamente dice que quando se disuelve el matrimonio por delito de la muger, adquiere el marido la dote si esta se la dió el marido el padre ó el extraño sin pacto de que la volviese disuelto el matrimonio. Como Justiniano por la novela 134. capítulo último, abolió las confiscaciones tanto en los bienes del marido como de la muger, disponiendo que los padres é hijos hasta el tercer grado eschuyesen al fisco, escepto en el delito de lesa magestad; y que se le reservase á la muger ilegal la dote y donacion *propter nupt.* y así era pobre se le reservase la cuarta parte de los bienes del marido; novela 145. cap. 5. auténtica *praeterea*, *C. unde vir et uxor*; dudan los autores si por derecho civil deberá entenderse tambien escludido el delito de heregia; Antonio Mateo en el capítulo 2. citado número 6. intenta persuadir que el delito de heregia no se debe considerar como esceptuado de la novela de Justiniano; pero Antonio Perez en el *C. de bonis prosc.* número 20. persuade lo contrario con leyes del derecho civil, no debiéndose extrañar que Mateo no las admita por favorecer su propia causa. Nótese que la novela 134. en el capítulo último, solo habla de los delitos en que había confiscacion por las leyes antiguas, por lo que se ha de decir que en los demás delitos nada alteró, y así como á la muger se le conserva la dote y donacion condenado el marido, es verosimil que condenada la muger se le conserve al marido la dote y donacion; Mateo cap. 3. título 2. lib. 48. ff. número 23. Pero sea lo que fuere de esta cuestion, en nada contribuye á la inteligencia y disposicion de la ley real, la que sin distincion de delitos, generalmente sujeta la dote de la muger á las penas pecuniarias en que haya incurrido, bien deban aplicarse al fisco ó á cualquier otro interesado, no pudiendo dudarse que si la dote no goza privilegio respecto de las penas que no pertenecen al fisco, con mayor razon no podrá eximirse de las penas fiscales. Por último, como la ley real iguala la dote con los demás bienes propios de la muger, conviene notar que estos son de quatro géneros: dotales, parafernales, adquiridos constante matrimonio y propios de la muger, de los cuales no tiene el marido la administracion; Matienzo en la glosa 4. de esta ley.

hacia la parte de civil y 2.ª por el noble del privilegio de homicidio de delito cometido por el homicida, pero si variase esta ley, en el caso que se aplica la pena al noble descendiendo la deuda de delito cometido por el homicida, y se aplica la pena del privilegio.==12. Opinión de Hovis sobre la ley 79 de Toro, es la 6.ª, tit. 2.º, lib. 6.º de Recopilación, y la 40, tit. 2.º, lib. 6.º de la Novísima.

El privilegio de no ser presos los hijosdalgo no se estienda á las deudas procedentes de delito ó cuasi.

Ordenamos é mandamos que las leyes de estos nuestros reinos que disponen que los hijosdalgo é otra persona, por deuda no puedan ser presos, que no haya lugar ni se platiquen, si la tal deuda descendiere de delito ó casi de delito, antes mandamos que por las dichas deudas estén presos como no fuesen fijodalgo ó exemptos.

COMENTARIO A LA LEY 79 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2 y 3. Leyes por las que se concedía á los hijosdalgo el no ser presos por deuda.—4 y 5. Ley de Partida que espresa lo que se entiende por hidalgufia.—6. Etimología de la palabra hidalgo: los hijosdalgo de que habla esta ley son los que tienen la hidalguía por linaje que se comenzó en otros y ellos la heredaron: opinión de Vargas sobre que la nobleza ó hidalguía es de privilegio del rey.—7. Opinión de Febrero en el mismo sentido: división de la hidalguía en tres clases: privilegios de que goza cada una de ellas.—8 y 9. Se espresa que sea delito y cuasi delito según Heineccio.—10. Duda si el noble puede renunciar el privilegio de no ser preso por deuda civil: opinión de Gomez y Acovedo por la negativa: ídem de Covarrubias por la afirmativa: la ley recopilada que se cita declara que no pueden los nobles renunciar este privilegio.—11. Clase de deuda que se entiende descendiendo de delito ó cuasi delito.—12. Quiénes están exentos de poder ser presos por deuda.—13. Cesan estas exenciones en las deudas que provengan de delito ó cuasi delito.—14. Duda si el hijodalgo como fador en causa criminal podrá ser preso por deuda: práctica á favor de la afirmativa citada por Bobadilla.—15. Distinción del mismo sobre que el hijodalgo debe estar preso por la condenación que se aplica á la cámara, porque entonces se llama la causa criminal, pero no cuando se aplica á la parte, porque es causa civil.—16. Observaciones sobre esta distinción: no basta que se forme la causa por delito para que sea criminal, sino que además se requiere que se proceda en ella en desagravio de la vindicta publica, pero si el actor solo pide que se le indemnice del daño recibido, entonces la causa es civil.—17. Redúcese pues la distinción de Bobadilla á que cuando la pena se aplica al fisco, la causa es criminal, y se comprende en la ley de Toro, y cuando la aplicación se

hace á la parte es civil y goza el noble del privilegio, porque entonces la pena no descende de delito cometido por el hijodalgo, pero si valiese esta razon, tampoco en el caso que se aplica la pena al fisco descende la deuda de delito cometido por el hijodalgo, y así debia de gozar del privilegio.=48. Opinion de Hevia Bolaños, sobre que se puede prender al hijodalgo en ambos casos por la razon que se espone.=19 y 20. Opinion de Narbona sobre que la razon porque la ley dispone que puedan ser presos los hijodalgos por deuda que provenga de delito ó cuasi delito es que el privilegio concedido á aquellos de no poder ser presos por deuda no les sirviese de pretexto para delinquir, por lo que no deben considerarse los hijodalgos privados de su privilegio cuando salen por fiadores por alguno por alguna causa criminal, puesto que el hecho de fiar por otro es una obra de piedad y caridad, segun el texto del Ecclesiastes que se cita.=21. Ni basta que la deuda provenga de delito para privar al hijodalgo de su privilegio, sino que ha de ser dimanada de delito propio, segun se espone.=22 y 23. Opinion del señor Illamas sobre que el hijodalgo constituido fiador en una causa criminal, no puede ser preso para compelerle á satisfacer la pena pecuniaria á que se obliga, porque la deuda que contrae el hijodalgo que sale fiador en causa criminal no descende de delito ni cuasi delito.=24. Para esto era necesario que el delito ó cuasi fuese causa de la deuda, lo que no sucede, pues no se constituye deudor por el delito, sino por la fianza, por lo que la deuda en rigor descende de un contrato por el que se obliga el fiador á la satisfaccion de su principal, segun se espone.=25. No obsta decir que la obligacion accesoria de la fianza debe participar de la naturaleza de la principal, porque si bien es cierto en cuanto á la precision de satisfacer la deuda, no en el modo de exigirla que en el reo es pena y en el fiador contrato de fianza.=26. Razon de la diferencia apuntada por Narbona.=27. Nueva razon de Narbona en corroboracion de su opinion, sobre que siendo necesario para que el noble pierda el privilegio de su inmunidad que la deuda descienda de la perpetracion del mismo delito, y no pudiéndose decir esto de la deuda que contrae el noble por la fianza, se dice mas bien que nace del consentimiento en salir fiador que de algun delito.=28. Por la fianza que da el hijodalgo no se puede inferir que renuncia de su privilegio tácitamente, y el hijodalgo aun espresamente no puede renunciar de su privilegio, por lo que el hijodalgo, fiador en causa criminal, no puede ser preso por la deuda que resulte de la fianza.=29. El hijodalgo que sale fiador de un arrendatario de rentas reales no puede ser preso en virtud de la fianza, segun Narbona, no obstante poder serlo aquellos, aunque fuesen hijodalgos, y aunque el hijodalgo sea deudor al fisco por otra causa no puede ser preso, por lo que opina que es falsa la opinion de Bobadilla arriba espuesta.=30. Es pues constante que el hijodalgo, fiador en una causa criminal, no puede ser preso por la deuda que contrae y resulte de delito ó cuasi delito.=Nota. En el dia nadie puede ser preso por deudas puramente civiles.

1. Dispone y declara la presente ley que las leyes que ordenan que los hijodalgos y otras personas no puedan ser presos por deuda, no hayan de tener lugar cuando la deuda descendiere de delito ó cuasi delito, pues deben ser presos por dichas deudas como si no fueran hijodalgo, exentos.

2. Las leyes á que se refiere la presente, y por las que se les concedia á los hijodalgos el privilegio de no poder ser presos por deuda, son la 4.ª y 5.ª del tit. 2.º lib. 4.º del Ordenamiento real, insertas en las leyes 2 y 9, tit. 2.º lib. 6.º de la Novísima.

3. La primera de dichas leyes es del rey don Alonso XI en las córtes de Alcalá, en la que les concede á los hijodalgo el privilegio, entre otros, de no poder ser presos por deuda, á no ser que sean arrendadores de los pechos reales: ni de ser puestos á cuestion de tormento, y la segunda, que es de los Reyes católicos, es conforme de la antecedente.

4. Antes de tratar de los casos en que goza ó no de la exencion de poder ser preso por deuda, segun la presente ley, será conveniente indicar qué sea hidalguía, y quién sea hijodalgo con arreglo á nuestras leyes patrias.

ol 509 El docto y erudito Ojalora en su libro intitulado *summa nobilitatis Hispanie*, en la parte 2.ª capítulo 4.º número 2.º dice que no leyó jamás cómo y cuándo empezaron los hijosdalgos en España; pero sin embargo de que se ignore el principio de la hidalguía, sabemos qué cosa es esta por la ley 3.ª título 2.º Partida 2.ª en donde nos dió el rey D. Alonso la descripción de ella, diciendo que la hidalguía es nobleza que viene á los hombres por linage; y en la misma ley nos dice también que los hijosdalgos son los hombres escogidos de buenos lugares, *el que han algo*, que tanto quiere decir en lengua de España como *bien*, y que por eso los llamaron hijosdalgo, que muestra tanto como hijo de bien. *libro 3.º*

16. Se detienen continuamente nuestros autores en examinar la etimología de la palabra hijosdalgo, que quiere que equivalga á hijo de bien; y cuál ha de ser el bien ó el algo de que ha de estar dotado el hijosdalgo, y cómo debe entenderse qué la hidalguía provenga á los hombres por linage; pero sin detenerme á enfrir en estas discusiones que se encuentran entre otros en el señor Covarrubias en el lib. 4.º cap. 15.º números 9 de sus varias, en Ojalora cap. 3.º García glosa 8.ª número 49.º y 37.º de *Hispania nobilitate*, y Morenó de Vargas en el discurso 2.º de la Nobleza de España me limitaré solo á decir que los hijosdalgo de que habla la presente ley son aquellos que tienen la hidalguía por linage que se comenzó en otros, y ellos la heredarán, como espresamente lo dice la ley 3.ª de la Partida citada; pero esto no se ha de entender, segun el mismo Vargas que la hidalguía se heredó de Adán ó de Tubal, que pobló á España, sino de aquellos en quienes comenzó y tuvo principio por la aceptación del Rey, la cual ellos consiguieron por su virtud, por su seso, y por su bondad, y la dejaron á sus descendientes, los cuales por ser de este su linage son llamados hijosdalgo por linage, pero no lo son sino por la gracia del Rey, hecha á ellos en cabeza de los primeros, la cual gracia es el origen y el fundamento de sus hidalguías, y así la definición de Bartolo de que la nobleza es una cualidad concedida por el Príncipe por la cual el que la tiene se hace mas que los plebeyos, consta sero verdadera sima, pues declara el ser y sustancia de la nobleza política, y comprende la que proviene por linage, y porque esta mas propiamente es sucesion y continuación de la que el Rey concedió al primero de aquel linage. *vol. 1.º*

17. Febrero en el lib. 3.º cap. 1.º párrafo 3.º número 443.º de dos cinco juicios, conviene con la doctrina del Vargas, diciendo que la nobleza ó hidalguía de Castilla es de privilegio, y en el número siguiente la divide en tres clases, siendo la primera una mera exención de determinados tributos, y los que la gozan son tenidos por exentos; la segunda en que se espresa que los concesionarios sean tenidos por hijosdalgo, y la tercera cuando espresamente se dice en el privilegio que los hacen hijosdalgo y á sus descendientes, y que sean habidos y tenidos por tales, etc. los que obtienen este privilegio y su posteridad legítima gozan de las inmunidades, distinción y franquezas que los compete á los hijosdalgo llamados de sangre, y aunque el primer concesionario sea hijosdalgo de privilegio, sus descendientes no serán necesariamente de sangre, porque en ellos es hidalguía heredada y no adquirida; y en el número 446.º establece que la nobleza ó hidalguía de sangre es la que se hereda de aquellos á quienes se le concedió y en quienes tuvo principio, y cita la ley 3.ª título 2.º Partida 2.ª de que debe concluirse que la nobleza es una cualidad civil y

política que dimana del Príncipe, sin que nada tenga de natural; por lo que con razon dijo Ulpiano en la ley 32, ff. *de regulis juris*, que en cuant al derecho natural todos los hombres son iguales. Como una de las exenciones que propone la ley para que el hijodalgo pueda ser preso por deuda, es cuando esta procede de delito ó cuasi delito, no será fuera de propósito indicar lo que constituye una y otro. Delito, segun Heineccio en las recitaciones del derecho civil, lib. 4, tit. 4, es un acto ilícito ó prohibido hecho espontáneamente, en virtud del cual queda obligado su autor á la restitucion ó á la pena.

9. Cuasi delito dice el mismo Heineccio en el tit. 3 del mismo libro que es un hecho ilícito cometido con culpa sin dolo malo. Supuesto estos antecedentes entremos en la esposicion de la presente ley. En la ley 10, tit. 1 y 10, se disputan comunmente los autores si el noble puede renunciar del privilegio de no poder ser preso por deuda civil, y Gomez en la presente ley, y Acevedo en la 5, tit. 2, libro de la Recopilacion, citando á Gu-tierrez, defienden la negativa. El señor Covarrubias en la parte 2, al principio, número 47, de la Reeleccion *quávis pacti*, trata latamente esta cuestion, y sostiene la opinion afirmativa, de cuya cuestion prescind-do, así por no pertenecer directamente á la esposicion de esta ley, como porque se halla claramente decidida esta duda por el señor D. Felipe III en la ley 13, tit. 2, libro 6 de la Novísima, donde espresamente declara que los nobles no puedan renunciar de este privilegio bajo pena de nulidad. Resta ahora ver qué deuda se diga descien-de del delito, ó cuasi delito, y es aquella que manda satisfacer el juez de resultas del delito ó cuasi delito, bien sea la restitucion de la cosa y resarcimiento de perjuicio ó pena pecuniaria del delito, como lo indica Gomez al fin del número 12. Están exentos de poder ser presos por deuda segun esta ley todos aquellos á quienes por derecho les corresponde este privilegio, y se hallan referidos en la curia Filipina, parte 2, párrafo 47, del juicio ejecutivo. Como de la regla que establecen las leyes de que los hijosdalgo y otras personas no puedan ser presos por deudas, exceptúan la presente ley aquellas que descien-den de delito ó cuasi delito. Se suscita la cuestion si el hijodalgo como fiador en causa criminal podrá ser preso por deuda, y Bobadilla en el lib. 3, cap. 15, número 24 de su política, afirma que aunque ha visto dudar en este punto no lo ha hallado tocado por nadie, y despues de haber manifestado que las leyes que hablan de que el hijodalgo pueda ser preso por deuda que descien-da de delito, debería entenderse del delito cometido por el mismo ó en caso de que estuviese culpado por alguna via de que naciese la obligacion contra él para pagar la condenacion pecuniaria, y no cuando está libre de todo punto de culpa, al número 26 asegura que vió que los alcaldes del crimen de la Chancillería de Valladolid siguieron la opinion contraria en una causa que se formó á un hijodalgo de Medina del Campo, á quien el corregidor de dicho pueblo prendió por una fianza que habia hecho de pagar lo juzgado y sentenciado en dicha causa, que era criminal, y aunque apeló de la injusta prision nunca le quisieron mandar soltar en fiado hasta que pagó la pecuniacion condenaria aplicada á la parte de cuya opinion dice que fue Castillo en el Comentario á la presente

ley, pareciéndole que la fuerza de la fianza y escritura cuarenticia obligó al hijodalgo y le sujetó á la dicha prisión para hacer de deuda agena, suya propia, y con aquella misma calidad con que el reo estaba obligado.

15. Despues de referidas estas opiniones, continúa el mismo Bobadilla al número 27 proponiendo una distincion reducida á que el hijodalgo pueda y deba estar preso por la condenacion que se aplica á la cámara á causa de que por la ley real que es la 1.^a tit. 2.^a libro 6 de la Novísima es caso de falencia que haya de estar preso por los maravedis de haber del Rey, y tambien porque entonces verdaderamente se llama criminal la causa si la pena se aplica al fisco; pero cuando la pena se aplicase á la parte, en tal caso no puede estar preso, pues es causa civil, y respecto del hijodalgo no descende de delito, y asi se lo impute la parte que lo tomó por fiador. Hasta aqui Bobadilla.

16. En esta esposicion de Bobadilla se echá de ver en primer lugar, que habiendo sentado al número 24 que aunque habia visto dudar de si el hijodalgo que habia sido fiador de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado en causa criminal podia ser preso por la condenacion pecuniaria que se hiciese al reo, no habia hallado que ninguno tratase este punto, y al número 26 afirma que Castillo en el Comentario á la presente ley de Toro glosa última, defiende la opinion afirmativa: mal puede conciliarse no haber visto quién tratase este punto con citar un autor que ya lo habia resuelto. En segundo lugar se echá tambien de ver que toda su distincion se reduce á quando la pena se aplica al fisco ó quando á la parte; en el primer caso afirma que el hijodalgo puede ser preso por la fianza que dió, y se funda en dos razones: primera en que es deudor al fisco, en cuyo caso está exceptuado de la regla general que le concede el privilegio de no poder ser preso por deuda civil, á no ser por deuda que descienda de maravedis del Rey, y la segunda porque siempre que la pena se aplicó al fisco la causa se llama criminal; pero sin entrar en esta discusion debe advertirse que no es lo mismo formarse la causa por delito que ser criminal, pues en ella pide el actor únicamente que se le indemnice del daño que ha recibido, entonces la causa es civil aunque el delito haya dado causa á su formacion, á diferencia de quando el actor pide el castigo del reo en satisfaccion de la vindicta pública, que en tal caso la causa será criminal, bien sea la pena corporal ó aplicada al fisco, como juiciosamente lo observa y advierte Julio Claro, número 5, párrafo final de su práctica criminal, cuestion 2.^a párrafo *ex quorum*, donde dice que se llama el juicio civil quando en él se procede por utilidad privada, bien descienda la causa de delito ó contrato, y criminal quando se dirige á la utilidad pública, ya se imponga pena corporal ó pecuniaria á favor del fisco, de que se convence que no basta para que la causa se diga criminal que se haya formado por algun delito, sino que ademas se requiere que en ella se proceda criminalmente ó en desagravio de la vindicta pública, á la manera que en una causa civil que se instaura en virtud de obligacion que resulta de un instrumento cuarenticio, se llamará ejecutiva si en ella se procede ejecutivamente, y ordinaria si se sigue en juicio abierto y plenario.

17. Reconoce Bobadilla que quando la pena se aplica á la parte no debe ser preso el hijodalgo por la fianza que dió por el reo, por ser la causa civil, y respecto del hijodalgo la causa no descende de delito, con

que en resumen su distincion queda reducida á que quando la pena se aplica al fisco la causa es criminal y está comprendida en la disposicion de la ley del Toro y quando la aplicacion se hace á la parte es civil y goza el hijodalgo del privilegio de no poder ser preso por deuda, porque dice que entónces la pena no descende de delito cometido por el hijodalgo, sin advertir que si vale esta razon tampoco en el caso que se aplica la pena al fisco la deuda descende de delito cometido por el hijodalgo, y de consiguiente habiende gozar del privilegio como manifestaré despues quando proponga mi opinion.

El autor de la curia filipica en la parte 2.ª párrafo 17.º número 13.º examina la misma duda y resuelve que el hijodalgo que fió á alguna en causa criminal puede ser preso por la condenacion así tocante á la parte como al fisco, fundándose en que por la fianza en cuanto á esto se sujeto al delito del principal y é hizo de caso ageno suyo propio con calidad de reo y cita por de su misma opinion á Castillo en la ley 79 del Toro glosa final.

Alfonso Narvona en su Comentario á la ley 14.ª tít. 2.º libro 6.º de la Recopilacion glosa 4.ª número 48.º se propone discutir este punto y suponiendo que la escepcion ó declaracion que hace la presente ley de la regla general de que los hijodalgo y otras personas non puedan ser presos por deuda no se ha de entender á los casos en que la deuda proveniga de delito ó cuasi delito, sino que deben entenderse exceptuados de ella, dice que la razon de dicha escepcion ó dimitacion se dirige á que el privilegio concedido á los hijodalgo de no poder ser presos por deuda no se sirviese de pretexto para delinquir, por lo que se tuvo por conveniente hacer la declaracion que en la presente ley se contiene, y como en el caso de que el hijodalgo salga por fiador en causa criminal cesa la razon en que se fundó la ley para limitar el privilegio concedido á los hijodalgo de no poder ser presos por deuda de aquellos que no deben los hijodalgo considerarse privados de su privilegio quando salen por fiadores por alguno en causa criminal.

20. Corrobora su opinion reflexionando que el hecho de fianzar por otro es una obra de piedad y caridad, y no era de presumir que al que obrase impedido de estas virtudes quisiese la ley privarle del privilegio que antes gozaba y cita el cap. 29 del Eclesiástico, en donde se gradúa de hombre de bien al que sale por fiador de otro. *Vir bonus fidei juben* *proximo suo*, y tambien se vale del cap. 2.º de las *Decretales de fidei juben* *nibus*, en que habiéndose quejado un clérigo fiador de que despues de haber satisfecho por los afianzados se escusaban estos á pagarle, mandó el Papa que se les competiese á hacerlo, dando por razon que no debía padecer perjuicio el fiador de un hecho porque merecia y era acreedor á premio.

21. En apoyo de la opinion de Narvona puede alegarse que no basta que la deuda descienda de delito para privar al hijodalgo de su privilegio, sino que ha de ser dimanada de delito propio y no de ageno, sin embargo de que el fiador del delincuente reciba en sí la obligacion de este, la que no constituye al hijodalgo delincuente, sino obligado á satisfacer por él, al modo que si el hijodalgo saliese por fiador de un plebeyo en causa civil no podria ser preso por dicha obligacion, sin embargo de que podia serlo el principal, y es la razon por que la fianza de un hijodalgo

por un plebeyo no le comunica la cualidad de plebeyo, sino únicamente le constituye en la obligacion de satisfacer por él.

22. Supuestas las opiniones que se han referido, y las razones, en que las fundan sus autores, paso á manifestar la mia, contraida á la duda propuesta de si el hijodalgo constituido fiador en una causa criminal puede ser preso para conpeler á satisfacer la pena pecuniaria á que se ha obligado, y soy de parecer que no.

23. Es constante, segun le espresion literal de la presente ley, que en las deudas que desciendan de delito, *vel quasi delicto*, los hijosdalgo no gocen de la exencion y privilegio de no poder ser presos, y que lo puedan ser en dichos casos; luego si quando el hijodalgo constituye fianza en causa criminal la deuda que contrae no descende de delito *vel quasi* no podrá menos de confesarse que no queda privado de su privilegio de no poder ser preso por deuda. Que la deuda que contrae el hijodalgo que sale fiador en causa criminal no descienda de delito *vel quasi*, es una verdad tan notoria y manifiesta, que admira se haya ocultado á todos los autores que he visto han tratado este punto, esceptuando Narvona, que la insinúa.

24. Para que en el caso de la cuestion la deuda descendiera de delito, era necesario que el delito ó cuasi delito fuera causa de ella, porque de otro modo no puede verificarse que la deuda ú obligacion contraida por el hijodalgo sea efecto del delito, y está tan lejos de serlo que no por el delito sino por la fianza, se constituye deudor, y de consiguiente la deuda con propiedad, en todo rigor de derecho proviene y descende de un contrato, en virtud del cual se obliga el fiador á la satisfaccion de su principal, con que es evidentemente cierto que la deuda contraida por el hijodalgo en el caso de la disputa no proviene de delito *vel quasi*, sino de un contrato accesorio á la obligacion principal que se constituye por medio de la estipulacion, segun Heineccio en el libro 3, tit. 21, de *fideijussoribus*, de las recitaciones en los elementos del derecho civil, donde dice que la fianza es un contrato accesorio y una verdadera estipulacion; y sino digaseme si antes de constituir la fianza el hijodalgo estaba obligado á la satisfaccion de la pena que se habia de imponer al reo, y si no lo estaba, como es indispensable decir, se sigue necesariamente que por la fianza, y no por el delito, se constituyó deudor. ¿Y en tal caso podrá negarse que la deuda no procede de delito *vel quasi*, sino de un contrato? y procediendo de contrato ¿podrá ser comprendida en la decision de la presente ley, que espresa y literalmente priva al hijodalgo del privilegio de no poder ser preso por deuda quando esta descende de delito *vel quasi*?

25. Diráse acaso que si por la fianza se contrae una obligacion accesorio á la principal, debe participar de su misma naturaleza; pero esto podrá ser cierto en cuanto á la precision de satisfacer la deuda y cualidad de ella, pero no en el medio y modo de exigirla, esto es, la pena en el reo descende de delito y es pecuniaria y en el fiador, aunque conserva la misma cualidad, es la fianza.

26. He dicho que Narvona insinúa esta diferencia á causa de que en la ley 4, tit. 2, lib. 6 de la Recopilacion, número 37 de dicha glosa, observa que la obligacion que contrae el hijodalgo constituido fiador en causa criminal no descende de delito, sino de contrato, y así afirma que la

obligacion *fideiussoria* mas bien se ha de decir que se ha contraído por el delito, que el que descienda del mismo, que son cosas muy diversas.

27. Ya habia dicho al número 54, en corroboracion de su opinion, que supuesto que para que el noble pierda el privilegio de su inmunidad es necesario que la deuda descienda de delito, y como para que se verifique esto es preciso que descienda de la perpetracion del mismo delito, segun la ley 4, ff. de *actionibus et obligationibus*, y en el párrafo inicial de las instituciones de *obligationibus quae ex delicto nascuntur*, donde hablando de estas dice el emperador Justiniano *hae vero unius generis sunt nam omnes renascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria*, y como la deuda que contrae el noble por la fianza dada por el delincuente no se puede decir que tenga su origen ó descienda de delito, por no nacer inmediatamente de algun delito cometido por el noble, sino de la subsiguiente obligacion contraída nuevamente por el consentimiento de las partes, de aqui es que no se puede decir que descienda de delito, porque en realidad dada la fianza de pagar juzgado y sentenciado se encuentran dos obligaciones; la primera se ha contraído por la perpetracion del delito, y se dice que solo nace de él; la otra, que se produce por la convencion *fideiussoria*, se dice que mas bien nace del consentimiento que de algun delito, aunque por ocasion de él se constituya.

28. Todavia corrobora mas su opinion en el número 58, reflexionando que por la fianza que da el hijodalgo no se puede inferir que tácitamente renuncia de su privilegio, y el hijodalgo, segun la ley 45, tít. 2, lib. 6 de la Novísima, aun espresamente no puede renunciar de su privilegio, de todo lo cual infiere y concluye que tiene por verdaderísimo y muy constante que el hijodalgo que se ha constituido fiador en una causa criminal por el delincuente no puede ni debe ser preso por la deuda que resulte de la fianza.

29. Contrayendo la doctrina que hemos referido de Narbona acerca de la fianza dada por el hijodalgo en causa criminal, afirma este mismo autor en la glosa 2, número 21 de dicha ley, que el hijodalgo que sale por fiador de un arrendador ó colector de las rentas reales no puede ser preso en virtud de la fianza, sin embargo de que podian serlo el arrendador ó colector, aunque tuvieran la cualidad de hijosdalgos, segun la ley 2 del mismo título, y establece en la glosa 1, número 66, que aun cuando el hijodalgo sea deudor al fisco por otra causa que la de arrendador y colector de los derechos reales no puede ser preso segun la espresada ley, donde cita varios autores de su opinion, é infiere en el número 68 que es falsa la opinion de Bobadilla que se espresó arriba, de que por cualquier deuda á favor del fisco puede ser preso el hijodalgo.

30. Supuestas las razones que espuse arriba cuando fundé mi opinion, y las que posteriormente he visto en Narbona y dejo referidas, tengo por constantemente cierta y verdadera la opinion de que el hijodalgo constituido fiador en una causa criminal no puede ser preso por la deuda que contrae y resulte, atendida la natural y genuina inteligencia de las palabras de que usa la presente ley de Toro, «si la tal deuda descendiere de delito ó cuasi delito (1).»

(1) En el dia, no solamente los nobles, sino ninguna clase de personas de cualquiera condicion que sean, deben ser presos por deudas puramente civiles, pues la Constitucion, enemiga de privilegios personales, ha establecido igualdad entre los derechos civiles de unos y otros.

Ley 80 de Toro; es la 2.^a, tit. 20, lib. 8.^o de la Recopilación, y la 9.^a, tit. 28, lib. 12 de la Novísima.

Acusación de la adúltera y su cómplice.

El marido no puede acusar de adulterio á uno de los adúlteros, se-
yendo vivos mas que á ambos adúltero é adúltera los haya de acusar ó á
ninguno.

COMENTARIO A LA LEY 80 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2 y 3. Personas que podían acusar del delito de adulterio, según derecho romano, a saber, el marido, el padre de la adúltera y cualquiera extraño, con tal que no fuese menor de 25 años.—4. Puede acusar el marido aun siendo menor de 25 años: no podía acusarse á un tiempo al adúltero y á la adúltera.—5. El marido antes de acusar á la muger ó al adúltero, debe hacer dimision de ella, disolviendo el matrimonio: diferencia sobre este punto entre el marido y el extraño.—6 y 7. Tiempo que se concede para proponer la acusación de adulterio y día en que principia á correr respecto del adúltero, de la adúltera y de esta según sea casada ó viuda.—8. El marido tiene el privilegio de ser preferido á los demás acusadores cuando propone la acusación *jure mariti*, y de no incurrir en la pena de calumniador, sino prueba la acusación: opinion de Cujacio sobre que el padre goza de igual privilegio: idem de Antonio Mathei en sentido contrario.—9. Opinion del señor Llamas sobre este punto.—10. Casos y modo como pueden acusar los extraños: si no prueban el delito incurrir en la pena de calumniadores.—11. Tambien quedan sujetos á dicha pena el padre y el marido cuando acusan al adúltero.—12. Constantino escluyó de la acusación á los extraños, por lo que se pretende que dejó el adulterio de ser delito público, pero Antonio Mathei sigue la opinion contraria, según se espone.—13. No debe estenderse á otras personas la facultad de acusar según quiere Mathei: correcciones que hizo Justiniano en el derecho antiguo.—14 al 16. Excepciones que correspondian á los adúlteros: se examinan latamente cuáles quedaron abolidas por Diocleciano y Maximiliano, esponiéndose las opiniones de Mathei, Cujacio, Scevola, Ulpiano, Duareno, Miguel Legio, y últimamente la del señor Llamas.—17. Se espone las leyes de Partida sobre este punto, que no son mas que una copia ó declaración del derecho romano: se espone la ley de Partida sobre cuándo puede acusarse á la muger de adulterio y por quiénes.—18. Se espone la

ley de Partida sobre el término para acusar de adulterio.—19 y 20. Se espone la ley de Partida sobre las escepciones que se pueden oponer á la acusacion de adulterio.—21. Una ley del Fuero Real limita la acusacion del delito de adulterio á solo el marido, prohibiendo que cualquiera del pueblo pueda acusar á la muger, si el marido no la quisiere acusar ni permitir que otro la acuse: opinion de Gomez y Acevedo sobre que solo el marido puede acusar: ley en el mismo sentido.—22. Leyes del Fuero Real y de Partidas que dan á la muger la escepcion de que el marido cometió igual delito ó se lo aconsejó ó mandó á la muger: estas leyes se entienden derogadas por una recopilada que prohibe á la muger valerse de esta escepcion para dejar de responder á la acusacion del marido: duda si dicha ley recopilada que permite al marido pueda acusar á los dos adúlteros ó á cualquiera de ellos, se debe entender derogada por la presente ley 80 que prohibe al marido acusar á uno de los adúlteros, sin acusar tambien al otro: Acevedo concilia ambas leyes diciendo que las palabras «á cualquiera de ellos» se han de entender, cuando sea posible, de forma que si los dos adúlteros están vivos, los dos han de ser acusados, y si ha muerto el uno de ellos, puede acusar al otro: el señor Llamas se aviene á esta conciliacion.—24. Opinion de Gregorio Lopez sobre que aunque haya negligencia por parte del marido, ninguno sino él puede acusar á su muger de adulterio: duda sobre si el juez está escluido de poder proceder de oficio á inquirir sobre el delito de adulterio: opinion del mismo por la negativa: leyes recopiladas que parece inducen á la afirmativa.—25. Bobadilla reconoce en los corregidores la facultad de desterrar por razon de escándalo á las mugeres casadas, aun de buena estofa.—26. Gregorio Lopez apoya su opinion en que sin la acusacion del marido no pueden ser castigadas por adúlteras las mugeres, y se inclina á que seria escandalosa semejante práctica: opinion del mismo y de Acevedo sobre que pueden proceder los jueces contra las mugeres adúlteras por incesto.—27. La opinion de Gregorio Lopez es, segun Llamas, contraria á la práctica que se observaba: podria ser admisible limitada á la imposicion de la pena de adulterio por ser capital, mas no á la pena de destierro ú otra arbitraria, pues puede el juez proceder de oficio, pública ó secretamente segun que el delito ha causado ó no escándalo público.—28. Esta ley no se tuvo por escandalosa en tiempo de Gregorio Lopez por las razones y textos que se esponen.—29. Segun el Concilio de Trento, se manda proceder de oficio contra las mugeres solteras ó casadas que vivan públicamente amancebadas, con tal que hayan sido tres veces amonestadas por el ordinario, imponiéndoles destierro ú otra pena: disposiciones sobre este punto respecto á las mancebas de los clérigos.—30. Los abogados para formar la acusacion han de probar el matrimonio entre el acusador y la acusada.—31. En el día el adulterio no es delito público sino es probado.—Nota. Disposiciones del nuevo Código penal sobre esta materia.

1. Dispone la presente ley que el marido no pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros estando vivos los dos, sino que ha de acusar á ambos ó á ninguno.

2. Siguiendo el método propuesto de referir las disposiciones del derecho comun antes de llegar á hablar de las decisiones reales, es consiguiente tratar de las personas que pueden acusar á los adúlteros, y del tiempo y forma con que lo deben hacer.

3. Tres eran las clases de personas que podian acusar del delito de adulterio. El marido, el padre de la adúltera y cualquier extraño, con tal que no fuese menor de veinte y cinco años, segun la ley 15, párrafo 6, ff. *ad leg. J. de ad.* De aqui procedia que la acusacion del delito del adulterio se proponia *jure mariti*, *jure patris* y *jure estranei*. De cada una de estas maneras de formar la acusacion se hablará separadamente para notar con claridad sus diferencias.

4. Como la injuria que se causa por el adulterio directa y principalmente ofende al marido, le concedian las leyes á este la preferencia entre todos los que podian acusar de adulterio para que vindicasen su honor, por presumirse que seguiria la acusacion con mayor ira y dolor: *leg. 2,*

párrafo 8 *ad leg. Jul. de ad.* Se le concedía al marido, aun siendo menor de veinte y cinco años, poder acusar á su muger, *leg. 13, párrafo 6, ff. leg. Jul. de ad.* Aunque regularmente se puede acusar á muchos á un tiempo de un mismo delito, en el de adulterio no se puede acusar á un mismo tiempo á la adúltera y al adúltero, *leg., 15, párrafo 9, ff. ad. leg. Jul. de ad.* La razon de esto, segun Cujacio en la ley 8, tit. 9, lib 9, *C. de leg. Jul. de ad.*, es para refrenar el demasiado conato y deseo del acusador, que en esta causa no se contenta con un reo solo. Ni es por la ley Julia la pena de este delito tan acerba como la de los demas. Esto no obstante puede á un tiempo hacerse la acusacion del adúltero y adúltera por dos distintas personas, *leg. 17, párrafo 6, ff. ad leg. Jul. de ad.*

5. Debe el marido antes de acusar á su muger ó al adúltero hacer dimision de ella, disolviendo el matrimonio, *leg. 11, párrafo 10, ff. ad leg. Jul. de ad.*, y en este caso, le es libre acusar al que quiera de los adúlteros, *leg. 5 et 15, párrafo 8, ff. ad leg. Jul. de ad.* Si despues de dimitida su muger, esta se casase con otro, debe acusar antes al adúltero, *leg. 2, ff. h. t.*, á no ser que hubiese denunciado el juicio á la dimitida antes de casarse, *leg. 16. ff. h. t.* Se distingue el estraño del marido en esta parte, en que el estraño puede acusar al adúltero antes de disolverse el matrimonio, *leg. 39, párrafo 1, ff. h. t.*, pero no á la adúltera, á no ser que antes haya convencido de alcahuete al marido, *leg. 26 ff. h. t.*, Disuelto el matrimonio tiene el estraño para acusar á los adúlteros el mismo arbitrio y facultad que queda dicho del marido, *leg. 5, et 39, párrafo 3, ff. h. t.*, y Antonio Mathei, tomo 1, tit. 1 *de publicis judiciis*, capítulo 4, número 4. Lo mismo que se ha dicho del estraño debe entenderse del padre, por no gozar preferencia ninguna en este punto.

6. El tiempo que se concede para proponer la acusacion del delito del adulterio es de cinco años continuos, *leg. 31, ff. h. t.* y la ley 5, *C. h. t.*, con esta diferencia, que al adúltero le empieza á correr y computársele el quinquenio desde el dia que cometió el adulterio, *leg. 5, C. h. t.*, y á la adúltera le corren los seis meses útiles que se conceden para poderla acusar desde el dia del divorcio, los cuales se han de computar de modo que no escedan del quinto, que es decir, que si al marido le faltan tres meses para cumplirse el quinquenio de haber cometido el adulterio su muger, y la repudiasc, no tendrá mas tiempo para ponerla la acusacion que el de los tres meses que faltaban para concluir el quinquenio, *leg. 29, párrafo 5, ff. h. t.* En las viudas se empiezan á contar los seis meses desde el dia que se cometió el adulterio, *leg. ead. párrafo 5.*

7. De estos seis meses continuos que se conceden para acusar á la adúltera, los sesenta primeros dias son útiles, y se dan al marido y padre de la adúltera para que la puedan acusar *jure mariti, vel patris* y los cuatro meses restantes se dan á los estraños para acusarla, y tambien alcanzan al marido y padre si quisieren acusar *jure estranei*. No puede el marido ni el padre acusar *jure mariti, vel patris* al adúltero, porque como observa Cujacio en la ley 6, *C. h. t.*, tanto el padre como el marido son estraños respecto del adúltero.

8. Cuando el marido propone la acusacion *jure mariti* tiene el privilegio de ser preferido á los demas acusadores, *leg. 14, párrafo 2, leg. 15, párrafo 3, ff. h. t., et leg. 30, C. h. t., et leg. 2, párrafo 8, ff. h. t.*, y de

no incurrir en la pena de calumniador si acaso no prueba la acusacion, *leg. 6, et 30, C. h. t.* Aunque la ley 14, párrafo 3, ff. *h. t.* afirma que el que acusa *jure mariti* no evita de incurrir en la pena de calumniador, responde Cujacio en la ley 6, *C. h. t.*, que esto debe entenderse cuando la calumnia del marido es manifiesta, pero no cuando con buena fe propuso la acusacion. La misma esposicion hace Antonio Mathei en el tomo 1, tit. 40 de *publicis judiciis*, capítulo 4, número 7, pero discordan estos dos autores acerca de si al padre le compete el mismo derecho de poder acusar á la hija sin peligro de tenerse por calumniador. Dice Cujacio que el padre en esta parte goza el mismo privilegio que el marido y refiere en el lugar citado de la ley 6, *C. h. t.*, la autoridad del jurisconsulto Paulo en el libro único de *adulteriis*, que dice así: *jure mariti vel patris qui accusat potest, sine calumniae poena vinci*. Antonio Mathei fundado en la ley 30, ff. *h. t.*, que dice, *pater sine periculo calumniae non potest agere*, y es del mismo jurisconsulto Paulo, afirma que el padre no participa del privilegio del marido de no sujetarse á la pena de calumniador. Sin detenerme á examinar los fundamentos con que cada uno de estos autores apoya su opinion, solo digo que á la ley que cita á su favor Antonio Mathei fácilmente se le puede acomodar la misma esposicion que ha dado la ley 14 que habla del marido, pero á la que cita el Cujacio no hay otra solucion que le cuadre sino confesar que el jurisconsulto Paulo igualó en este punto el derecho del padre y del marido, ó que hay una contradiccion manifiesta entre la autoridad que refiere el Cujacio de Julio Pablo y la ley 30, ff. *h. t.*, que es del mismo jurisconsulto.

9. De lo dicho acerca del padre y marido en cuanto á poder acusar, sin peligro de incurrir en la pena de calumnia á la adúltera, se infiere que los estraños quedan sujetos á esta pena siempre que no probaren el delito que se han propuesto. No pueden los estraños acusar á la adúltera constante matrimonio sin haber convencido antes al marido de alcahuete, *leg. 26, ff. h. t.*; pero sí al adúltero: una vez disuelto el matrimonio queda al arbitrio de los estraños el poder acusar antes al que quieran de los adúlteros, *leg. 5, ff. h. t.*, á no ser que la adúltera hubiere contraido segundo matrimonio, que en tal caso así el marido como los estraños no pueden acusar á la adúltera hasta haber convencido antes al adúltero, *leg. 11, párrafo 11, ff. h. t.*; pero si antes de las segundas nupcias de la adúltera se ha denunciado á ella ó á su casa la acusacion, entonces pueden tanto el marido como el estraño principiar por ella la acusacion, *leg. 39, párrafo 3, ff. h. t.*

10. Como la acusacion que se pone *jure mariti vel patris* es tan solamente contra la adúltera, porque respecto del adúltero, así el marido como el padre son estraños, segun Cujacio en la ley 6, *C. h. t.*, se sigue de aqui, que tanto el padre como el marido para acusar al adúltero deben sujetarse á la pena de calumnia, no menos que cuando acusan á la adúltera despues de los sesenta dias *jure extranei*, *leg. 6, C. h. t.*

11. Limitó el emperador Constantino la acusacion de adulterio á cierto número de personas, á saber, al marido, padre, tio paterno y materno, escluyendo del todo á los estraños, *leg. 30, C. h. t.* Pretenden algunos que por esta constitucion de Constantino dejó el adulterio de ser delito público, supuesto que se les niega la acusacion á los estraños; pero responde Mathei en el lugar citado, número 11, que si por la constitucion de Cons-

tantino hubiera dejado el adulterio de ser delito público, no lo hubiera referido Justiniano entre los de esta clase en el párrafo 4, tit. 18, libro 4 *Inst.* Ni se dice un delito público porque la acusacion compete á cualquiera del pueblo, sino porque comunmente sucede así, párrafo 1, tit. 18, lib. 4 *Inst.* Añade Mathei que los delitos no son públicos, porque precisamente la acusacion corresponda á cualquiera del pueblo, sino porque han de tener una pena cierta establecida por la ley; pero por esta parte no parece debia exceptuarse el adulterio de la clase de los delitos públicos.

12. Quiere el Mathei que bajo los nombres de las personas que se espresan en la ley 30, C. *h. t.* se comprendan tambien otras en quienes parece milita la misma razon; pero siendo esta constitucion de materia odiosa y versándose acerca de un delito que las leyes han distinguido con unas prescripciones ó escepciones muy particulares, y nada comunes con las de otros delitos, parece mas conforme atenerse á lo literal de la constitucion de Constantino, sin estender á otras personas la facultad de acusar á los adúlteros. Si el marido ó padre dentro de los sesenta dias dijeren no querian proponer la acusacion á la adúltera, inmediatamente empieza á correr el tiempo á los estraños, *leg.* 13, párrafo 3, ff. *h. t.*

13. Tambien el emperador Justiniano corrigió en parte el derecho antiguo en la novela 117, capítulo 8, párrafo 2, en la que manda que para que el marido pueda proponer la acusacion contra el adúltero ó adúltera se deba sujetar á la pena de calumnia, en lo que lo iguala con los estraños. Al mismo tiempo concede al marido pueda proponer la acusacion de adulterio á su muger constante matrimonio, y probado que sea el adulterio tendrá lugar el repudio.

14. Eran varias las prescripciones ó escepciones que correspondian á los adúlteros. De algunas queda hecha mencion, y otras se podrán ver en Mathei en el lugar citado, número 15. Los emperadores Diocleciano y Maximiliano tratando de estas prescripciones, parece quisieron abolirlas todas en la ley 28, C. *h. t.*, esceptuando únicamente la prescripcion del quinquenio, la del lenocinio con que se reconviene al marido, y la que compete á la que casó con otro despues del divorcio. Dudan los autores si en virtud de esta ley quedaron abolidas todas las demas prescripciones, y resuelven, segun Mathei *loc. citat.*, y Cujacio en la ley 28, C. *h. t.* que solamente se entienden abolidas aquellas prescripciones que son ilusorias, moratorias y capciosas, como mas claramente lo da á entender en el libro 27, observacion 15. Acerca de la prescripcion del lenocinio están encontrados los dictámenes de dos célebres jurisconsultos, á saber: Scevola en la ley 47 de *solutio matrimonio*, ff., afirma que tiene lugar la prescripcion de lenocinio contra aquel que contribuyó al adulterio. Ulpiano al contrario resuelve en la ley 2, párrafo 3, ff. *h. t.*, que si el marido en juicio público hace rea de adulterio á su mujer, aunque esta alegue el lenocinio del marido, no lo repelará de la acusacion, y da esta razon, porque el lenocinio del marido le grava á él, pero no escusa á la muger.

15. Aunque Mathei, siguiendo á Duareno, propone como conciliables estas dos leyes, diciendo, que la prescripcion de lenocinio es dilatoria, no perentoria, y que si es propuesta antes de la *litis* contestacion repele al marido de la acusacion, pero no si es despues de contestada la *litis*, desconfiando de la solidez de esta esposicion propone el medio de confesar que Ulpiano y Scevola no están acordes, y que el dictámen de este último

lo confirma la ley 28, C. h. t. Miguel Legio en las notas al Mathei pretende desvanecer la conciliacion del Duareno, manifestando que uno y otro jurisconsulto tratan de la prescripcion de lenocinio, que se alega para escluir la acusacion, y que esto mismo convence que hablan de ella como propuesta antes de la *litis* contestacion. No es mas feliz que Duareno Legio en la conciliacion que propone, y es decir que Ulpiano trata de la prescripcion de lenocinio que opone al marido acusador su muger, y que Scevola y los Emperadores hablan de la misma escepcion propuesta por otros, esto es, por los adúlteros.

16. Por poco que se reflexione se conocerá que esta conciliacion es un juego de palabras que nada varian en lo substancial. En la ley de Ulpiano la muger dice que es la que opone la prescripcion al marido, y en la ley de Scevola los mismos adúlteros, como si la muger no fuera uno de los adúlteros, ademas que no siendo permitido al marido acusar á un tiempo á los dos adúlteros, no podrá verificarse que estos le oponen la prescripcion, y de consiguiente se sigue que Scevola trataria de un caso que no podia suceder. A esto se añade que las palabras de que usa Scevola no dan el menor motivo para atribuirles esta esposicion, antes bien manifiesta que trata de cuando la muger propone la prescripcion de lenocinio contra el que habiendo contribuido á él pretende acusarla de adulterio. Véanse sus palabras: *si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori praeberit audiendus est*; cuyo caso viene á ser el mismo que del que habla Ulpiano, segun la explicacion de Legio.

17. Son las leyes de las Siete Partidas, como se ha observado en otra parte, una copia ó declaracion del derecho comun de los romanos, y por lo tanto en cuasi nada discrepan de este. Quiere la ley 2, tít. 17, Partida 7, que á la muger casada permaneciendo en compañía de su marido, nadie la puede acusar de adulterio sino su marido, el padre de ella, su hermano, ó sus tíos paternos y maternos hermanos de su padre ó madre, siendo preferido á todos el marido, y en defecto de este el padre. Disuelto el matrimonio por juicio de la santa iglesia, ordena la ley 3, que pueda el marido acusar á la muger dentro de sesenta dias útiles de como fué partido de ella, y no probando el marido el adulterio dentro de los sesenta dias útiles no incurre en pena alguna como ni tampoco el padre de ella; pero pasados estos sesenta dias le es lícito á cualquiera del pueblo acusar á la adúltera hasta cuatro meses, que deben conlarse en la manera que se ha dicho se cuentan los sesenta dias. Tambien dispone que la muger que es acusada de adulterio despues de la muerte del marido lo ha de ser dentro de seis meses, de como cometió el adulterio, y no probando el adulterio dentro de este término se sujeta el acusador á la misma pena que habia de sufrir la acusada. Pero si el marido ó otro extraño (por cuya espresion se ha de entender cualquiera de las personas que se señalan en la ley 2, segun Gregorio Lopez, glosa 11) acusasen á la muger antes de disuelto el matrimonio, si no probasen lo que dicen, y entendiere el juez que maliciosamente se movian á poner la acusacion, deben sufrir la misma pena que ella recibiria. Con este temperamento debe entenderse la ley 13, tít. 9, Partida 4, que parece habla generalmente sujetando al marido á la pena del alion, y aun de la ley 13, tít. 9, Partida 4, dispone que el que ha de acusar criminalmente de adulterio á su muger debe suscribirse en la pena

del talion, Grogorio Lopez en la glosa 3 á esta ley afirma no está en uso entre nosotros esta suscripcion porque se retraerian los acusadores por las contingencias que pueden impedir la probanza de los delitos

18. Manda la ley 4, que la acusacion de adulterio se ha de poner dentro de cinco años de cómo se cometió el delito, á no ser que hubiese sido ejecutado con fuerza, que entonces podia ser acusado el adúltero hasta treinta años, y advierte que este tiempo del quinquenio se ha de observar cuando el matrimonio no se ha separado por muerte del marido ó por juicio de la santa iglesia, porque entonces quiere que se guarden los tiempos que señala en la ley antecedente, que son, en el caso de la muerte del marido seis meses contaderos desde el dia del adulterio, y en el de separacion seis meses desde este dia.

19. Continuando las leyes de Partida en ordenar lo concerniente á esta materia, dispone la ley 7, las escepciones que se pueden oponer á la acusacion de adulterio. Propone en primer lugar el transcurso del quinquenio ó de los cuatro ó seis meses de que se trata en la ley 3. Tambien aprovecha para impedir la acusacion, si dijere la muger, por via de defensa antes de responder á la demanda que no estaba obligada á responder por haber hecho el adulterio con consentimiento de su marido, ó que él mismo habia servido de alcahuete, y en cualquiera de estos dos casos manda la ley que se la dé por libre, no solo á ella, sino tambien al adúltero, debiendo recibir el marido la pena del adulterio. Pero si la muger despues de contestada la demanda propone esta escepcion, no la aprovechará aunque si el marido no prueba la acusacion, deberá imponérsele la pena de adulterio en virtud de esta escepcion. Esplica aun mas la ley la fuerza de esta escepcion, y dice que si la acusacion la propusiese algun extraño contra el adúltero, y el acusado opusiese la escepcion dicha antes de la contestacion de la demanda, y probare la defension, se ha de observar lo mismo que se ha dicho en el caso de la muger. Mas si la defension la propuso despues de la contestacion, aunque la pruebe, ni le aprovechará al acusado, ni dañaria al acusador.

20. Tres defensiones mas señala la ley 8, con que se impide la acusacion de adulterio. La primera si el marido habiendo empezado la acusacion contra su muger ó el adúltero desistiese de la acusacion con ánimo de no seguirla y despues la quisiese continuar. La segunda es cuando el marido de la adúltera dijese ante el juez que no la queria acusar. La tercera cuando despues de cometido el adulterio recibe el marido á su muger á sabiendas en su lecho ó casa. Todas estas tres defensiones oponiéndose en tiempo eximen al acusado de responder á la acusacion. Ademas de estas defensiones quiere la ley 9, que el hombre vil que habiendo cometido adulterio intenta acusar á su muger de este delito quede excluido de la acusacion, oponiéndole su muger esta defension, y probándosela antes de contestar á la demanda. Quiere tambien que sea defension para la muger el no haber probado la acusacion contra el adúltero el acusador, porque declarándolo por libre el juez, no está la muger obligada á contestar á su acusacion, y en tanto quiso la ley privilegiar en esta parte á la muger, que aun cuando se probase la acusacion contra el adúltero no perjudica á la muger para imponerle pena por el adulterio. Otra defension compete por esta ley á la muger, y es cuando casando segunda vez quiere el marido acusarla del adulterio cometido en el primer matrimonio, y se funda

en que una vez que se prendó de ella, no la puede despues acusar de lo que antes hubiese hecho.

21. La ley 3, tit. 7, lib. 4 del Fuero Real, limita la acusacion del delito de adulterio á solo el marido, prohibiendo que cualquiera del pueblo pueda acusar á la muger, si el marido no la quisiere acusar, ni permitir que otro la acuse, y la decision de esta ley asegura Gomez en la ley 80, número 49, que está en uso y se practica, que es el requisito esencial para que rijan las leyes del Fuero Real, las que sin embargo de ser anteriores á las de Partida no se corrigen por estas. Lo mismo infiere Acevedo en la ley 1, tit. 20, libro 8 de la Recopilacion, en cuanto á que solo el marido puede acusar á la muger. Tambien lo persuade nuestra ley 80, en que haciendo mencion únicamente del marido, le prohíbe que pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros dejando al otro.

22. Quiere la ley 4, tit. 7, libro 4 del Fuero Real, que si la muger acusada de adulterio opusiese al marido el mismo delito, y se lo probase quede libre de responder á la acusacion, y lo mismo dispone la ley 29 título 4, Partida 7, para el caso que la muger acusada de adulterio por un tercero ponga la escepcion contra su marido en calidad de testigo de que habia cometido el adulterio por su consejo ó mandado. Pero la disposicion de estas leyes las corrige la ley 2, tit. 28, lib. 12, de la Novísima que prohíbe á la muger valerse de esta escepcion para dejar de responder á la acusacion del marido.

23. Puede dudarse con algun fundamento si esta ley 2, tit. 28, libro 12 de la Novísima que es la ley 2, título 15, libro 8 del Ordenamiento Real, que permite que el marido pueda acusar á los dos adúlteros ó á cualquiera de ellos, se deberá entender corregida por nuestra ley 80, que espresamente prohíbe el que el marido acuse á uno de los adúlteros sin acusar tambien al otro. Acevedo en esta ley 3, número 23, se hace cargo de esta dificultad, y es de dictámen que se deben conciliar estas leyes sin recurrir á la correccion, diciendo que las palabras *ó á cualquiera de ellos* se han de entender cuando sea posible, de forma que si los dos adúlteros están vivos, los dos han de ser acusados; pero si ha muerto el uno de ellos, puede acusar al otro. Esta conciliacion parece muy conforme á las palabras de nuestra ley, que prohíbe acusar á uno de los adúlteros *se- yendo vivos*, con cuya espresion manifiesta que no seyendo ó estando los dos vivos puede acusar á uno de ellos.

24. Reconoce Gregorio Lopez en la glosa de la ley 2, tit. 17, Partida 7, que hoy en virtud de la ley 3 del Fuero Real, título 7, libro 4, aun en el caso de que haya negligencia de parte del marido, ninguno sino él puede acusar á su muger de adulterio, y que asi se practica. A continuacion suscita la duda si en virtud de la misma ley estará escludido el juez de poder proceder de oficio á inquirir sobre el delito de adulterio, y es de dictámen que no deberá proceder el juez de oficio, fundándose en que cuando generalmente se prohíbe la acusacion, tambien parece debe entenderse prohibida la inquisicion, y aun en el caso de limpiar los jueces sus provincias de los hombres facinerosos, dice que no deben espeler á las mugeres adúlteras, aunque públicamente sean reputadas por tales. Por la ley 9, tit. 32, lib. 12 de la Novísima se encarga á las justicias castiguen todos los pecados públicos, y entre ellos se espresa el amancebamiento. El mismo encargo hace la ley 5, tit. 20, libro 3 de la Novísima, á los alca-

des de córte, y pretender otra cosa seria querer que el santo sacramento del matrimonio fuese asilo de toda especie de pecados públicos, y en especial de aquellos que dicen tanta oposicion con sus santos fines, y que se oponen directamente á ellos.

25. Bobadilla en su política, libro 2, cap. 13, número 47, reconoce en los corregidores la facultad de desterrar por razon de escándalo á las mugeres casadas, aunque sean de *buena estofa*, y afirma haberlo así practicado.

26. Gregorio Lopez apoya su opinion en que sin la acusacion del marido no pueden ser castigadas por adúlteras las mugeres, ni aun desterradas, y se inclina á que seria escandalosa semejante práctica. Nótese que este autor en la misma glosa se inclina á que los jueces puedan proceder por razon de incesto contra las mugeres adúlteras, como lo refiere Acevedo en la ley 10, tít. 3, libro 5 de la Recopilacion, número 34 y siguientes, donde impugna la opinion de Gregorio Lopez.

27. Esta opinion de Gregorio Lopez es en realidad contraria á la práctica que en el dia se observa en los tribunales, y me inclino á que ni aun en su tiempo se tuvo por escandalosa en los tribunales. Si Gregorio Lopez limitara su opinion al caso de que el juez procediera de oficio contra la muger adúltera para imponerle la pena de adulterio, podia ser admisible, por ser la pena del adulterio capital por nuestras leyes reales, á no ser que el marido quiera mitigarla; pero como Gregorio Lopez estiende su opinion aun al caso de que el juez impusiese á la adúltera la pena de destierro ú otra arbitraria, no se puede dudar que así del adulterio por razon de escándalo como de los demas delitos puede el juez proceder de oficio, con solo la diferencia que si el escándalo es público procede abiertamente providenciando la prision de los que resultan reos, y si es secreto procede reservando en testimonio secreto el nombre de la muger casada, pero así en uno como en otro caso no se impone á los reos la pena de adúlteros, sino otra arbitraria.

28. He dicho que me inclino á que esta práctica no se tuvo por escandalosa en tiempo que escribió Gregorio Lopez, y me fundo en qué por la ley 1, tít. 26, libro 12 de la Novísima se permite proceder de oficio contra el casado que públicamente viviese amancebado, y aunque en la ley 2 del mismo título espresamente se prohíbe proceder contra la muger casada en juicio ó fuera de él, por razon de ser manceba de clérigo, fraile ó casado, salvo si su marido la quisiese acusar, en cuya ley principalmente se funda Gregorio Lopez para su opinion, debe decirse que la disposicion de esta ley se ha de entender para no proceder contra dicha muger por razon de adulterio, y cuando esta esposicion no pareciese conforme, deberá tener lugar la observacion que hace el mismo Gregorio Lopez de que esta ley se derogó por los mismos Reyes católicos en parte por otra pragmática hecha en Madrid, y cuando nada de esto bastase para desvanecer la opinion de Gregorio Lopez, la misma ley en sus últimas palabras nos da sobrado fundamento para establecer nuestra opinion. Dice, pues, la ley que se proceda por las penas establecidas en derecho contra el marido que consintiese que viva su muger públicamente amancebada; de que se ve que si al marido se le castiga, y se procede contra él de oficio por mero consentidor, con igual y mayor razon debe procederse contra la muger, como reo principal de aquel delito, pues en realidad no es menos delincuente el perpetrador de un delito que el que lo consiente.

29. A lo dicho se añade la disposicion del Santo Concilio de Trento, session 24, capítulo 8 *de reformatione matrimonii*, en que se manda proceder de oficio contra las mugeres solteras ó casadas que vivan públicamente amancebadas, con tal que hayan sido tres veces amonestadas por los ordinarios, imponiéndoles destierro ú otra pena, é invocando para su ejecucion, si fuere necesario, el auxilio del brazo secular. La pragmática de Madrid, por la que dice Gregorio Lopez que en parte derogaron los Reyes católicos lo dispuesto por la ley 2 citada, es la ley 5 del mismo título, en la que mandaron que cuando los clérigos casasen sus mancebas con sus criados ó con otros que hayan de vivir en las casas de los clérigos, procedan las justicias de oficio contra las tales mugeres para imponerles las penas establecidas en la ley 3, como si no fuesen casadas, aunque sus maridos no las acusen y digan que no quieren que se les castigue; y para que no se creyese que el caso de que habla esta ley era una escepcion particular de la regla establecida en la anterior pragmática, estendieron la disposicion de la pragmática de Madrid á las mugeres casadas que viviesen sospechosamente en casa de los clérigos, y asi mandaron que ningunas mugeres sospechosas aunque sean casadas, no esten en casa de los clérigos, y si lo estuvieren, las amonesten las justicias reservadamente para que se aparten, y si no lo hicieren, les señalen término para ejecutarlo, y no saliendo en dicho término, les impongan las penas que á las mancebas, y ademas se les compela á que salgan de las casas de los clérigos.

30. Para formar la acusacion de adulterio advierte Mascardo, referido por Acevedo en la rúbrica del tít. 29, lib. 8 de la Recopilacion, número 24, que ante todas cosas han de cuidar los abogados del acusador de probar y hacer constar el matrimonio entre el acusador y la acusada, porque de otra forma no obtendrán la demanda, y habiendo de ser otro el acusador que el marido, basta probar que la ha tenido y tratado como muger, Acevedo ley 4, tít. 20, lib. 8 de la Recopilacion, número 3.

31. Finalmente debe tenerse presente que segun la comun opinion, en el dia el adulterio no es delito público, sino privado como lo sienta Acevedo en la ley 4, tít. 20, lib. 8 de la Recopilacion número 8, y Julio Claro, práctica criminal, párrafo *adulterium*, número 4 (1).

(1) El nuevo Código penal de 1848, ha establecido disposiciones análogas á la de la ley de Toro, puesto que permite la acusacion del delito de adulterio solamente al marido. Segun el artículo 359, no puede imponerse pena por delito de adulterio, sino en virtud de querrela del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos. Por el artículo 360, se dispone que el marido pueda en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte volviendo á reunirse con ella: en este caso se tendrá tambien por remitida la pena al adúltero. El artículo 361, establece que la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surta todos sus efectos plenamente en lo penal cuando fuese absolutoria; mas si fuese condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposicion de la pena. El artículo 362, establece la misma doctrina espuesta sobre la acusacion que hace el marido, respecto de la acusacion que haga la muger por amancebamiento de este, puesto que establece que lo dispuesto en los artículos 359 y 360, sea aplicable al caso en que el marido tuviese manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo.

Ley 81 de Toro, es la 4.^a, tít. 20, lib. 8.^o de la Recopilacion, y la 4.^a, tít. 28, lib. 12 de la Novísima.

Adulterio de la desposada y su pena, aunque alegue y pruebe la nulidad del matrimonio.

Si alguna muger estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la sancta madre iglesia, cometiere adulterio, que aunque se diga, é pruebe por algunas causas é razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ora porque cualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó haya fecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debian, que por esto no se escusen, á que el marido pueda acusar de adulterio, assi á la muger como al adúltero, como si el matrimonio fuesse verdadero; é mandamos que en estos tales, que assi avemos por adúlteros, y en sus bienes, se ejecute lo contenido en la ley del Fuero de las leyes, que habla cerca de los que cometen delicto de adulterio.

COMENTARIO A LA LEY 81 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—*Nota.* Parte de esta ley que se halla corroborada por el nuevo Código penal.—2. La presente ley es correctoria del derecho romano: disposiciones de dicho derecho.—3 y 4. Se espone la disposicion de la presente ley de Toro.—5. Duda sobre si la disposicion de esta ley debe tener lugar cuando el matrimonio fue nulo por falta de consentimiento: opinion de Acevedo, Gomez, Cifuentes y Castillo, por la negativa.—6. Fundamento de Acevedo en que no es la misma la razon en el caso de la falta de consentimiento que en la de los otros impedimentos, porque estos no son semejantes á aquel, sino desemejantes: se rebate esta razon: se rebaten las demas razones que alega Acevedo.—7. Gomez alega en su apoyo un capitulo de derecho canónico, por el que el pontífice resuelve en el caso de un hombre que casó con una jóven menor de 7 años, que no habia matrimonio ni sponsales, pero esto solo denota que no habia habido verdadero consentimiento.—8. Doctrina de Gomez sobre que es mas fuerte el matrimonio contraído entre personas inhábiles que aquel en que falta el consentimiento, y se funda en que en el primer caso hace la separacion de los casados sin intervencion del juez eclesiástico, y re-

sulta impedimento de pública honestidad, mas no en el segundo, y cita en su comprobacion el capítulo *porro de divoritiis*, y el capítulo *accessit*: se rebate el fundamento de Gomez y esplica el capítulo *porro*.—9. Se esplica el capítulo *accessit*.—10 y 11. Pretende probar Gomez con este capítulo que el matrimonio que ha sido nulo por falta de consentimiento, no necesita de la intervencion del juez eclesiástico para disolverse, ni que de él resulta impedimento de honestidad pública; pero en todo el capítulo no se halla vestigio alguno de matrimonio nulo por falta de consentimiento, segun se espone latamente: es falso lo que afirma Gomez de que cuando el matrimonio es nulo por falta de consentimiento, se haga la separacion sin intervencion del juez eclesiástico, segun se espone, explicando el capítulo 28 de *sponsalibus et matrimonio*.—12 y 13. Se espone dos casos que se resolvieron por dicho capítulo.—14. Los demas capítulos que cita Gomez, conducen menos á su intento, pues denotan que en los casos en que se duda si en el matrimonio ha habido ó no verdadero consentimiento es necesaria la intervencion y declaracion del juez eclesiástico.—15. Espone el señor Llamas que la decision de la ley real comprende el caso de la nulidad por falta de consentimiento igualmente que todos los demas, fundándose en que la diferencia que se pretende entre nulidad por falta de consentimiento, á la de otro impedimento, no se apoya en algun fundamento legal: la presuncion que resulta á favor de la validacion de todo matrimonio celebrado *in facie ecclesiae*, no se destruye por la certeza que tenga cualquiera de los contrayentes acerca de la nulidad, y obrando contra dicha presuncion, se espone á faltar y debe imponérsele la misma pena que si hubiese contravenido.—16. El egemplar que cita Castillo aunque debiera seguirse, no podia servir de regla para decir que siempre que el matrimonio fuese nulo por falta de consentimiento, no era la adúltera comprendida en la decision de nuestra ley, segun se espone: pero es compatible con la ley eximir de su decision á la muger cuando ha sido nulo el matrimonio por haberla compelido á contraerlo por miedo, pues entonces ni aparenta maliciosamente el matrimonio, ni está en la buena fé de su legitimidad, que es la razon de la decision de la ley.—17. Tanto cuando la muger es sabedora del impedimento, como cuando no lo es, rige la disposicion de la ley segun latamente se espone.—18. Se contesta al inconveniente que ofrece la ley al concederle al marido en el caso de que estuviese antes obligado á otro matrimonio, la facultad de castigar á su voluntad á los adúlteros y lucrar sus bienes, puesto que contrajo maliciosamente el segundo matrimonio.—19. Se espone la parte de nuestra ley que quiere que en las personas y bienes de los que son tenidos por adúlteros, se ejecuten las mismas penas que dispone la ley del Fuero, y que se mencionan; en los bienes de los adúlteros que concede la ley al marido, se comprenden los bienes parafernales, segun Auevedo y Covarrubias.—Nota. Nuevas penas impuestas al delito de adulterio por el Código penal de 1848. Modificaciones introducidas por el mismo en la doctrina de este Comentario.—20. Competen á la adúltera para no incurrir en las penas de la ley del Fuero todas aquellas escepciones que impiden al marido la acusacion del adulterio y se han referido en el Comentario á la ley 80 de Toro: se refieren las cinco escepciones que pone Cifuentes.—21. Duda sobre si al espresar la ley el voto de castidad, y el de entrar en religion al mencionar como impedimentos dirimentes del matrimonio que causan nulidad, la consanguinidad y afinidad dentro del cuarto grado y el anterior matrimonio, era que los reputa dirimentes ó que los mencionó inopinadamente.—22. Se decide el señor Llamas, porque al mencionar la ley real el voto de castidad no lo consideró como impedimento dirimente, sino refiriéndose al solemne, segun se infiere por otras palabras de la ley presente y de otra de Partida.—23. Por dichas leyes se ve que el voto de entrar en religion no se toma precisamente por la promesa de profesar la vida religiosa, pues entonces el voto seria simple, sino que es una espresion comun aplicable al voto simple y solemne por lo que la espresion de la ley de Toro debe entenderse del solemne, porque de lo contrario no podria tener un sentido recto el contexto de la misma.—24. Se rebate la deducccion que se hace de la diferencia de espresion entre la ley de Partida y la presente, suponiendo que la de esta no significa que el voto de entrar en religion sea lo mismo que la profesion actual de ella.—25. Estrañeza de qué los comentadores no se hayan detenido á aclarar esta duda.

4. Dispone la presente ley que si alguna muger casada ó desposada por palabras de presente, *in facie Ecclesiae*, cometiere adulterio, aunque despues se diga y pruebe que el matrimonio fue nulo por ser parientes

por consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ó porque alguno de ellos estaba antes casado, ó habian hecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cualquiera causa, supuesto que por ellos no quedó de hacer lo que no debian, no les sirva esto de excusa para que el marido no pueda acusar de adulterio, tanto á la muger como al adúltero, como si el matrimonio hubiera sido verdadero, y manda que en tales adúlteros y en sus bienes se ejecute lo contenido en la ley del Fuero de las leyes que hablan de los que cometieren delito de adulterio (1).

2. Es la presente ley correctoria del derecho comun. Disponia este en la ley 13, párrafo *sed si*, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*, que la muger que habiendo cometido adulterio se encontraba que no podia subsistir el matrimonio, ó bien por razon de incesto, ó por otra justa causa, no pudiese ser acusada de adulterio por su marido *jure mariti*, sino únicamente *jure extranei*. Oiganse sus palabras: *Sed si ea sit mulier cum qua incestum commissum est, vel ea, quae quamvis uxor omnino haberetur, uxor tamen esse non posset, jure extranei posse*. Consiguientemente á esto disponia la ley 24, párrafo final del mismo título, que no pudiese matar el marido á esta muger presunta cogida *in fraganti adulterio*, porque solo se concedia esta facultad á los que la podian acusar *jure mariti*. Son estas palabras del jurisconsulto Ulpiano, que resuelve la duda. *El rectius dicetur eos jus occidendi habere, qui jure patris maritve accusare possunt*. Disputan á este propósito los autores, si segun el derecho comun deberá lucrar en este caso la dote el marido, y como carecen de fundamento legal por no haber ley terminante en el asunto, se dividen en opiniones, las que procura conciliar Gomez á esta ley, número 48, de un modo que no le satisface á Acevedo, en el comentario á la ley 4, tit. 20, lib. 8 de la Recopilacion.

3. Prescindiendo de esta disputa, que nada aprovecha para la inteligencia de la ley real, y antes bien su decision la resuelve de un modo terminante, vuelvo á repetir lo que dejo dicho al principio de este comentario, que nuestra ley Real es correctoria del derecho comun.

4. Quiere nuestra ley que cuando alguna muger estando casada ó desposada de presente segun el rito de nuestra Santa madre iglesia, cometiere adulterio, aunque justifique fue nulo el matrimonio por haber mediado impedimento dirimente, pueda el marido acusarla de adulterio asi á ella como al adúltero, como si el matrimonio hubiera sido verdadero, y que en las personas y bienes de los que asi son tenidos por adúlteros se ejecuten las mismas penas que contra los verdaderos adúlteros y se contienen en la ley del Fuero de las leyes que habla del delito de adulterio.

5. Dudan algunos de nuestros autores si la disposicion de esta ley deberá tener lugar cuando el matrimonio fue nulo *ex defectu consensus*. Acevedo para resolver esta duda en la ley 4, tit. 20, lib. 8 de la Recopilacion examina en el número 24, si los ejemplos que espresa la ley han sido puestos *exemplariter ó restrictive*. Explica la significacion de las dos palabras, y resuelve que no debe tener lugar la disposicion de la ley siendo

(1) La disposicion de esta ley de Toro se halla corroborada en esta primer parte por el nuevo Código penal de 1848, en cuyo art. 358, párrafo 2, se dice que cometen adulterio la muger casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, *aunque despues se declare nulo el matrimonio*.

el matrimonio nulo por falta de consentimiento. Antonio Gomez en la ley 80, número 48, Cifuentes y Castillo á la presente ley habian dicho antes lo mismo, y aun añade este último que se le ofreció un caso en que libértó de la pena de adulterio á una muger, que por violencia habia sido precisada á contraer matrimonio, y despues la acusaba su marido de adulterio. No me detengo á examinar el fundamento de la distincion de Acevedo, asi por no ser necesario para la resolucion de la duda, como tambien porque dicha distincion envuelve en sí cierta confusion (contra la naturaleza de las distinciones, que únicamente tiene por objeto la mayor claridad), que obscurece lo que el autor espresa, aunque no deja de comprenderse lo que quiso decir.

6. El fin á que se dirige la distincion de Acevedo es á manifestar que no es la misma razon en el caso de la falta del consentimiento, que la que se encuentra en los otros impedimentos, porque estos no son semejantes á quel, sino desemejantes. Esta es toda la fuerza del fundamento en que funda su opinion Acevedo. Si se le hubiera preguntado la razon de esta desemejanza no sé si hubiera dado otra que la que trae al fin del número 24, que dice asi: «porque si falta el consentimiento en tal matrimonio por haber sido contraido por fuerza ó miedo, entonces no tendria lugar nuestra ley». Como no creo que haya quien quede satisfecho con esta razon, no me detengo á impugnarla, bastando decir que eso es responder con la conclusion. Veamos si son mas poderosas dos razones que refiere en el número 25, la primera tomada del Castillo, y la segunda producida por el mismo Acevedo. La primera se funda en las palabras de la ley «estando desposada» por palabras de presente. «Y de aqui infiere que hubo verdadero consentimiento. La segunda la saca de las siguientes palabras: «en haz de la santa madre iglesia.» Porque esta no acostumbra á casar á los que lo repugnan, si no á los que consienten. Asi una razon como otra suponen la diferencia entre la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, y la que resulta de los otros impedimentos. Pero como esta pretendida diferencia no se ha hecho constar con algun sólido fundamento, se sigue por consiguiente que las dos razones que se alegan sacadas de las palabras de la ley no son de alguna eficacia para el fin que se proponen. Se persuade esto mismo con mayor claridad y evidencia reflexionando que así de las palabras que nota en la ley Castillo, como de las que cita Acevedo, no menos se infiere la espedita potestad de parte de los contrayentes, sin mezcla de algun impedimento dirimente para celebrar el matrimonio, que el verdadero consentimiento, pues tanto se requiere lo uno como lo otro para decir que la muger está desposada por palabras de presente. La ilacion que forma Acevedo de las palabras que cita de la ley, aun es mas disonante, porque el decir que la iglesia no acostumbra casar sino á los que consienten, es una verdad tan constante como el asegurar que la misma iglesia no acostumbra casar sino á los que no tienen impedimento dirimente, con que si porque la iglesia no acostumbra casar sino á los que consienten, infiere Acevedo que la decision de la ley no comprende ó no se estiende al caso de la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, por la misma razon deberá inferirse que la ley tampoco quise comprender los demas casos en que la nulidad del matrimonio provenga de algun impedimento dirimente, y así venimos á sacar que la decision de nuestra ley se dirige á un caso im-

posible, á saber, para cuando el matrimonio sea nulo sin que intervenga impedimento dirimente.

7. No son mas eficaces los argumentos del Gomez para probar el mismo dictámen. Alega el cap. 13, *ad dissolvendum, de spons. imp.*, pero la decision de este capítulo nada aprovecha para el asunto. Es el caso que se refiere en el que un hombre contrajo matrimonio con una muchacha menor de siete años. Por parte de la muchacha se puso demanda de nulidad por razon de consanguinidad, y despues de varias escepciones que propuso el hombre contra los testigos y el actor, consultado el Pontífice respondió que entre los litigantes ni habia matrimonio ni esponsales, porque constaba que la muchacha no habia llegado á los siete años, y asi que no habia lugar á la acusacion, porque no habia sobre que pudiera formarse. De aqui infiere Gomez que en el caso que se haya contraido por fuerza el matrimonio, no ha lugar á la acusacion de adulterio. Pero ¿quién no ve que esta es una consecuencia ridícula y arbitraria, que nada concuerda con las premisas del capítulo? El declarar el Pontífice que no habia lugar á la demanda de consanguinidad, porque resultaba que la muchacha era menor de siete años cuando contrajo el matrimonio, no denota otra cosa sino que constando que de parte de la muchacha no habia habido verdadero consentimiento por ser menor de siete años, cuya edad septenar requieren los cánones para que haya verdadero consentimiento, como se ve en el cap. *accessit 5, de spons. imp.*, era escusado y ocioso seguir y continuar la causa de consanguinidad, cuando resultaba ya antes probado otro impedimento dirimente, que habia estorbado se contragese el matrimonio, cual era la falta de consentimiento. Lo mismo que sucederia si litigando dos casados sobre nulidad de matrimonio por razon de impotencia, resultase que eran consanguíneos dentro del cuarto grado, que entonces se sobreseeria en la demanda, y se declararia nulo el matrimonio por razon de la consanguinidad, sin que de aqui pudiera inferirse que el impedimento de consanguinidad era mas fuerte y eficaz que el de la impotencia.

8. Prosigue Gomez en confirmar la doctrina que hemos referido, y dice que es mas fuerte el matrimonio contraido entre personas inhábiles, que aquel en que falta el consentimiento, y se funda en que en el primer caso no se hace la separacion de los casados sin intervencion del juez eclesiástico, y resulta ademas de esto impedimento de pública honestidad, y cita el capítulo *porro 3 de divortiis*; pero en el segundo ni se necesita de la intervencion del juez eclesiástico, ni nace impedimento de honestidad pública, y cita el cap. *accessit 5 de spons. imp.* Ya se deja conocer que el lenguaje de que usa Gomez es impropio é irregular, pues el matrimonio contraido con impedimento dirimente es nulo, y de consiguiente no puede ser mas fuerte su vínculo en el caso que intervenga impedimento de inhabilidad de las personas, que en el que falte el consentimiento, pues en uno y otro caso es nulo y de ningun valor. Pero veamos si los capítulos que cita persuaden su intento. En el capítulo *porro, de divortiis* se propone el caso de que un conde de su propia autoridad dejó á su muger por decir era consanguínea de la primer muger, y se casó con otra. Consultado el Pontífice, responde que aunque el parentesco fuera público y notorio, no debia haberse separado sin intervencion del juez eclesiástico, y por tanto encarga el Pontífice al obispo que compela al conde á volver con su muger, que pedia se la restituyese su marido. De esta decision única-

mente se colige que la muger habia sido injustamente despojada de la posesion en que estaba de su marido, porque este despojo se habia hecho privadamente y de autoridad propia, y el despojado ante todas cosas debe ser restituído, como lo persuade todo el título de *restitutione spoliatorum* de las Decretales.

9. Pasemos á examinar el capítulo *accesit* que lo cita Gomez en comprobacion del segundo caso: consultó el arzobispo de Eborá á Alejandro III el caso siguiente: un hombre contrajo esponsales con una muchacha dentro de los años de la pubertad, y como ella posteriormente rehusase ratificar los esponsales, la declaró por libre el arzobispo, y el citado hombre se casó con la madre de la muchacha, y tuvo sucesion. De aqui tomó ocasion de dudar el arzobispo si el matrimonio con la madre de la muchacha habria sido válido, y si la prole seria legítima. En satisfaccion de esta duda responde el Pontífice que si la muchacha no tenia siete años cuando contrajo los esponsales, y despues no consintió en ellos, y fue declarado por libre de ellos el hombre por el arzobispo, el matrimonio celebrado entre dicho hombre y la madre de la muchacha era válido y la prole legítima; pero si la muchacha habia cumplido los siete años antes de contraer los esponsales, aunque el hombre habia quedado libre de la obligacion, por el mismo hecho de resistirse á casarse con él la muchacha, parecia una cosa indecente que tenga por muger á la madre con cuya hija habia estado desposado.

10. Pretende el Gomez probar con este capítulo que el matrimonio que ha sido nulo por falta de consentimiento no necesita de la intervencion del juez eclesiástico para disolverse, ni que de él resulta impedimento de honestidad pública, pero en todo el capítulo no se halla vestigio alguno de matrimonio nulo por defecto de consentimiento, únicamente hubo la duda de si la muchacha antes ó despues de los siete años contrajo los esponsales; de la averiguacion de este hecho dependia el saber si habia resultado impedimento de pública honestidad entre el esposo y la madre de la muchacha, y de consiguiente el conocer si el matrimonio de los referidos habia sido válido y la prole legítima, que era la duda sobre que se dirigia la consulta del arzobispo. ¿Dónde está, pues, el matrimonio nulo por falta de consentimiento? Si llama matrimonio á los esponsales contraídos antes ó despues de los siete años, y revocados al llegar á la pubertad, incurre en el inconveniente de creer que antes de la pubertad se pueda contraer matrimonio contra la decision espresa del capítulo 8 de *desp. impuberum*, libro 4, D., y del capítulo único del mismo, título in 6, párrafo *in quoque*, donde espresamente se resuelve que los esponsales de presente contraídos antes de la pubertad se interpretan segun derecho por esponsales de futuro, y ni aun por el hecho de llegar á la pubertad los contrayentes no pasan á matrimonio de presente.

11. Si pretende Gomez que la revocacion de los esponsales hecha por la muchacha al llegar á la pubertad anuló el matrimonio, por la misma decision del capítulo único in 6. que acabamos de referir, se convence que antes de la pubertad no puede haber matrimonio, sino esponsales, y asi la revocacion es de los esponsales, y no del matrimonio que no existia; y de lo que no existia ni en apariencia, no se puede pretender nulidad; y á deber ser admitida esta locucion, deberiamos decir que todos los que no se casan anulan otros tantos matrimonios como los que podian contraer. Aun

sale consecuencia contraria á la doctrina de Gomez del capítulo que cita, y es que de los esponsales de la muchacha contraidos despues de los siete años, que él llama matrimonio, se sigue impedimento de honestidad pública, como lo persuaden las últimas palabras del capítulo, y lo confirman el capítulo 4, *eod tit.* en donde se refiere un caso en todo igual. Me he detenido en referir por estenso las decisiones de los principales capítulos que cita Gomez en confirmacion de su doctrina, para que se vea que de ellos no salen las consecuencias que él pretende. Ahora haré ver brevemente que lo que afirma Gomez de que cuando el matrimonio es nulo por falta de consentimiento se hace la separacion sin intervencion del juez eclesiástico es enteramente falso y contrario á las decisiones canónicas, como claramente se convence del cap. 28 de *sponsalibus et matrimonio*, el que está tan terminante que cualquiera que lo lea quedará persuadido de esta verdad, sin necesidad de mayor comprobacion, y para evitar á mis lectores la molestia de buscarlo, voy á compendiar su resolucion.

12. Dos fueron los casos que se consultaron al Papa Honorio III en el capítulo 28, el primero de aquellas mugeres que viniendo á recibir las bendiciones á la puerta de la iglesia aseguraban que nunca habian consentido en casarse con los que se decian sus maridos, y resuelve el Papa que probando estos lo contrario no debian ser creidas, lo que supone que habian sido oidas judicialmente, pues de otro modo no podia constar la prueba hecha por sus maridos.

13. El segundo caso fue de aquellas mugeres, que recibida la bendicion nupcial, inmediatamente, y antes de consumar el matrimonio, se ausentaban de sus maridos, asegurando que nunca habian consentido en casarse con ellos, sino que compelidas del miedo habian manifestado que consentian, y resuelve el Papa que no han de ser inmediatamente desatendidas, sino que debe averiguarse antes si el miedo que se les impuso era de aquella especie, que puede ser bastante para hacerse temer de un varon constante, en tal caso deberia ser atendida su queja y escepcion, lo que igualmente prueba que habia de intervenir una prévia desatencion del hecho.

14. Los demas capítulos que cita Gomez al fin del número 48 conducen aun menos á su intento, y en especial el capítulo *veniens 15 de sponsalibus et matrimonio*, y el cap. *significavit 2, de eo qui duxit in matr. quan polluit per ad.*, los que denotan claramente que en los casos en que se duda si en el matrimonio ha habido ó no verdadero consentimiento, es necesaria la intervencion y declaracion del juez eclesiástico. No podia ser otra cosa, porque siendo el matrimonio por su naturaleza indisoluble, era consiguiente que celebrado una vez *in facie ecclesiae*, se prohibiera el disolverlo sin la autoridad de la iglesia, por mas cierta y clara que sea la causa de la nulidad, pues de otro modo con facilidad se seguiria escándalo, como observa Pichler *in jus canonicum*, título 4, libro 4, número 70.

15. Hasta aqui he procurado satisfacer á las razones con que Gomez y Acevedo quieren persuadir la diferencia del matrimonio nulo por falta de consentimiento de cuando lo es por otro cualquier impedimento. Resta ahora manifestar mi dictámen y esponer las razones en que lo fundo. Digo pues, que la decision de nuestra ley real comprende el caso de la nulidad

por falta de consentimiento, igualmente que todos los demas, y me fundo en que la diferencia que se pretende entre nulidad por falta de consentimiento, á la de otro impedimento no se apoya con algun fundamento legal como se ha visto. A mas de esto, obra á favor de mi dictámen la doctrina que he referido del Pichler, apoyada con varias decisiones canónicas, especialmente con el capítulo 28 de *spons. et matrim.*, y con el 3, de *divortiis* en los que se vé que tanto en el caso de nulidad por falta de consentimiento, como en el de consanguinidad, se exige y necesita de la declaracion del juez eclesiástico. Esta presuncion, que resulta á favor de la validacion de todo matrimonio celebrado *in facie ecclesiae*, no se destruye por la certeza que tenga cualquiera de los contrayentes acerca de la nulidad, y asi obrando con dicha presuncion se espone á faltar á la obligacion que se contrae por el matrimonio, y á esto acaso aluden las palabras siguientes de la ley: «pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debian,» y no debe parecer extraño que á quien contra una presuncion tan autorizada se atreve á obrar, se le imponga la misma pena que si hubiese contravenido á la fé del matrimonio.

16. El ejemplar que refiere Castillo no se sabe si se hizo ante algun juez inferior ó en algun tribunal superior; pero como quiera que sucediese, debe decirse, segun la ley 13, C. de *sententiis et interlocutionibus quae non exemplis sed legibus judicandum est*. Pero aun cuando este ejemplar debiera seguirse, no podia sacarse de él una regla cierta y constante para decir que siempre que el matrimonio fuera nulo por falta de consentimiento, no era comprendida la adúltera en la decision de nuestra ley, porque supongamos que la fuerza y violencia para contraer el matrimonio no se hubiera hecho á la muger, sino al marido; ¿podria la muger para escusarse en tal caso de incurrir en la pena de la ley real, decir que el matrimonio habia sido nulo por falta de consentimiento? Seguramente que no podria admitirse semejante excusa sin hacer una violencia manifiesta á la razon en que se funda la decision de nuestra ley de que «por ellos no quedó de hacer lo que no debian.» No obstante lo espuesto, me parece es compatible con la ley real eximir de su decision á la muger, cuando ha sido nulo el matrimonio por haberla compelido á contraerlo por miedo, pues en este caso ni aparenta maliciosamente el matrimonio, ni está en la buena fé de su legitimidad, que es la razon en que se funda la decision de la ley.

17. Parece á primera vista que atendiendo á la razon de esta ley deberia comprender su decision tan solamente aquellos casos en que de parte de la muger habia la buena fé de creer que el matrimonio era válido, porque entonces es cuando parece se verifica con mas propiedad la razon de que por los adúlteros no quedó de hacer lo que debian, y por el contrario siendo la muger sabedora de la nulidad del matrimonio, no parece debe decirse en rigor que por ella no quedó de hacer lo que no debia, pues aunque prostituyéndose faltaba á la ley de la castidad, no faltaba á la fé del matrimonio sabiendo que era nulo, que es el delito que pretende castigar la ley real. Esta esposicion ó temperamento, por mas que parezca verosimil y equitativo, es abiertamente contrario á las palabras de la ley, que dice asi: «Ora porque cualquiera de ellos sea obligado antes á otro matrimonio.» Se ve por estas palabras que tanto cuando la muger es sabedora del impedimento, como cuando no lo es, rige la disposicion de la ley, porque ¿quién mejor que los contrayentes sabe si han contraido ó no antes otro ma-

trimonio? que es el sentido con que debe entenderse si están obligados antes á otro matrimonio, pues á entenderse estas palabras de los esponsales de futuro, se seguiria que estos eran impedimento dirimente del matrimonio de presente contra las disposiciones canónicas, y con todo tanto en el caso de que el marido esté obligado antes á otro matrimonio, como en el caso de que lo esté la muger, quiere la ley se imponga á esta pena de adulterio, sin que le aproveche la reflexion de que en este caso no falta á la fé del matrimonio, porque como queda dicho arriba, la ciencia privada de cualquiera de los contrayentes no es bastante para destruir la presuncion que obra á favor de la validacion del matrimonio.

18. Otro inconveniente parece seguirse de las palabras que se han referido de la ley, y es que aun en el caso que el marido estuviese antes obligado á otro matrimonio se le concede la facultad de castigar á su voluntad los adúlteros y lucrar sus bienes, pues habiendo contraído maliciosamente el segundo matrimonio, y seducido á la muger ocultándola su anterior obligacion, y á mas de esto haberse hecho reo de adulterio, no parecia justo que á un reo de tan execrable delito, y que en cierto modo habia dado ocasion para que la muger incurriese en el suyo, se le dé la misma potestad para castigar á los adúlteros que se le daría á un inocente. Pero á esto se satisface con decir que la presente ley únicamente pretende castigar á los adúlteros, para cuyo fin le da la correspondiente facultad al marido. Los delitos en que este pueda haber incurrido tendrán igualmente su merecido por las leyes que traten de las penas que les correspondan.

19. Finalmente, quiere nuestra ley que en las personas y bienes de los que son tenidos por adúlteros se ejecuten las mismas penas que dispone la ley del Fuero, que se halla colocada en la ley 1, tit. 28, libro 12 de la Novísima; ordena, pues, esta ley que la muger casada que cometiere adulterio sea puesta en poder del marido juntamente con el adúltero, para que de sus personas y bienes haga lo que quiera, con tal que no pueda matar al uno de ellos y dejar al otro, y que ninguno de los adúlteros tenga hijos legítimos que hereden respectivamente sus bienes; pero si la muger no tuviere culpa, por haber sido forzada, no incurra en pena alguna. Vemos por esta ley que se da facultad al marido de la adúltera para quitar la vida á los adúlteros si quisiere, ó ejecutar en ellos las penas corporales que le pareciere, como se dirá en la ley 82 de Toro. Tambien le concede la ley del Fuero todos los bienes de los adúlteros, en que deben comprenderse tanto los bienes parafernales de la muger como los dotales, segun observa Acevedo en la ley 1, tit. 20, lib. 8 de la Recopilacion, número 48; Covarrubias de *matrimonio*, parte 2, cap. 7, párrafo 6, número 7, advierte con referencia á la ley 1, tit. 7, lib. 4 del Fuero Real, que los bienes que pasan á los hijos por la muerte de aquel que los adquirió por el adulterio del consorte, no se imputan á los hijos en la legítima de los bienes de aquel que los lucró (1).

(1) Las penas impuestas por la ley del Fuero y recopiladas al delito de adulterio han quedado abolidas por el nuevo Código de 1848, que castiga este delito con la pena de prision menor. En cuanto á las escepciones de la adúltera para librarse de la pena, referidas en el número siguiente de este Comentario, se ve por el artículo 359 del nuevo Código, que aquella se librará de pena cuando el marido agraviado deduzca su

20. Competen á la adúltera varias escepciones para no incurrir en las penas de la ley del Fuero, y son todas aquellas que impiden al marido la acusacion del adulterio, y quedan referidas en el Comentario de la ley 80 de Toro. Cifuentes referido por Acevedo en la ley 4, tit. 20, lib. 8 de la Recopilacion, número 28, pone cinco escepciones, con las que se impide al marido lucrar los bienes de los adúlteros. La primera y la última que se verifican, aquella cuando los adúlteros tienen hijos legítimos, y esta cuando el marido ha sido alcahuete de su muger, se hallan espresamente confirmadas por leyes reales, á saber: la primera por la ley del Fuero citada, y la segunda por la ley 7, título 17, Partida 7, cuya escepcion de lenocinio del marido se ha de oponer antes de la contestacion á la acusacion de adulterio para que aproveche á la muger, como lo manifiestan las palabras de la ley y lo sienta Gomez en la ley 80 de Toro, número 71, porque poniéndose dicha escepcion despues de la contestacion de la demanda, no se liberta la muger de la pena de su delito, aunque al marido en tal caso se le impone la correspondiente al suyo, bien que segun observa Gregorio Lopez en dicha ley, glosa 4, aun cuando la muger oponga la escepcion despues de la contestacion, se inclina á que se debe absolver de la acusacion, y se funda en que despues que por la ley del Fuero se cometió al marido el castigo del delito de adulterio, seria duro que la muger fuera puesta en poder del marido para castigarla á su voluntad, siendo él el autor del delito, y que ademas consiguiese la utilidad de lucrar los bienes de la muger, y por tanto se persuade que en la práctica no se observaria la disposicion de la ley de Partida en este punto. Las tres escepciones siguientes de Cifuentes las omito por no ser tan fundadas.

21. Parecia deberse concluir ya el Comentario de esta ley; pero antes resta examinar una duda que se ofrece á primera vista, y sin embargo dudo que alguno de los comentadores de esta ley se hagan cargo de ella, pues Palacios Ruvios, Gomez y Acevedo, que actualmente tengo á mano guardan un profundo silencio, y lo mismo me persuado sucede á Castillo y Cifuentes, á quienes citan los dos últimos. Es tan obvia la dificultad de que voy á hablar, que apenas leí la segunda vez la ley cuando la percibí. Hago esta confesion, no para ensalzar mi perspicacia, sino para alabar la moderacion y modestia de los comentadores que han querido mas desentenderse de ella, que verse en la precision de reconocer un error craso en nuestra ley; pero el amor á la verdad, que no es menos digna de nuestra atencion que las mismas leyes, y la ingenuidad que profeso, me lo hacen prescindir de los respetos que han contenido á los comentadores. Refiere nuestra ley, como impedimento dirimente del matrimonio, que causan nulidad la consanguinidad y afinidad dentro del cuarto grado y el anterior matrimonio, y á continuacion de estos impedimentos pone

querella, solamente contra uno de los culpables, no obstante vivir ambos, ó cuando hubiese consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de los adúlteros. En cuanto á la circunstancia de haber sorprendido á los adúlteros *in fraganti* al matarlos, no se considera como de completa esculpacion segun nuestras antiguas leyes, sino como circunstancia de aminoracion de la pena, segun se espone en la nota al número 39 del Comentario á la siguiente ley de Toro. Asimismo, en el dia no puede verificarse que el marido gane la dote ni los bienes de los adúlteros, si los matare *in fraganti*, segun se espresa en la nota al núm. 45 del Comentario á la ley siguiente de Toro.

el voto de castidad, y el de entrar en religion, manifestando ser de la misma clase que los impedimentos que deja referidos, pues como el fin de la ley era quitar á la muger adúltera la excusa que podia dar de que habia sido nulo el matrimonio, el hacer espresa mencion del voto de castidad y del de entrar en religion era conocidamente para reputarlos dirimientes del matrimonio, ó de no, se ha de decir que inoportunamente hizo mencion de ellos, no menos que si hubiera tambien espresado los espousales de futuro.

22. Sin embargo de haber creído hasta aquí que nuestra ley ponía por impedimento dirimente el voto simple de castidad, no puedo menos de confesar, despues de haber reflexionado las palabras de la ley 2, título 8, Partida 1, y las de la ley 11, tít. 2, Partida 4, que padecí equivocacion en creer que la ley real se apartaba de las disposiciones canónicas. El voto de castidad puede ser simple ó solemne, segun la ley 2, tít. 8, Partida 1, que va conforme con el derecho canónico en esta parte, luego cuando nuestra ley de Toro pone entre los impedimentos dirimientes el voto de castidad, hay sobrado motivo para presumir lo entendié del solemne. Confirman esta conjetura las palabras siguientes de la ley *ó de entrar en religion*, que ciertamente se han de entender del voto solemne, como lo declara la ley 11, tít. 2, Partida 4, por estas palabras. «La tercera cosa que embarga el casamiento es voto solemne que alguno prometiese para entrar en religion. Aun se esplica con mas claridad en esta parte la ley 2, tít. 8, Partida 1, que espresa la diferencia entre el voto solemne y simple de entrar en religion». Dice así «cá si alguno obiese fecho en su voluntad voto simple para entrar en órden, é casase despues, valdria el matrimonio, é si lo ficiese solemnemente no podria casar, é si casase no valdria el casamiento.»

23. Vemos con la mayor claridad por las palabras de estas dos leyes que el voto de entrar en religion no se toma precisamente por la promesa de profesar la vida religiosa, pues en este caso el voto seria simple, y de consiguiente no seria dirimente del matrimonio, como espresamente lo dispone el cap. 3, tít. 6, lib. 4, *Dec.*, sino que es una espresion comun é indiferente que la aplican las leyes ya al voto simple, ya al solemne. Siguiendo este mismo estilo la ley de Toro, usa de la misma locucion *de voto de entrar en religion*, y como esta locucion es comun al voto simple y solemne, y por otra parte el contesto de la ley no podria tener un sentido recto y arreglado si se entendiese del voto simple, por tanto debe decirse que la espresion de que usa nuestra ley se ha de entender del voto solemne de entrar en religion.

24. Se advierte una diferencia entre la espresion de las leyes de Partida y la nuestra, y es que las leyes de Partida dicen *voto para entrar en religion*, y la nuestra *de entrar en religion*, cuya diferencia puede hacer creer que la espresion de las leyes de Partida no tiene nada de impropiedad para significar el voto solemne, porque como en la religion se entra por los votos, lo mismo es decir voto para entrar en religion que hacer la profesion en ella; y al contrario en la espresion de nuestra ley no parece pueda conceptuarse que el voto de entrar en religion sea lo mismo que la profesion actual de ella. Para satisfacer esta duda basta advertir que la ley 2, tít. 8, Partida 1, usa de la misma frase para denotar y significar el voto simple que la que hemos referido del solemne, de que se

convence que la palabra *para* no denota y significa la actual profesion, porque hallándose igualmente dicha palabra en la espresion de los dos votos, si en el solemne significa la actual profesion, lo mismo habria de significar en el simple, y seria preciso decir que era voto simple, por el que actualmente se profesaba la religion. No debe estrañarse que las leyes de Partida se sirviesen de esta locucion menos propia al considerar que su formacion fue anterior algunos años al Papa Bonifacio VIII, que en su cap. *de voto*, in 6, declaró en qué consistia la solemnidad del voto para que se dijese solemne, haciendo cesar de este modo las varias opiniones que habia entre los autores en este punto, y que sin duda dieron causa á los que entendieron en la formacion de la obra de las Partidas para hacer la definicion ó descripcion del voto solemne en los términos en que se ve al principio de la ley 2, tít. 8, Partida 1. En confirmacion de lo dicho se puede añadir que la sabiduría, prudencia y autoridad de los ministros que asistieron á la formacion de las leyes de Toro no deja lugar á presumir que al voto simple de castidad le diesen fuerza para dirimir al matrimonio, antes bien debe creerse que el haber hecho espresion de voto de castidad indeterminadamente, fue porque el contesto de la ley de Toro daba sobrado motivo para conocer que hablaban del voto solemne. Ademas que segun reglas de interpretacion, cuando una palabra tiene dos significados, siempre se le ha de atribuir el que se vea conviene mas á la materia de que se trata y al sentido de la oracion, y en ninguna manera se le ha de dar aquel que es impropio y absurdo al asunto.

25. Concluyo con decir no merecen disculpa nuestros comentadores de no haberse detenido á aclarar esta duda, que no deja de tener algun fundamento, y que se dirige á poner en claro la verdadera inteligencia de nuestra ley, al paso que les vemos formar y detenerse en dispar otras, que ó no tienen el menor fundamento, ó en nada pertenecen á la ley que se han propuesto explicar.

Ley 82 de Toro; es la 5.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion, y la 5.ª, tít. 28, lib. 42 de la Novísima.

Casos en que el marido que matare á la adúltera y su cómplice, no debe ganar los bienes de ambos.

El marido que matare por su propia autoridad al adúltero, é á la adúltera, aunque los tome *in fraganti* delito, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare, salvo si los matare ó condenare por autoridad de nuestra justicia, qué en tal caso mandamos que se guarde la ley del Fuero de las leyes que en este caso disponen.

COMENTARIO A LA LEY 82 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 4. Resumen de la ley.=2. Disposición de la ley del Fuero á que se refiere la presente.=3. De esta ley aparece la diferencia que establece la ley de Toro entre los casos que el marido quita la vida á los adúlteros cogidos *in fraganti* por su propia autoridad ó cuando lo ejecuta por autoridad de la justicia, pues en el primero manda que no gane la dote y bienes de los adúlteros y sí en el segundo.=4. Segun Gomez el fundamento que tuvo la ley para privar al marido de dichos bienes, es porque ejecutaba el acto por su propia autoridad, y en tales casos la ley priva del lucro legal, segun la ley romana que cita.=5 y 6. Se rebate esta opinion: la ley romana que cita Gomez, aunque establece la diferencia indicada, no proviene esta de la circunstancia que pretende, segun se prueba, esponiendo el Comentario que de dicha ley hace Cujacio.=7. Se espone el motivo de la ley segun Llamas, cual fué, el precaver por ella que los maridos no se moviesen á quitar la vida á los adúlteros, mas por codicia que por vindicta pública, ó que imputasen falsamente á los adúlteros el delito que no habian cometido.=8. Se espone en comprobacion de esta verdad una ley del Ordenamiento de Alcalá y un caso que se halla en los Fueros de Burgos.=9. Ley de Partida que prueba la prudencia y economía con que proceden los legisladores en evitar la efusion de sangre.=10. Pudiera decirse que la razon de diferencia de los casos arriba espresados, consiste en que cuando el marido procede por su propia autoridad obra ilícitamente en el fuero interno y no cuando por autoridad de la justicia.=11. Ley de Pomponio en comprobacion de la razon de diferencia que se ha indicado.=12. La ley no fundó la razon de diferencia en lo lícito ó ilícito de la accion del marido, pues en ambos casos procedió lícitamente en el fuero esterno, y acaso podrá decirse que la diferencia se fundaba en que en el un caso el delito estaba probado judicialmente y en el otro solo era presunto: no se opone á esto la ley de Pomponio porque por derecho de los romanos no fue permitido al marido matar á la adúltera, por lo que es extraño que segun dicha ley no se concediese al marido la dote de su muger en tal caso.=13 al 15. La declaracion de la ley de Toro sobre que el marido no gane la dote, no era supérflua aunque no hubiese ley anterior que le concediese lucrarse de ella, pues fue necesario declarar espresamente que no pudiera adquirirlos, porque disponiendo la ley del Fuero Real que el marido que por autoridad de la ley matare á los adúlteros ganase sus bienes, estendiendo esta facultad la ley del Ordenamiento de Alcalá contra los adúlteros, sin disponer nada sobre la adquisicion de sus bienes, podia entenderse que tambien se hizo extensiva la ley del Fuero á la adquisicion de bienes.=Nota. En el dia no puede verificarse que el marido gane la dote y bienes del adúltero, matándole, segun las disposiciones del nuevo Código penal que se esponen.=16. Se pasa á esponer las penas con que en todos tiempos han procurado los legisladores castigar á los adúlteros.=17. Fatales consecuencias del adulterio.=18. Pena de muerte impuesta á los adúlteros por Moisés y confirmada por el Deuteronomio.=19. Ley de Papiniano que impone la pena de muerte contra la muger convencida de adulterio: ley compren-

diendo al marido que mataba á su muger cogida en adulterio, en dicha pena: ley del emperador Pio, reduciendo la anterior á obras públicas ó destierro: lo mismo dispusieron Marco Antonio y Conmodo por la ley Julia.=20. Texto de Justiniano en que parece atribuir á la ley Julia la imposición de la pena capital.=21. Se espone dicha ley Julia segun la interpretacion de Antonio Mathei, Gravina y Heineccio.=22. Se explica el texto referido de Justiniano con las autoridades de Mathei y Gravina.=23. Constantino Magno fue el primero que impuso la pena capital contra los adúlteros, si se cree al comun de los autores: duda sobre esta opinion.=24. Justiniano moderó esta pena, conservándola en cuanto al adúltero y mitigándola á la adúltera, reduciendo á ésta á un monasterio despues de azotada, y privándola de la dote, lucros doteales y donaciones *propter nuptias*: leyes del Fuero Juzgo por las que se permitia que el marido dispusiese segun su voluntad de los adúlteros, por lo que no hay duda que al adulterio correspondia pena capital.=25. Pudiendo el marido de la adúltera disponer de las personas de los adúlteros, parece que tambien podia disponer de sus bienes: ley del Fuero Juzgo sobre este punto.=26. Los hijos legítimos habidos despues del adulterio á que se refiere dicha ley, son los engendrados por el marido de la adúltera antes del adulterio y nacidos despues, pues los engendrados en el mismo adulterio no participan de la calidad de legítimos que exige la ley, ni los engendrados por el marido de la adúltera despues de tener noticia del adulterio.=27. La ley del Fuero Real repite substancialmente lo dispuesto por las leyes del Fuero Juzgo.=28. Todavía es mas extensiva la facultad que se concede al marido de poder quitar la vida á los adúlteros por la ley del Ordenamiento de Alcalá que se espone.=29. Por la ley presente de Toro se confirma la facultad que la ley del Ordenamiento concede al marido para matar á los adúlteros en los dos casos que en ella se espresan.=Nota. Nueva pena impuesta al adulterio por el Código penal de 1848.=30 y 31. Se pasa á examinar si cuando el marido encontrando á los adúlteros *in fraganti* les quitaba la vida, le imponian las leyes reales la pena de homicidio ó se la mitigaban ó meramente le concedian la impunidad: no imponiendo la ley Julia pena capital al adulterio, el marido que mataba á su muger adúltera era castigado con la pena de la ley Cornelia, que al principio fue la deportacion y confiscacion para la clase noble, y para la inferior la de muerte, pero esta se abolió por los emperadores Pio, Marco Antonino y Conmodo, que mitigaron dichas penas.=32. No solo en el adulterio verdadero se mitigaba la pena al marido que habia muerto al adúltero, sino que tambien gozaba de esta inmunidad en el adulterio presunto, en igual caso, cuando se presumia que habia habido adulterio.=33. Leyes del Fuero Juzgo, del Real y del Ordenamiento que no imponen pena al marido ó esposa que mata á los adúlteros.=34. Leyes de Partida admitiendo la distincion y diferencia que hace de los adúlteros el derecho romano, segun se espone.=35. Ley de Partida disponiendo que si el padre hallase á su hija casada cometiendo adulterio en su casa ó en la de su yerno, puede matar á entrambos, mas no al uno y dejar al otro, bajo pena aunque no tan grande como el homicida, y lo mismo debe observarse con el marido que mata á su muger cogida en adulterio ó al adúltero á quien no era permitido matar.=36. No solo en el adulterio verdadero quedaba el marido sin castigo en el caso de haber muerto al adúltero de condicion que permitian las leyes quitarle la vida, sino tambien en el presunto que era el que se espresa.=37. Segun Gomez no es necesario que intervenga escribano público para hacer los requerimientos que se exigen para que se presuma adulterio: se rebate esta opinion.=38. La causa de dicha opinion de Gomez es la nimia adhesion con que miran los intérpretes las leyes del derecho romano.=39. Se omite examinar si la impunidad que por las leyes se concedia á los maridos se limitaba solo al fuero externo, esto es, á eximirlos de toda pena civil ó se extendia al fuero interno ó de conciencia.=Nota. Nuevas disposiciones del Código penal sobre esta materia.=40. Se pasa á hacer el cotejo de las disposiciones de nuestras leyes acerca de los adúlteros con las hebreas que establecen penas contra los homicidas para demostrar que las nuestras son mas suaves.=41. Ley de los Números sobre que el pariente del muerto por homicidio voluntario puede matar al homicida donde quiera que le encuentre.=42. Ley del Deuteronomio sobre que los ancianos del lugar donde se refugiara el homicida lo pusieran en poder del pariente del muerto y le quitára la vida.=43. Se espone los dos casos en que nuestras leyes facultaban al marido para matar á los adúlteros.=44. La ley de Moisés facultaba al pariente para matar al homicida no solo en el homicidio voluntario y doloso, sino en el casual é inculpable, sin circunscribirle el tiempo y lugar: las nuestras solo en el culpable, limitando el tiempo y lugar de cometer el delito.=45 y

46. Según la ley hebrea en el caso de que el tribunal ponía en poder del pariente el homicida, tenía el pariente precisión de matarlo, prohibiéndole todo convenio ó transacción: nuestras leyes dejan á voluntad del marido ejecutar la pena en los reos ó perdonarles la vida.=47. Nuestras leyes en el primer caso establecieron en la misma repugnancia y horror que se figura en constituir al marido juez y ejecutor de la pena, siendo parte interesada, los medios preservativos y escarmientos para contener las usurpaciones de los derechos nupciales.=48. El mismo espíritu tuvieron las leyes en el segundo caso, cuando despues del juicio legal entregan los adúlteros al marido, según se espone.

4. Dispone la presente ley que el marido que matare por su propia autoridad á los adúlteros, aunque los coja *in fraganti*, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote y bienes de ellos, á no ser que los mate ó condene por autoridad de la justicia, que en tal caso debe guardarse lo dispuesto en la ley del Fuero de las leyes para dicho caso.

2. Para conocer la diferencia que establece la ley entre los dos casos que indica, conviene tener presente la disposición de la ley del Fuero, á que se refiere, que es la 4, del tít. 7, del libro 4 del Fuero Real, que dice así: «Si muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador ambos sean empoder del marido é faga de ellos lo que quisiere, é de cuanto an, así que no pueda matar al uno y dejar al otro; pero si fijos derechos tuvieren ambos ó el uno de ellos, hereden sus bienes: é si por ventura la muger no fué en culpa é fuera forzada no haya pena.»

3. Del contexto de estas dos leyes aparece la diferencia que establecen en los casos de que el marido quita la vida á los adúlteros, cojidos *in fraganti* por su propia autoridad, ó cuando lo ejecuta por autoridad de la justicia. En el primer caso ordena la presente ley que no gane la dote y bienes de los adúlteros; y en el segundo manda que se observe la ley del Fuero que concede al marido la adquisicion y dominio de los bienes de los adúlteros si no tienen hijos ó descendientes legítimos.

4. La curiosidad escita á indagar la causa que tuvo la ley para privar al marido en uno de los dos casos de los bienes de los adúlteros, y concederlos en el otro. Gomez en el número 63 del Comentario á esta ley pretende que el fundamento que tuvo para negar al marido el lucro ó adquisicion de los bienes de los adúlteros cuando les quitaba la vida cojidos *in fraganti*, fue porque este acto lo ejecutaban de su propia autoridad, y el que en virtud de ella se hace justicia ó vindica su agravio es privado por la ley del lucro legal, lo que confirma con la ley 56, párrafo 1, ff. *de furtis*, en que se dispone que el que de propia autoridad coje al ladron y le presenta al juez recobra la cosa hurtada, pero pierde el emolumento del duplo ó cuádruplo, que en otro caso se impondría al reo; por el contrario cuando el marido quita la vida á los adúlteros que ha puesto en su poder el juez, como no obra por autoridad propia sino en virtud de autoridad judicial, gana y adquiere el dominio de los adúlteros.

5. Aunque esta esposicion á primera vista presenta algunos visos de probabilidad, si bien se examina carece de todo fundamento legal. Es cierto que en la ley que cita del derecho civil se establece la diferencia que indica, pero no proviene esta de la circunstancia que pretende. Por derecho civil de los romanos se podia proceder contra el ladron civil y criminalmente; si se usaba del primer medio, ademas de la restitution de la cosa hurtada se le imponia al ladron el duplo ó cuádruplo si el hurto era oculto ó manifiesto: si se elegia el segundo, se mandaba igualmente la res-

titucion de la cosa hurtada, y se le condenaba en pena corporal ó afflictiva.

6. Supuesta esta doctrina, comentando el sabio Cujacio la ley citada del juriconsulto Juliano, dice que cuando el que habia sufrido el hurto cogia al ladrón y lo presentaba al juez, se presumia que queria se procediese contra él criminalmente mandándole restituir la cosa hurtada, y que se le impusiese alguna pena corporal, y de consiguiente se entendia que renunciaba del emolumento del duplo ó del cuádruplo que le correspondiera si hubiese intentado la accion civil; de que se convence que la razon que alega Gomez y atribuye á la ley civil no es por haber cogido al ladrón y presentarlo al juez por su propia autoridad, sino por presumirse que el que obró de este modo prefirió la accion criminal á la civil, que igualmente le compitió, y en virtud de la cual hubiera conseguido el beneficio del duplo ó cuádruplo del valor de la cosa hurtada, segun hubiese sido el hurto, oculto ó manifesto.

7. La causa que movió á la ley para establecer la diferencia indicada no fué otra á mi parecer que la de precaver por ella que los maridos no se moviesen á quitar la vida á los adúlteros cojidos *in fraganti*, mas por codicia de lucrar sus bienes que por la vindicta pública, si es que no tuvo tambien influjo en la resolucion el impedir que los maridos, arrastrados del mismo espíritu de codicia, no imputasen falsamente á los inocentes el delito que no habian cometido. No es impropio, antes bien muy regular, en los legisladores usar de estas precauciones para evitar los daños que de otro modo podrian ocasionarse.

8. En la ley 1, tít. 21 del Ordenamiento de Alcalá, que es la 2, en el tít. 28 del libro 12 de la Novísima, se halla una comprobacion harto clara de esta verdad; se dispone en ella que si el marido cojiese *in fraganti* á los adúlteros los pueda matar si quisiere, con tal que no quite la vida al uno y deje vivo al otro si pudiere matarlo, lo que se hallaba ya ordenado en la ley 13 de las cortes que cebró el mismo Rey en Segovia, año de 1347. Con alusion á la disposicion de la ley del rey don Alonso IX, es curioso el caso que se halla en los Fueros de Burgos, acaecido en tiempo del rey San Fernando, y lo trae don Francisco Marina en su ensayo histórico-crítico, al número 213, fol. 172, reducido á que un caballero de Ciudad Rodrigo encontró á su muger yaciendo con otro caballero, castró al cómplice, y habiéndose quejado los parientes del castrado al Rey, mandó venir al castrador, y preguntándole por qué lo habia hecho, respondió por que lo habia encontrado yaciendo con su muger, y seguida la causa en la corte fue sentenciado á ser forcado, pues que á la muger no la hizo nada, y se ejecutó la sentencia, y se dispuso para en adelante que cuando tal caso aviniere á otro yaciendo con su mujer, cual ponga cuernos, si el quisiere matar é lo matar debe matar á su muger, é si la matar no será cuerno ni pechará homicidio. E si matare aquel que pone los cuernos é no matare á ella, debe pechar homicidio é ser encornado é debe el Rey justiciar el cuerpo por este fecho; para cuya resolucion sin duda tuvo en consideracion el legislador impedir y precaver que el marido que no se dejase llevar mas bien de espíritu ó deseo de vengar su propia injuria, en el que le parecia que le habia hecho mayor agravio, que de amor á la justicia, eximiendo á un cómplice del mismo delito de la pena que habia ejecutado en el otro.

9. La ley 14, título 17, Partida 7, presenta el testimonio mas claro

que pudiera apeteerse de la prudencia y economía con que proceden los legisladores en evitar la efusion de sangre. Por dicha ley se autoriza al padre para que pueda quitar la vida á su hija cojida en adulterio en su casa ó en la del yerno, con condicion de que no matare al uno de los adúlteros dejando vivo al otro, cuya condicion espresa la misma ley se impuso al padre por presumirse que llevado del amor y cariño á su propia hija no se resolveria á quitarle la vida, y en tal caso quedaba inhibido por la ley de matar al cómplice del mismo delito, la cual disposicion se tomó de la ley 22, párrafo 4, ff. *ad legem Juliam de adulteris*.

10. No faltará acaso quien pretenda hallar la razon de la diferencia que establece la ley entre los dos casos de matar el marido por su propia autoridad á los adúlteros cojidos *in fraganti*, y de ejecutar esto mismo por autoridad de la justicia, para privarlo en el primer caso de lucrar los bienes de los adúlteros, y concederle la adquisicion de ellos en el segundo, en que en dicho primer caso obra ilícitamente en el Fuero interno, aunque en el esterno por permission de la ley queda impune su delito; y en el segundo no solo procede impunemente en el Fuero esterno, sino que lícitamente obra tambien en el interno, siendo muy regular y comun en los legisladores recompensar con premios á los que obran bien, y privar de ellos á los que obran mal.

11. En comprobacion de la razon de la diferencia que se ha indicado nos ofrece un testimonio el mas convincente la ley 10, párrafo 4, ff. *de soluto matrimonio*, por ser propio del mismo asunto. Se propuso la duda al jurisconsulto Pomponio si cuando el marido quita la vida á su muger podia lucrar su dote, ó deberian repetirla sus herederos, y responde que el jurisconsulto Próculo afirmaba en dicho caso que la accion para repetir la dote correspondia no al marido, sino á los herederos de la muger, y añade Pomponio, aprobando la resolucion de Próculo, que no seria justo que su marido esperase lucrar la dote por haber cometido un delito, cuya razon se verifica á la letra en nuestro caso.

12. Sin embargo de lo que queda espuesto, debe decirse que la razon que tuvo la presente ley para establecer entre los dos casos la distincion ó diferencia de que hablamos, no la fué en lo lícito ó ilícito de la accion del marido de quitar la vida á los adúlteros, pues tanto en el caso de ejecutar este acto por su propia autoridad como autorizado por la justicia, procedió lícitamente en el fuero esterno, y acaso podrá decirse sin nota de arbitrariedad que la diferencia se fundaba en que en el un caso el delito estaba probado judicialmente, y en el otro solo era presunto. No se opone á esto, ni aprovecha para el fin que se pretende, la decision de la ley que se ha citado del jurisconsulto Pomponio, porque como se manifestará despues cuando se refieran las varias penas que sucesivamente fueron imponiendo las leyes á los adúlteros, se hará ver que por derecho civil de los romanos nunca fue permitido al marido quitar la vida á la adúltera, aunque la encontrase *in fraganti*, y asi nada tiene de extraño, antes bien era muy conforme á razon y justicia que segun la decision de la expresada ley no se concediese al marido la dote de su muger cuando cometió el enorme delito de quitarle la vida, porque en realidad seria incitar con premios á cometer delitos, cuando el fin de las leyes es precaverlos y castigarlos.

13. Acaso se dirá que la declaracion que hace la ley de Toro, dispo-

niendo que el marido que matare de autoridad propia á los adúlteros cojidos *in fraganti* no gane la dote y bienes de ellos, era supérflua, porque sino habia anteriormente ley que le concediese lucrarse de ellos, ¿qué necesidad habia de prohibirle su adquisicion?

14. En satisfaccion de esta réplica se debe decir que sin embargo de no hallarse ley alguna que concediese al marido lucrar los bienes de los adúlteros en el caso indicado, fue necesario declarar espresamente que no pudiese adquirirlos. La ley del Fuero Real á que se refiere la de Toro, solo disponia para el caso que el marido quitase la vida á los adúlteros por autoridad de la justicia, y en tal caso le concedia lucrar sus bienes.

15. La del Ordenamiento Real de Alcalá estendió esta facultad del marido para poder usar de ella contra los adúlteros cojidos *in fraganti*, sin disponer cosa alguna acerca de la adquisicion de sus bienes; y para que no creyesen que la licencia ó facultad concedida al marido por la ley del Ordenamiento en su caso acerca de las vidas de los adúlteros, se debia entender tambien estendida al lucro ó adquisicion de sus bienes, fue no solo conveniente sino necesario declarar que la disposicion de la ley del Fuero Real, en el caso de que trata acerca de los bienes de los adúlteros, no quiso la dicha ley del Ordenamiento que se estendiese á los bienes de los adúlteros cojidos *in fraganti* (1).

16. Indicada ya la resolucion de la presente ley en sus dos casos, y propuesta la razon que pudo haber influido en ella, parecia deberse concluir este Comentario; pero he creido conveniente amenizarlo algun tanto dando una sucinta noticia de las penas con que en todos tiempos han procurado los legisladores castigar á los adúlteros, aunque no siempre han correspondido á la gravedad del delito y á los enormes é irreparables daños que ocasiona en la sociedad.

17. Es el adulterio por su naturaleza un delito enorme que perturba la union y paz del matrimonio, causa abortos, se confunden con él las generaciones, dando muchas veces los hijos supuestos, corrompe las costumbres de las madres de familias, infama su honor y el de su marido, y origina frecuentemente las muertes de estos, pues como afirmó Marco Caton, ninguna adúltera deja de ser venéfica, *nullam adulteram non et veneficam esse*. Al considerar estas fatales consecuencias que trae consigo el adulterio no pudo menos de esclamar el autor de las epístolas, falsamente atribuidas á San Clemente: *quod ex omnibus peccatis adulterio gravius!* can. 16, causa 32, cuestion 7; siendo pues de tanta gravedad y malicia el delito de adulterio, no parece deberse castigar con menor pena que la capital.

18. Asi parece lo estimó aquel antiguo y sagrado legislador Moisés, cuando estableciendo las leyes para gobierno del pueblo de Israel, manda que si alguno cometiese adulterio con la muger de su prójimo, tanto él como la adúltera incurran en pena de muerte. *Si mechatus quis fuerit cum uxore alterius, et adulterium perpetraverit cum conjugé proximi siu morte moriantur et mechus et adultera*, Levítico, cap. 20, v. 10. El Deu-

(1) En el dia no puede ya verificarse en ningun caso que el marido gane la dote ni los bienes de los adúlteros, si los matare, al sorprenderlos *in fraganti*, puesto que la pena que imponian nuestras antiguas leyes á los adúlteros, de sujecion de los mismos á la venganza ó capricho del marido, se halla abolida por el nuevo Código penal, que solo ha impuesto al adulterio la de prision menor, por lo que no puede verificarse que el marido mate á los adúlteros por autoridad de la justicia.

teronomio, que es una repetición de lo que en los libros anteriores estaba ordenado, confirma la pena de los adúlteros al cap. 22, v. 22, *si dormierit vir cum uxore alterius, uterque moriatur, id est, adulter et adultera, et auferes malum de Israel.*

19. Entre las leyes, reglas ó código Papiniano se encuentra una que establece también la pena de muerte contra la muger convencida de adulterio, cuya ley la atribuye Plutarco á Rómulo en la vida de este, y las palabras con que la han suplido y esprimen los autores son las siguientes: *adulteri convictam vir et cognati uti valeat necato.* Como las leyes reales cesaron poco después de la colección hecha por San Papirio con motivo de la espulsión de los Reyes y en odio de su nombre, y empezó el pueblo romano á gobernarse por costumbres, como sabiamente observa Terrason en la historia del Código Papiniano, fundándose en la ley 2, párrafo 3, ff. *de origine juris*, se deja conocer que también cesó el rigor de la pena impuesta á la muger por el adulterio. Esta conjetura se deduce de la ley 1, párrafo final, *ad legem Corneliam de sicariis*, en que se ve que hasta el tiempo del emperador Pio era comprendido en la pena de esta el marido que quitaba la vida á su muger cojida en adulterio; pero este Emperador mitigó el rigor de la ley Cornelia en esta parte, destinando al marido por este esceso á las obras públicas perpetuamente si era de humilde condición, y si de elevado nacimiento salía desterrado para alguna isla. Lo mismo se ve que dispusieron los emperadores Marco Antonino y Cómodo en la ley 38, ff. párrafo 8 *ad legem Juliam de adulteriis*, refiriendo la disposición del emperador Pio.

20. Porque podría decirse que de las leyes no se infería la consecuencia que he manifestado, pues era muy compatible que la ley Cornelia castigase con pena de muerte al marido que por autoridad propia quitara la vida á su muger sorprendida en adulterio, y que al mismo tiempo á la adúltera convencida de este delito se le impusiere la pena capital, lo que se hace tanto mas creíble al ver que el emperador Justiniano, tratando en el párrafo 4 de las instituciones de *publicis judiciis* espresamente que la ley Julia castigaba á los adúlteros con la pena capital, y así dice: *item lex Julia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit*, se hace preciso detenerme á examinar la pena que por la ley Julia correspondía al delito de adulterio.

21. Antonio Mathei en el libro 48 *de criminibus*, tit. 3, cap. 2, examina la presente duda, y resuelve, fundado en varias leyes civiles, y en testimonio de la historia romana, que la pena que por la ley Julia se imponía á los adúlteros era de destierro, y Gravina de *legibus et senatusconsultibus*, capítulo 86, opina con Mathei que no era capital dicha pena, y si de destierro, entendiéndose por este la relegación á alguna isla, como observa Cujacio en la ley 4, capítulo *ad legem Juliam de adulteriis*, y aunque el mismo Gravina cita algunas leyes que imponen la pena de deportación, advierte que en este caso se agrava la pena por estar complicado el adulterio con otro delito, ó por ser personas que debían ser castigadas con mayor rigor. Heineccio en el tomo 6 de su obra á las *Pandectas* lib. 48, tit. 5, es del mismo dictamen, espresando que el destierro se entendía á alguna isla, y señala otras penas pecuniarias que respectivamente sufrían el adúltero ó adúltera.

22. Por lo que hace al testimonio del emperador Justiniano, en que

atribuye á la ley Julia la pena capital, dice Mathei que el esplicarse en estos términos Justiniano, no tanto provenia de ser esa la disposicion de la ley Julia, cuanto de que estaba abrogada en esta parte por las leyes posteriores, y como la ley Julia tenia aun nombre y vigor en los juicios, le pareció al Emperador atribuir á la ley Julia la pena capital que se habia substituido en lugar de la de destierro. Gravina en el lugar citado se inclina al dictámen de Mathei, y así despues de hacerse cargo del texto de Justiniano se esplica de este modo: *quod forsam additamentum fuit aliorum Principum ad legem Juliam, unde ne variationem paenarum discentium fastidio descreverit, voluit Tribonianus tempora conjungere haec suppresis aliis poenis, tantum eam quae sua etate vigeat ad Juliam legem atexiit ut supervacuis discriminibus lectores liberaret.*

23. Constantino Magno fue el primer Emperador que estableció la pena capital contra los adúlteros, si creemos al comun de los autores que citan la ley 30, C. *ad legen Juliam de adulteriis*, en que se encuentran estas palabras, *sacrilegos nuptiarum gladio punire oportet*; pero no hallándose las palabras citadas en la ley 2, C. *Theod. tit. de adulteriis*, de donde se trasladaron al código de Justiniano, hay motivo para creer fue aditamento de Triboniano, como observa Miguel Legio en las notas á Antonio Mathei, lo que parece sintió Cujacio cuando en el Comentario á la ley 9 del C., *hoc titulo*, dice que la pena de adulterio se hizo capital por las constituciones de los Príncipes que estan insertas en el C. Teodosiano, en que se ve no se atrevió á señalar el primer autor de esta pena, y Gravina en el lugar citado guarda igual silencio.

24. Pero sea el que fuere el autor de la pena capital contra los adúlteros, lo que no tiene duda es que Justiniano en la novela 134, capítulo 40, moderó en parte esta pena, conservándola en cuanto al adulterio, y mitigándola á la adúltera, reduciendo á esta á un monasterio despues de azotada, donde debia permanecer por toda su vida, á no ser que su marido dentro de los dos primeros años quisiese volverla á su compañía. Ademas de esta pena se la privaba de la dote, lucros dotaes y donaciones *propter nuptias*, y sus bienes hechos tres partes pasaban las dos á sus hijos, y la tercera al monasterio; no teniendo hijos eran las dos para el monasterio y la tercera para los padres, no siendo cómplices en el delito, y en defecto de padres todo era del monasterio sin perjuicio de los pactos nupciales, que siempre debian guardarse. Nuestras leyes pátrias desde la fundacion de la monarquía, bajo el imperio de los godos, que libertaron á España de la dominacion romana, no fueron menos rígidas en castigar el delito de adulterio que lo habia sido Roma al principio cuando se gobernaba por Reyes. La ley 1 y 3, tít. 4 del lib. 2 del Fuero Juzgo, que es el código mas antiguo de nuestra legislacion nacional, nos presentan un testimonio irrefragable de esta verdad. Dice la 1 que si el adulterio se comete sin violencia deben ser puestos los adúlteros en poder del marido, para que haga de ellos lo que quiera (estas son sus palabras) «mas si el adulterio fue hecho de voluntat de la moyer é la moyer é el adulterador sean metidos en manos del marido é faga de ellos lo que quisier»; y la misma resolucion se ve repetida y confirmada en la ley 3. Permitiéndose por estas leyes que el marido disponga libremente y segun su voluntad de las personas de los adúlteros, no queda la menor duda de que al adulterio correspondia pena capital.

25. Siendo el marido de la adúltera árbitro de disponer de las personas de los adúlteros, parece consiguiente que tambien lo fuere de los bienes de los mismos, y porque algunos jueces llegaron á dudar acerca de esto, la ley 12 del mismo título hizo la siguiente declaracion: «si los adúlteros no tienen hijos, todos sus bienes pasan al marido de la adúltera, y si los tienen y son legítimos, adquieren estos los bienes de su padre el adúltero, y si son los hijos de la adúltera distingue entre los que han sido habidos legítimamente antes ó despues del adulterio. Los que nacieron antes y son de otro casamiento deben percibir su parte de la heredad materna, y los nacidos despues recibirán sus legítimas, que disfrutará el marido de la adúltera por la vida de esta y hasta su muerte.»

26. Resulta aqui la duda de cuáles serán estos hijos legítimos, habidos despues del adulterio, cuyas legítimas en cuanto al usufructo son del marido de la adúltera por la vida de esta, y no pueden ser otros que los engendrados por el marido de la adúltera antes del adulterio y nacidos despues, pues los engendrados en el mismo adulterio no participan la cualidad de legítimos que exige la ley, ni tampoco pueden entenderse los engendrados por el marido de la adúltera despues de tener noticia del adulterio, y es la razon porque en este caso espresa la ley que el marido no percibirá nada de los bienes de la muger, sino que pasarán á sus hijos, y en defecto de estos á los herederos de la muger, y escluyendo de percibir cosa alguna en este caso, se conoce que cuando le concede la ley al marido el usufructo de las legítimas de los hijos habidos despues del adulterio no comprende á los hijos engendrados por el mismo marido, con noticia del delito de adulterio de su muger.

27. La ley del Fuero Real que se ha copiado al principio de este Comentario repite sustancialmente lo dispuesto por las leyes del Fuero Juzgo y aun está mas espresa acerca de la facultad que se concede al marido de poder quitar la vida á los adúlteros, pues le pone la limitacion de que no pueda matar á uno de ellos, dejando al otro con vida, cuya ley se halla trasladada á la 1, tit. 28, libro 42 de la Novísima.

28. Todavía es mas terminante y extensiva la facultad que se concede al marido de poder quitar la vida á los adúlteros por la ley 1, título 24 del Ordenamiento de Alcalá, que está inserta en la ley 2 del mismo título y libro de la Novísima, la que conviene copiar á la letra, y dice así: «contiénese en el Fuero de las leyes que si la muger que fuere desposada hiciere adulterio con alguno, que ambos á dos sean metidos en poder del esposo, asi que sean sus siervos, pero no que los pueda matar, y por que esto es ejemplo y manera para muchas de ellas hacer maldad, y meter en ocasion y vergüenza á los que fuesen desposados con ellas, porque no puedan casar en vida de ellas, por ende tenemos por bien por escusar este yerro que pase de aqui adelante en esta manera; que toda muger que fuere desposada por palabras de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos, y ella de doce años acabados é hiciere adulterio, si el esposo los hallare en uno que los pueda matar si quisiere ambos á dos; asi que no pueda matar al uno y dejar al otro pudiéndolos ambos á dos matar; y si los acusare á ambos é á cualquier de ellos, que aquel contra quien fuere juzgado que lo metan en su poder y ha de él y de sus bienes lo que quisiere.»

29. Por la presente ley de Toro se aprueba y confirma la facultad que

la ley del Ordenamiento concede al marido para quitar la vida á los adúlteros en los dos casos que en la misma se espresan (1).

30. Se ha visto que así por las leyes civiles como por las reales se castigaba el adulterio con pena capital; resta ahora examinar si cuando el marido encontrando á los adúlteros *in fraganti* les quitaba la vida le imponían la pena del homicidio, ó se la mitigaban, ó meramente le concedían la impunidad. Como por la ley Julia no se castigaba el adulterio con pena capital, era consiguiente que tampoco tuviera facultad el marido de quitar la vida á los adúlteros cojidos *in fraganti*, segun lo manifiestan las leyes 22, 24 y 25, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*; y aunque es cierto que por la ley 24 se exceptuaban las personas viles, contra las cuales se concedía la permission al marido de quitar la vida sin incurrir en la pena capital, no era comprendida entre ellas la muger, como lo espresa la misma ley, de forma que si el marido, llevado de su dolor en el primer ímpetu de su cólera, le quitaba la vida quedaba sujeto á la pena de la ley Cornelia de *sicario*, que al principio fué la deportacion á alguna isla y confiscacion de todos los bienes, y posteriormente en las personas de distincion se conservó la deportacion; pero los de clase inferior sufrían la pena capital, hasta que los emperadores Marco Antonio y Cómodo eximieron de dicha pena á los maridos, segun lo indica el juriconsulto Papiano en la ley 32, ff. *ad legem Juliam*, en que manifiesta que anteriormente habia ya dispuesto lo mismo el emperador Pio, y lo confirma Marciano en la ley 1, párrafo 3, ff. *ad legem Cor. de adulteriis*.

31. No eximían estas leyes de toda pena al marido que habia muerto á su muger, sino únicamente le disminuían y mitigaban la pena que le correspondía por la ley Cornelia, y lo mismo sucedía si quitaba la vida al adúltero que no le era permitido matar; y así se ve en la disposicion de la ley 4, C. *ad legem Juliam de adulteriis*, que si el adúltero á quien se habia quitado la vida era de tal condicion que no se permitía matar por la ley Julia, se le relegaba en consideracion á que su justo dolor debia disminuir la pena, y si por el contrario se le permitía vindicar su propia injuria no se le imponía castigo alguno.

32. No sólo en el adulterio verdadero se eximia ó mitigaba la pena al marido que habia muerto al adúltero, sino que tambien gozaba de entera inmunidad en igual caso en el adulterio presunto. Se presumía cometido adulterio cuando despues de haber requerido el marido por tres veces por escrito delante de tres testigos fidedignos á alguno para que no hablase con su muger los encontraba quebrantando el requerimiento, bien fuese en casa del mismo marido ó de la muger ó del adúltero ó en los arrabales, en cuyo caso si el marido les quitaba la vida no incurria en pena alguna, segun se dispone en el capítulo 45 de la novela 117; como en dicha novela no se distingue entre el hombre vil y el que no lo es, da motivo á presumir que la impunidad concedida al marido se extendía á todos los adúlteros indistintamente, de cualquier clase que fuesen, de que se infiere era mayor la indulgencia que se dispensaba al marido en el caso del adulterio presunto que en el verdadero.

(1) Ya hemos advertido que las penas impuestas por nuestras antiguas leyes á los adúlteros, se hallan abolidas por el nuevo Código penal de 1848, que impone á este delito la pena de prision menor.

33. No fueron menos indulgentes con los maridos que mataban á los adúlteros las leyes patrias. La 4, tít. 4 del lib. 3. del Fuero Juzgo, atribuida al rey Leovigildo no impone pena alguna al marido ó esposo que quita la vida á los adúlteros; estas son sus palabras: «si el marido ó el esposo mata la muger é el adulterador no pechen nada por el homicidio.» La 1, tít. 17, libro 4 del Fuero Real, despues de establecer por punto general que todo hombre que mata á otro á sabiendas debe morir por ello, propone varios casos que esceptúa de la regla, entre los cuales se halla el del que mata á otro yaciendo con su muger, dice así: «todo hombre que matare á otro á sabiendas que muera por ello, salvo si::: le hallare yaciendo con su muger do quier que lo halle» y cuya ley se registra trasladada á la 1, tít. 21, libro 12 de la Novísima. Igual silencio guarda acerca del caso de que hablamos la ley 1, tít. 21 del Ordenamiento de Alcalá que se ha copiado arriba.

34. Las Partidas entre nosotros es un código supletorio para acudir á él en los casos en que no dispongan las leyes de los Ordenamientos y Fueros, y que por lo comun siguen las disposiciones del derecho romano, admiten la distincion y diferencia que hace este de los adúlteros, y se ha referido en la citada ley 24, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*, y así ordena la ley 13, tít. 17 de la Partida 7 «que el marido que fallare algun home vil en su casa ó en otro lugar yaciendo con su muger puédalo matar sin pena ninguna: pero no debe matar la muger: pero si este home fuere tal aquien el marido de la muger debe guardar é facer reverencia como si fuera su señor ó home que lo hoviere fecho libre, ó si fuese home honrado ó de gran lugar no le debe matar por ende, mas facer afrenta de como lo falló con su muger, é acusarlo de ello ante el juzgador del lugar, é despues que el juzgador supiere la verdad debel dar pena de adulterio», que era la capital segun la ley 12 del mismo título.

35. En la ley 11 del mismo título se ordena que si el padre encontrase á su hija casada cometiendo adulterio con algun hombre en su casa ó en la del yerno, puede matar á entrambos, pero no al uno y dejar el otro, y si lo hiciere así incurria en pena, pero con todo no la recibiria tan grande como los que cometen homicidio sin razon; y lo mismo dice debe observarse con el marido que matare á su muger cogida en adulterio, ó á el adúltero, á quien no era permitido matar, y pasa á señalar la pena que se le impondria, que varía segun las circunstancias del matador y del muerto.

36. No solo en el adulterio verdadero quedaba el marido sin castigo en el caso de haber muerto al adúltero de condicion que permitian las leyes quitarle la vida, sino tambien en el presunto, que era cuando despues de tres requerimientos hechos por escrito ante testigos y escribano público á aquel de quien sospechaba queria cometer adulterio con su muger lo encontraba hablando con ella en su casa, en la de su muger, ó en la del hombre sospechoso, ó en huerta, ó en casa fuera de la villa ó de los arrabales, segun la ley 12, tít. 14, Partida 3, y la 12, tít. 17, Partida 7.

37. Antonio Gomez haciéndose cargo de los requisitos que pide esta última ley de Partida, y no sé si teniendo presente la de la Partida 3, resuelve en el número 60 del Comentario á la presente de Toro, que no es necesario intervenga escribano público para hacer los requerimientos prevenidos, sin alegar otro fundamento que el no señalarse semejante requi-

sito en la ley de la Partida 7, la que á mi parecer no debe ser bastante para persuadirse que dicha ley derogó la disposicion de la de la Partida 3, que espresamente exige la intervencion del escribano público, pues como todos saben, la obra de las Siete Partidas es un cuerpo legal que se formó todo de una vez, sin guardar en sus partes ninguna sucesion ni anterioridad de tiempo, y posteriormente todo entero se publicó por el rey don Alonso el XI en las córtes de Alcalá de Henares, como consta de la ley 1, de Toro.

38. La verdadera causa de esta opinion y otras semejantes que suelen encontrarse en los comentadores de nuestras leyes, sospecho, no es otra que la nimia adhesion con que miran las leyes del derecho comun ó romano, aun cuando de intento se proponen comentar las nuestras. Tenia bien presente Gomez que la novela del emperador Justiniano no pide la solemnidad del escribano en los requerimientos, y esto le bastó para persuadirse que la ley real estaba conforme con la romana, aun cuando en aquella se exigia un requisito que omitia esta.

39. Queda ya manifestado que así por las leyes romanas como por las reales se podia quitar la vida á los adúlteros impunemente en ciertos casos, y parecia oportuno examinar aquí si la impunidad que por las leyes se concedia á los maridos se limitaba únicamente al fuero esterno, esto es, á eximirlos de toda pena civil, ó se extendia á la impunidad en el fuero interno y de conciencia, y aunque no faltan razones por una y otra parte, me abstengo de entrar en esta discusion, conociendo que es mas propia de los teólogos que de los jurisconsultos (1).

40. Como la ley de Toro estiende su disposicion para los dos casos de matar el marido á los adúlteros *in fraganti*, y de quitarles la vida por la entrega que de ellos le haga la justicia, en que parece interviene un rigor escetivo y en cierto modo inhumano, no será fuera de propósito hacer el paralelo ó cotejo de las disposiciones de nuestras leyes que disponen acerca de los adúlteros con las hebreas que establecen penas contra los homicidas, á semejanza de lo que ejecutó Francisco Pithou de las leyes romanas con las de Moisés, á fin de manifestar el exceso que hacen las nuestras á las de los hebreos en humanidad, benignidad y suavidad.

41. En el cap. 35, versículo 21 de los números, dispone la ley que el pariente del muerto por homicidio voluntario podia quitar la vida al homicida inmediatamente donde quiera que lo encontrase: *Aut cum esset inimicus manu percuserit, et ille mortuus fuerit percusor, homicidii reus erit, cognatus occisi statim ut invenerit eum, jugulavit.*

(1) En el día ya no se considera la circunstancia de sorprender á los adúlteros *in fraganti*, al matarlos el marido ó padre, como causa de esculpacion completa, sino como circunstancia que aminora la pena: solo cuando se causaren á los adúlteros lesiones que no sean graves, es absoluta la exencion: tampoco es necesario que se mate á los dos adúlteros. Así, pues, segun el art. 348 del nuevo Código penal de 1848, el marido que sorprendiendo en adulterio á su mujer, matare en el acto á esta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro: si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de 23 años, y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitucion de sus madres ó hijas.

42. Y en el cap. 49, versículo 12 del Deuteronomio, hablando de un homicida voluntario que se habia guarecido en una de las ciudades de refugio, se dispone que los ancianos de aquella ciudad lo estraieran del asilo y lo entregaran en poder del pariente del muerto y le quitara la vida. *Mittent seniores civitatis illius, et arripiunt eum de loco effugii, tradentque in manu proximi cuius sanguis effusus est, et morietur.*

43. Dos eran los casos en que el pariente del muerto podia matar al homicida; uno cuando lo encontraba fuera del asilo, y otro cuando despues de sentenciado se lo entregaba el tribunal. En otros dos casos semejantes le dan nuestras leyes reales facultad al marido para quitar la vida á los adulteros, cuando los coge *in fraganti*, y cuando sentenciados por la justicia se los entrega para que haga de ellos lo que quiera.

44. La ley de Moisés daba facultad al pariente de quitar la vida al homicida, no solo en el homicidio voluntario y doloso, sino en el casual y enteramente inculpable, sin circunscribirle el tiempo y lugar para ejecutarlo, con tal que no fuera dentro de las ciudades de asilo. Nuestras leyes reales solo conceden la facultad al marido para el caso en que los reos sean verdaderamente delincuentes, limitándola al lugar y tiempo preciso de cometer el delito, lo que manifiesta la ventaja que hace á las de Moisés en benignidad, blandura y dulzura.

45. En el otro caso cuando el tribunal metia en poder del pariente al homicida, le imponia la ley hebrea la precision de haberle de quitar la vida prohibiéndole espresamente todo convenio ó transaccion sobre ella, sino que necesariamente habia de morir.

46. En igual caso nuestras leyes dejan al arbitrio y voluntad del marido ejecutar la pena en los reos, ó usar de conmiseracion con ellos perdonándoles la vida, en lo que aun fueron mas benignas, no solo que las de Moisés, sino tambien que las romanas, como se echa de ver en la 14, ff. *ad L. J. de adulteriis*, y en la 18, C. *de transactionibus*, en que se prohibe hacer transaccion sobre el crimen de adulterio.

47. Nuestras leyes en el primer caso han querido establecer en la misma repugnancia y horror que se figura en constituir al marido juez y ejecutor de la pena, siendo la parte mas interesada, los medios preservativos y escarmientos para contener las usurpaciones de los derechos nupciales, porque si la pena es relativa y crece en razon del amor á los bienes de que nos priva, es fácil de conocer la impresion de terror que debe causar en los que piensan cometer el delito de adulterio, la prevision y la perspectiva de un marido autorizado públicamente por la ley para vengar sus propias injurias.

48. El mismo espíritu tuvieron las leyes en el segundo caso, quando despues del juicio legal entregan los adulteros al marido para que haga de ellos lo que quiera, en lo que es visto no pueden tener otras miras que las de aumentar mas y mas el rubor, la vergüenza y la ignominia de los adulteros con ponerlos á la vista y al frente del agraviado mismo, nombrándolo ejecutor de una sentencia capital. Todavia la circunstancia de dejar pendiente la ejecucion ó el perdon de la clemencia y de la voluntad del marido parece que se tuvo en consideracion por las leyes, únicamente con fin de aumentar las mortificaciones y amarguras de los adulteros en la triste alternativa de perecer por mano tan señalada, ó de deberle la vida y vivir en la confusion eterna de serie deudores de una gracia y generosidad tan poco merecida. Sábيا y sagazmente han escogido y decretado nuestras leyes

todas estas mortificaciones penales como medicinas preservativas y de escarmiento para los demás, lo que acredita que no se resienten de la rusticidad y dureza de los tiempos en que se formaron, como vulgarmente se cree.

Ley 83 de Toro, es la 4.^a, tit. 17, lib. 8.^o de la Recopilación, y la 4.^a, tit. 6.^o, lib. 12 de la Novísima.

A los testigos falsos se dé la misma pena que por sus dichos debería darse á aquel contra quien depusieron.

Quando se probare, que algun testigo depuso falsamente contra alguna persona, ó personas en alguna causa criminal, en la cual sino se averiguase su dicho ser falso, aquel, ó aquellos contra quien depuso merecía pena de muerte, ú otra pena corporal, que al tal testigo, averiguándose como fue falso, le sea dada la misma pena en su persona, é bienes, como se le debiera dar á aquel, ó á aquellos contra quien depuso, seyendo su dicho verdadero, caso que en aquellos contra quien depuso no se ejecute la tal pena, pues por él no quedó de dargela; lo cual mandamos que se guarde y ejecute en todos los delitos de cualquier calidad que sean, y en las otras causas criminales, é civiles, mandamos que contra los testigos que depusieren falsamente se guarden y ejecuten las leyes de nuestros reinos que sobre ello disponen.

COMENTARIO A LA LEY 83 DE TORO.

SUMARIO.

Párrafo 1. Resumen de la ley.—2. Remision sobre las varias especies de falsedades á leyes que se citan.—3. Se define qué sea falsedad, segun Justiniano, una ley de Partida y Heineccio.—4. En la primera parte de esta ley se dispone que si el testigo depusiere falsamente contra alguno en causa criminal en que hubiese de imponerse al reo pena de muerte ó corporal, se le dé al testigo la misma pena, aun en el caso de que no se haya ejecutado en el reo por haberse averiguado antes la falsedad;

ley romana á que parece conformarse la presente: por el Deuteronomio se imponia al testigo falso la misma pena que la que se daría al reo, si antes no se descubriera la falsedad.=5. Tambien se halla confirmada esta doctrina en el derecho canónico; segun se espone: ley de Partida que dispone «que si por su testimonio mentiroso fuese alguno muerto ó lisiado, que reciba el mismo otra tal pena:» opinion de Gomez sobre que tanto esta ley como la civil citada se deben entender del caso en que se hubiese ejecutado la sentencia en el reo: opinion contraria de Gregorio Lopez: ley de Partida que da motivo á creer que es mas fundada la opinion de Gregorio Lopez que la de Gomez.=6. Argumento á favor de la opinion de Gregorio Lopez, deducida de dicha ley.=7. Se inclina el señor Llamas á favor de la opinion de Gomez como mas conforme al sentido literal de la ley: era pues necesaria nuestra ley de Toro para aclarar esta duda.=8. Duda que propone Acevedo sobre si tendrá lugar la disposicion de la ley cuando ha sido uno solo el testigo que depuso falsamente, puesto que por el dicho de un solo testigo no puede imponerse al reo pena de muerte ú otra corporal: opinion de Acevedo por la afirmativa porque el testigo, aunque sea solo está obligado á decir la verdad: se rebate esta razon porque la ley no recae sobre él, sino sobre si faltando á la verdad el testigo en el caso propuesto, se le debiera castigar con la pena que marca la ley: se adhiere el señor Llamas á la opinion afirmativa espuesta, fundado en la verdadera razon de la ley que se espone.=9. En su consecuencia, si dos testigos contestes veridicamente conociesen á un reo de delito porque mereciera pena capital, y al mismo tiempo otro tercer testigo depusiese falsamente contra el mismo reo del mismo delito, no debia este ser comprendido en la decision de nuestra ley, porque aunque no se averiguase ser falso su dicho, no dejaría el reo de sufrir la pena capital por las deposiciones de los otros dos testigos, y por las demas razones que se exponen, pues no basta que por el testigo no quede el darle la pena al reo, sino que ademas de esto se requiere que su dicho sea tal que si no se hubiera descubierto la falsedad se le hubiera impuesto la pena capital.=10. Con el principio espuesto se satisface la duda de Acevedo sobre si tendrá lugar la decision de la ley en el testigo que ha depuesto sin juramento: distincion que hace Socino para resolver esta duda: opinion de Acevedo sobre que al testigo que no ha prestado juramento no se le castigue con la pena ordinaria de falso, si depuso con falsedad: ley de Partida que declara por nulo el dicho del testigo sin juramento: la disposicion de esta ley se ha de observar en todos los delitos de cualquiera calidad que sean.=11. La presente ley dispone en su segunda parte, que en las demas causas civiles ó criminales en que los testigos depongan falsamente se ejecuten en ellos las penas que disponen las leyes de estos reinos: por causas criminales entiende aqui la ley aquellas en que no se impone pena corporal: disposiciones del Fuero Juzgo y del Fuero Real, acerca de los testigos falsos.=12 y 13. Disposiciones de las Partidas sobre lo mismo.=14. Posteriormente á la ley de Toro se halla una ley recopilada que estableció la disposicion que se espone: clase de prueba necesaria para imponer la pena al testigo falso.=15. Clase de prueba que exigen una ley del Fuero Juzgo, otra del Fuero Real y otra de las Partidas: de lo dicho se infiere que la probanza que se ha de hacer contra el testigo ha de ser directa y legitima para que pueda tener lugar la pena de la ley de Toro y de la recopilada, asi lo persuade Acevedo, afirmando que la contrariedad de los testigos en la causa principal rara vez ó nunca la consideran los jueces por suficiente para castigar de falsos y perjuros á los testigos menores en número, pero si dicha contrariedad fuera tan clara que diese ocasion á convencerlos claramente de falsedad, se les podria castigar con pena extraordinaria: ley de Partida que declara que la falsedad se ha de probar ó por probanza legitima ó por confesion espontánea.=Nota. Nuevas disposiciones del Código penal sobre esta materia.=16. El testigo falso debe satisfacer á aquel contra quien depuso los perjuicios ó daños que le causó con su testimonio: opinion de Julio Claro sobre que esta obligacion es solo en el fuero esterno ó contencioso, pero no en el interno ó de conciencia: opinion de Molina sobre que tanto en el fuero interno de la conciencia como en el esterno el testigo falso está obligado al resarcimiento del daño ó perjuicio que causó su deposicion.=17. Entre los deberes ú obligaciones absolutas que comprenden á todos los hombres, los mas principales son, no hacer mal á nadie y reparar el daño que se le puede haber causado: por lo que no debe eximirse al testigo falso de la ofensa que ha causado á aquel contra quien depuso.=18. De la primera máxima espuesta, dice Puffendorf que se sigue hay obligacion de resarcir el daño causado en cuanto nos sea posible.=19. Se exponen los tres modos como se puede causar daño á otro segun Werenkó, á saber, por la injusta recepcion de alguna cosa, por

la cosa recibida y por contrato.==20. Es innegable que el testigo falso cuando con su testimonio causa injuria y perjuicio á aquel contra quien depuso, queda obligado en el fuero interno de la conciencia á satisfacerle los perjuicios que directamente se le hayan seguido por la razon de la injusta recepcion en que se comprende toda lesion injusta del derecho de otro, sin atender á si el daño es útil ó no al que lo ha causado: texto de Santo Tomás en corroboracion de lo espuesto.==21. Opinion de Diego Perez sobre que el testigo falso tanto en el fuero interno como en el externo debe pagar el daño causado en virtud del perjuicio mismo.==22. Es pues falsa la doctrina de Julio Claro.==Nota. Disposiciones del Código penal de 1848, que confirman lo espuesto.==23. Palabras de Felipe V. en el auto que se cita, encargando el castigo de los testigos falsos.==24. No obstante las penas rigurosas contra los testigos falsos, abundan estos en las causas criminales: causas á que atribuye Llamas este abuso.

4. Dispone la presente ley que cuando algun testigo depusiese falsamente contra alguna persona en causa criminal, en la que sino se averiguase ser su dicho falso, la persona contra quien hizo su deposicion merecia pena de muerte ú otra corporal, averiguada que sea la falsedad del testigo, se le imponga en su persona y bienes la misma pena que se daría á aquel contra quien depuso, siendo verdadera su deposicion, aun cuando en aquel contra quien declaró no se ejecute dicha pena, pues por el testigo no quedó el que no se le impusiese; lo cual quiere la ley se observe y ejecute en todos los delitos de cualesquiera calidad que sean: en las otras causas, así criminales como civiles, quiere la ley que contra los testigos que depusieren falsamente, se guarden y ejecuten las leyes reales que disponen en la materia.

2. Como la presente ley establece la pena que se ha de imponer á los testigos falsos, acostumbra los comentadores á tratar con este motivo de las varias especies que hay de falsedades; pero siguiendo yo el fin que desde el principio me he propuesto en esta obra de ceñirme á lo literal de cada ley, sin distraerme á cuestiones estrañas del asunto, me abstengo de hablar de las varias especies que hay de falsedades, remitiendo al curioso á la ley *Cornelia de falsis*, ff. título 10, lib. 48, y C. tit. 22, lib. 9, y al tit. 7, Partida 7, contrayéndome únicamente á la falsedad de los testigos.

3. Falsedad, segun el emperador Justiniano, en la novela 73, *in principio*, no es otra cosa sino imitacion de la verdad, y segun la ley 1, título 7, Partida 7, falsedad es mudamiento de la verdad. Con mayor propiedad parece la define Heineccio, *elementa jur. civ. sec. ord. Pand.*, en el título 10, lib. 48, ff., donde dice que falsedad se llama cualquiera imitacion ó supresion de la verdad hecha con dolo en fraude de alguno.

4. Nuestra ley contiene dos partes, en la primera dispone que si el testigo depusiese falsamente contra alguno en causa criminal, en que se hubiese de imponer al reo pena de muerte ó corporal se le dé al testigo la misma pena, aun en el caso de que no se haya ejecutado en el reo, por haberse averiguado antes la falsedad. En la segunda ordena que en las demas causas civiles ó criminales en que los testigos depongan falsamente, se ejecuten en ellos las penas que disponen las leyes de estos reinos. En cuanto á la primera parte parece conformarse nuestra ley con la disposicion de la ley 1, párrafo 1, ff. *ad legem Corneliam de sicariis*, que ordenaba fuese comprendido en la pena de la ley el testigo que depusiese falsamente, cuya deposicion alguno fuera condenado en público juicio de reo capital

Estas son sus palabras *praeterea tenetur... quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnetur*. Aunque las palabras de esta ley no descubren bastantemente si en el caso que en el reo no se ejecutaba la sentencia incurria el testigo en la pena de la ley Cornelia de *sicariis*, lo que no tiene la menor duda es que la ley divina del cap. 49 del Deuteronomio, versículo 16 y siguientes, imponia la misma pena al testigo falso que la que se daría al reo, si antes no se descubriera la falsedad. Véanse sus palabras: *si stiterit testis mendax contra hominem accusans eum prevaricationis, stabunt ambo, quorum causa est ante Dominum in conspectu sacerdotum, et iudicium, qui fuerint in diebus illis. Cumque diligentissime perscrutantes invenerint falsam testem dixisse contra fratrem suum mendacium, reddent ei sicut fratri suo facere cogitavit*.

5. En el derecho canónico tambien se halla confirmada esta misma doctrina en el cap. 14, causa 33, cuestion 5, en donde despues de haber espresado san Agustín que en el cap. 22 del Deuteronomio no se daba la misma pena al marido que falsamente acusaba á su muger de no haberla encontrado virgen, que la que se hubiera dado á la acusada, continúa diciendo: *in aliis autem causis eum qui testimonio falso cuiquam nocuerit, quod si probaretur, jus sit occidi, eadem plecti, jubetur poena, qua fuerit, si verum esset iste plectendus*. No era tan cierta esta doctrina por la ley 26, tít. 11, Partida 3, la que tratando de las penas en que incurria el testigo falso dice así: «E si por su testimonio mentiroso fuese alguno muerto ó lisiado, que reciba el mismo otra tal pena» Gomez en el número 7 al fin, pretende que tanto esta ley de Partida, como la civil citada se deben entender del caso en que se hubiera ejecutado la sentencia en el reo. Gregorio Lopez en la glosa 3 á la misma ley, afirma que para imponer la pena de esta ley al testigo falso no era necesario que se hubiese ejecutado la pena en el reo, y cita en comprobacion la ley civil. En la glosa 4 cita la ley 11, título 8, Partida 7, que da bastante motivo á creer es mas fundada la opinion de Gregorio Lopez que la de Gomez, pues ordena esta ley se castigue con pena de muerte al juez que maliciosamente condena á muerte, perdimiento de miembro, ó desterramiento á alguno no lo mereciendo, y añade: «Esa mesma pena debe haber aquel que dijere falso testimonio en tal pleito.»

6. Bien conozco que aun podrá decirse que no declara esta ley no sea preciso el que se ejecute la sentencia en el reo para imponer al juez y testigo la pena capital; pero al reflexionar que por perdimiento de miembro ó desterramiento impone tanto al juez como al testigo pena de muerte, parecia que aun cuando no se ejecutase en el reo dicha pena, debia tener lugar la del juez y testigo, pues á la verdad el que se verifique ó no el destierro en el reo, en poco varía lo substancial del delito del juez y testigo para incurrir ó no en pena capital.

7. Sin embargo de lo espuesto á favor de Gregorio Lopez, me inclino á que la de Gomez es mas conforme al sentido literal de la ley, mayormente al considerar que las leyes de Toro por lo comun se dirigen á declarar las opiniones mas dudosas; Acevedo en la misma ley, número 49, y por tanto era necesaria nuestra ley de Toro para aclarar esta duda, como juiciosamente observa Avendaño, citado por Acevedo al núm. 52 de la ley 4, tít. 1, lib. 8 de la Recopilacion, quien afirma que muchos doctores antiguos dudaban sobre este punto.

8. Antes de pasar mas adelante debemos hacernos cargo de una dificultad que toca muy de paso Acevedo en el número 8, y conduce á la inteligencia de nuestra ley, y es si tendrá lugar la disposicion de la ley cuando ha sido uno solo el testigo que depuso falsamente. El fundamento de esta duda nace de que siendo uno solo el testigo falso, no podia verificarse que al reo por el dicho de aquel testigo se le debiera imponer pena de muerte ú otra corporal, siendo para esto necesario dos testigos, segun la ley 32, tít 16, Partida 3, y de consiguiente deja de verificarse la condicion que exige nuestra ley para su decision. Resuelve esta duda Acevedo, citando á Avendaño, capítulo 27, *præf.*, y dice que tal testigo es comprendido en la decision de la ley de Toro, y da por razon, por qué el testigo, aunque sea solo, está obligado á decir la verdad. Esta razon de Acevedo en mi concepto es inconducente para resolver la duda, pues esta no recae sobre si el testigo está obligado á decir la verdad, sino á si faltando á ella en el caso propuesto se le deberá castigar con la pena que señala la ley. Igual obligacion tiene el testigo de no faltar á la verdad en las causas civiles que en las criminales, y sin embargo seria un absurdo decir que porque mintió en las primeras se le habia de condenar á pena capital en virtud de esta ley. Traigo esta paridad para que se conozca que no es lo único á que se debe atender para conocer si el testigo ha incurrido en la pena de la ley, ó si ha faltado á la obligacion que tiene de decir la verdad. Desechada la razon que propone Acevedo, veamos la que debe servirnos para la resolucion de la duda propuesta. Digo, pues, que la razon que ha de servir de norte es la que nos señala la misma ley, y es la de que siempre que á aquellas personas contra quienes falsamente depuso el testigo, se les impondria pena de muerte ó corporal, si no se averiguase la falsedad del testigo, se le imponga á él la misma pena; fijándonos en este principio fundamental de la ley, debemos decir que siempre que se verifique la condicion referida, debe ser comprendido en la decision de la ley el testigo, bien sea solo ó acompañado de otro. Por este medio se evita entrar al exámen de la prolija é intrincada cuestion de si el dicho de un testigo adminiculado con algunos indicios es suficiente prueba para imponer la pena capital, ó serán necesarios dos testigos contestes, cuya duda no se propuso declarar nuestra ley, sino eligió un medio del todo indiferente, y compatible con cualquiera de las dos opiniones que se quisiese elegir.

9. En confirmacion de la doctrina referida, y como ilacion necesaria de ella, debemos decir, que si dos testigos contestes veridicamente convenciesen á un reo de delito porque merecia pena capital, y al mismo tiempo otro tercer testigo falsamente depusiere contra el mismo reo del mismo delito, no debia este testigo ser comprendido en la decision de nuestra ley, porque aunque no se hubiera averiguado ser falso su dicho, no dejaria el reo de sufrir la pena capital en virtud de las deposiciones de los otros dos testigos, y para que el testigo falso incurra en la pena de la ley debe ser tan eficaz y necesario su dicho para la condenacion del reo, que si no se descubriera la falsedad se ejecutaria en el reo la pena capital, y en el caso propuesto el dicho falso de tercer testigo, ni era eficaz, ni necesario para la condenacion del reo, pues tanto en el caso de descubriese la falsedad, como en el de no descubrirse, tendria el reo que sufrir la pena capital. Puede oponerse á esto el que el testigo en tal caso hizo cuanto estaba de su parte para que al reo se le impusiere la pena capital, y de con-

siguiente debia comprenderle la decision de la ley, que parece debe tener lugar cuando por el testigo no queda el dar la pena al reo, como lo manifiestan las siguientes palabras: «pues por él no quedó de dargela.» A esto se responde que las palabras referidas hacen sentido con las antecedentes, y se deben entender con arreglo á ellas: y como las antecedentes hablan del caso en que sino se descubriera la falsedad del testigo sufriria el reo la pena capital, en este sentido y caso deben entenderse las palabras que se dejan espresadas, que es decir, que no basta el que por el testigo no quede el darle la pena al reo, sino que ademas de esto se requiere que su dicho sea tal, que sino se hubiera descubierlo su falsedad, se le hubiera impuesto la pena capital al reo.

10. Con el principio que queda establecido se satisface á la duda que propone Acevedo al número 54, de si tendrá lugar la decision de nuestra ley en el testigo que ha depuesto sin juramento sin tener necesidad de renunciar á las diversas doctrinas que refiere de nuestros autores, ni mucho menos á la distincion que espresa de Mariano Socino, que para la resolution de la duda distingue entre el testigo que depuso antes del establecimiento de la ley 9, *C. de testibus*, y el que depuso despues, manifestando de este modo que el primero declaró sin juramento y el segundo con él, por mandarse asi en dicha ley, y de aqui concluye que el que declaró falsamente antes de la ley citada, incurre en la pena de la ley Cornelia; pero no el que declaró despues de dicha ley, porque esta exige por forma substancial el juramento, y concluye finalmente Socino, despues de dar esta distincion, encargando que se piense en ella como en cosa dudosa. Prosigue Acevedo á continuacion en el número 61, diciendo que en esta duda adhiere á la segunda opinion mas benigna, que es que al testigo que no ha prestado juramento no se le castigue con la pena ordinaria de falso, si depuso con falsedad, siendo de admirar que deteniéndose Acevedo á referirnos la distincion de Socino, fundada en la ley 9, *C. de testibus*, no haya tenido por conveniente hacer memoria de la ley 23, tit. 16, Partida 3, que es mas espresa que la civil, pues no solamente manda que el testigo sea jurado, sino que ademas declara por nulo y de ningun efecto su dicho sin este requisito, y seguramente era mas á propósito de la ley civil para aclarar la inteligencia de la ley de Toro. Pero este es un defecto casi comun á todos nuestros autores, que aun cuando se ponen de intento á comentar nuestras leyes, se detienen mas en la explicacion é inteligencia de las leyes civiles que de las reales, sin duda porque les resulta mayor satisfaccion de escribir para los estraños que para los propios. Concluimos la primera parte de nuestra ley advirtiendo que su disposicion se ha de observar en todos los delitos de cualquiera calidad que sean.

11. Contiene la segunda parte que en las otras causas civiles y criminales se guarden y ejecuten las leyes de nuestros reinos, que sobre ello disponen. Entiende aqui nuestra ley por causas criminales aquellas de esta especie en que no se impone pena corporal, pues las de esta clase estan comprendidas en la primera parte. Son muchas las leyes reales que disponen acerca de los testigos falsos, y se encuentran en todos los diferentes cuerpos legales. En el Fuero Juzgo está la ley 6, tit. 4, lib. 2, que manda que el testigo que depuso falsamente satisfaga á quel contra quien dijo la falsedad todos los perjuicios que se le ocasionaron por ella, y no

teniendo bienes de que satisfacer sea entregado á aquel contra quien dijo la falsedad, para que se sirva de él hasta que quede satisfecho. Concuerda con esta ley la 43, tít. 8, lib. 2 del Fuero Real. La ley 3, tít. 12, libro 4 del mismo Fuero dispone que el que dijere falsedad ó callare la verdad, y lo confesase él mismo y se le probase, satisfaga el importe de la demanda al que la perdió por él, nunca mas valga su testimonio, y que le quiten los dientes.

12. Sin embargo de que las Partidas se formaron después del Fuero Real, y se publicaron algunos años después en las cortes de Alcalá de Henares en tiempo del rey D. Alonso XI, y que en la ley 26, tít. 11, Partida 3, se ordena que al testigo que se le probare que dijo á sabiendas mentira, además de satisfacer los perjuicios que causó con su testimonio, se le pueda imponer la pena de falso, la que según la ley 6, tít. 7, Partida 7, es destierro perpétuo á alguna isla, y confiscación de todos sus bienes, no teniendo descendientes ó ascendientes hasta el tercer grado. Sin embargo, pues, de todo esto en tiempo de Gregorio López se observaba la disposición de la ley 3, tít. 12, lib. 4 del Fuero Real contra el testigo que habia depuesto falsamente en causa civil, como lo afirma en la glosa 2 á la ley 26, tít. 11, Partida 3, y el señor Covarrubias *in cap. quamvis pact.*, parte 1, párrafo 7, número 9, espresa que la citada ley del Fuero la veía practicar tanto en el caso en que el juez procedía contra el testigo falso de oficio, como en el que lo hacia á instancia de parte, y supone que la pena de la ley es que le quiten los dientes, quitándole únicamente la quinta parte, pero el ejemplar del Fuero, que tengo presente, solo y claramente dice que se le quiten, y aunque se hace cargo dicho autor que algunos pretenden que la ley antigua del reino era que le quitasen todos los dientes, y que poco á poco se fue corrompiendo dicha palabra, y añadida la letra *n*, se escribió *quintente* en lugar de *quitenle*, no se atreve á resolver sobre el particular.

13. Además de las leyes referidas, la ley última, tít. 16, Partida 3, dejaba á la prudencia del juez el castigo del testigo falso, dando por razón «que los fechos que los homes testiguan non son todos iguales, por ende no podemos establecer igual pena contra ellos,» y encarga que para imponerle la pena se tenga consideración «al ierro que ficiéron en testiguado, é el fecho sobre que testiguaron, concediéndoles á los jueces esta facultad, bien procedan de oficio ó por acusación. Por la ley 8, *eod. tít.* Partida 3, se priva también al testigo falso de que su dicho en lo sucesivo pueda ser creído.

14. A todas estas leyes, como anteriores é insertas en los cuerpos legales del reino, se remitió nuestra ley en las palabras que hemos referido. Posteriormente á la ley de Toro se halla una del señor D. Felipe II en la 5, tít. 6, lib. 12, de la Novísima, que manda que en los casos en que en las causas civiles habian de ser condenados los testigos falsos á que se les quiten los dientes, se les commute esta pena en vergüenza pública y diez años de galeras, y en las causas criminales no siendo caso de muerte (en que se hubiese de ejecutar en él la misma pena), sean condenados en vergüenza pública, y perpetuamente á galeras. Como esta ley no espresa la probanza que se requiere en las causas civiles y criminales para imponer la pena al testigo falso, es preciso recurrir á las leyes anteriormente citadas para conocer por ellas cuándo podrá tener lugar la conmutación prevenida por

la ley del señor D. Felipe II. Por derecho civil si el juez procedia de oficio no se le imponia la pena ordinaria, sino la arbitraria, *leg. nullum ff. de testibus*; si procedia en el juicio ordinario de acusacion se le castigaba con la pena de la ley 4, ff. *ad legem Corneliam de falsis*, párrafo último, segun el señor Covarrubias, in parte 1, reel. *quamvis pactum*, párrafo 7, número 9, donde tambien advierte que la falsedad ha de ser en lo substancial de la causa para que tenga lugar la pena ordinaria.

15. La ley del Fuero Juzgo, y la 13, tit. 8, libro 2 del Fuero Real, requieren que la falsedad se pruebe ó por confesion propia, ó por probanza regular. La ley 3, tit. 12, libro 4 del Fuero Real, parece no se contenta con la confesion del reo, sino que exige la prueba ordinaria; oigamos sus palabras: «todo home que dijere falso testimonio, despues que jurare, ó callare la verdad que supiere, ó que fuere demandado, y él dijere despues que negó la verdad, ó que dijo falsedad, é fuere probado, peche la demanda etc.» La ley 26, tit. 11, Partida 3, pide tambien la prueba contra el testigo falso para imponerle la pena. Se ha visto tambien por la doctrina citada de Covarrubias, que tanto procediendo el juez de oficio contra el testigo, como á instancia de parte se practicaba la ley del Fuero. La ley presente de Toro tambien exige la prueba contra el testigo. De todo esto se infiere que la probanza que se ha de hacer contra el testigo ha de ser directa y legítima para que pueda tener lugar la pena de la ley de Toro, y la de la ley 5, tit. 6, libro 12 de la Novísima, y lo persuade Acvedo, número 1 y siguientes, y en el número 30 afirma que la contrariedad de los testigos en la causa principal nunca ó rara vez la consideran los jueces por suficiente para castigar de falsos y perjuros á los testigos menores en número, sino que espresa y directamente se han de examinar los testigos sobre la falsedad; pero si la contrariedad es tan clara que diera ocasion á convencerlos claramente de falsedad se les podria castigar con pena extraordinaria. No tiene aqui lugar aquel principio sentado entre los autores; *suspicio falsitatis, pro falsitate habetur*, porque como distingue Julio Claro, párrafo *falsum*, número 30, ese principio no rige en las causas criminales cuando se trata de castigar á alguno de falso, porque entonces no bastan las conjeturas y sospechas, sino que se requieren probanzas legítimas y concluyentes; pero si tiene lugar dicho principio en las causas civiles cuando se trata de eludir alguna probanza. Finalmente, la ley 6, tit. 7, Partida 7, declara espresamente que la falsedad se debe probar, ó por probanza legítima ó por confesion espontánea (1).

(1) El nuevo Código penal de 1848, ha establecido las penas que deben imponerse al testigo falso en los varios casos que pueden ocurrir y que por no haber penado espresamente nuestras antiguas leyes, daban lugar á las dudas espuestas en este Comentario. Segun el art. 241, el que en causa criminal sobre delito grave diere falso testimonio, sera castigado: 1.º con la pena impuesta al acusado, si este la hubiera sufrido por el testimonio falso; 2.º con la inmediatamente inferior, si no la hubiera sufrido 3.º con la inferior en dos grados á la correspondiente al delito imputado, sino hubiese recaido sentencia ejecutoria, ó esta hubiese sido absolutoria; 4.º con las de presidio mayor y multa de 50 á 500 duros cuando sean menores las señaladas en los números precedentes, ó no puedan ejecutarse en la persona del testigo falso. Segun se vé por este artículo, hállase comprendido en su número segundo y aun en el tercero, el caso en que la ley de Toro queria que se impusiese la pena al testigo falso, aunque no se ejecutase dicha pena en aquel contra quien declaró, si bien por el Código se impone en este caso menor pena que en el de que el procesado sufra el rigor de la ley, gra-

16. Convienen todas las leyes que dejamos citadas en que el testigo falso debe satisfacer á aquel contra quien depuso los perjuicios ó daños que le causó con su testimonio. Ninguna cosa puede parecer mas justa que esta disposicion; pero al ver que Julio Claro, párrafo *falsum*, número 14, afirma que esta obligacion es solo en el Fuero esterno ó contencioso, pero no en el interno ó de conciencia, no puedo menos de detenerme á examinar esta doctrina que supone Claro es comun entre los autores, y la veo referida y apoyada por Villadiego en la glosa á la ley 6, tit. 4, libro 2 del Fuero Juzgo. Las palabras de Julio Claro son estas: *«item testis falsus tenetur versus partem de omni damno contingente propter illud falsum testimonium, secundum regulam, quam tradit glossa in cap. presbiterum, de homicidio. Hoc tamen intellige ut procedat in foro contentioso, secus, autem in foro conscientiae, nam in hoc foro non tenetur nisi de falso testimonio, non tamen de damno ex illo subsequente. Ita singulariter dixit Vinc. in cap. 1 de custodia euchar., quem sequuntur communiter doctores, ut dicit Cors. in suis singul. in verbo testi, vers. si aliquis; quod nota quia de facile quis responderit contrarium.»* Me valgo entre otros fundamentos de la autoridad del Padre Molina, que en su obra *de justicia et jure*, tratado 2, disputa- cion 700, número 4, afirma que tanto en el Fuero interno de la conciencia como en el esterno el testigo falso está obligado al resarcimiento del daño ó perjuicio que causó con su deposicion.

duacion justa, puesto que es menor el perjuicio causado. Asimismo, se halla resuelta por dichas disposiciones la duda que propone Acevedo y que se indica en el núm. 8, sobre si deberá pensarse al testigo falso, cuando ha sido uno solo el testigo que depuso falsamente, puesto que en los números 2 y 3 de dicho art. 241 se prescribe la pena que debe imponerse al testigo falso, segun que su deposicion fue causa de que sufriende la pena el reo ó de que recayese solo sentencia ejecutoria, ó de que esta hubiese sido absolutoria. Así, pues, siempre deberá imponerse pena al testigo falso, aunque este fuera solo, segun resolvian Acevedo y Llamas en los números 8 y 9 de este Comentario, puesto que el Código la establece aun cuando recayese sentencia ejecutoria contra el mismo, ó la que recayera fuese absolutoria, si bien es menor la pena que en los demas casos. Segun el art. 242 del Código penal, el falso testimonio dado en causa sobre delito menos grave, será castigado con las penas de presidio menor y multa de 20 á 200 duros. Si fuese sobre falta, se castigará con presidio correccional en su grado mínimo y multa de 10 á 100 duros.

Por el art. 243 se dispone, que el falso testimonio dado á favor del reo, sea castigado con las penas de presidio correccional y multa de 20 á 200 duros, si la causa fuese por delito; y con las de arresto mayor y multa de 10 á 100 duros si la causa fuere por falta.

El falso testimonio en causa civil, es castigado por el art. 244, con las penas de presidio correccional y multa de 50 á 500 duros. Si el valor de la demanda no ascendiese á 50 duros, las penas serán de arresto mayor y multa de 10 á 100 duros.

El art. 245 establece, que las penas de los artículos precedentes son aplicables á los peritos que declarasen falsamente en juicio.

Siempre que la declaracion del perito ó testigo fuese dada mediante cohecho, las penas serán las inmediatas superiores en grado á las respectivamente designadas en los artículos anteriores, imponiéndose ademas la multa del tanto al triple del valor de la promesa ó dádiva. Esta última será decomisada cuando hubiese llegado á entregarse al sobornado: art. 246.

Cuando el testigo ó perito sin faltar substancialmente á la verdad, la alteren con retenciones ó inexactitudes, las penas serán: 1.º multa de 20 á 200 duros, si la falsedad recayese en causa sobre delito; 2.º de 10 á 100 duros, si recayese sobre falta ó negocio civil: art. 247.

El que presentare á sabiendas testigos ó documentos falsos en juicio, será castigado como reo de falso testimonio: art. 249.

17. Supuesta la distincion comunmente recibida entre los autores que tratan de intento del derecho natural de los oficios del hombre, perfectos é imperfectos, afirma el Pufend. en el libro 3, cap. 1 de *jure natur.*, párrafo 1, que entre los deberes ú obligaciones absolutas que comprenden á todos los hombres, y que no dependen de algun acto ó convencion humana los mas principales é importantes son el *no hacer mal á ninguno y reparar el daño que se le pueda haber causado*. Como no me persuado que intente Claro, y los que siguen su opinion, eximir al testigo falso de la ofensa que ha causado á aquel contra quien depuso, trataré únicamente de la obligacion que le resulta de satisfacerle los perjuicios en el fuero interno.

18. Continúa Pufend. en el párrafo 2, y dice que de la primera máxima se sigue que despues de haber causado mal á alguno, que legítimamente se nos pueda imputar hay obligacion á resarcirlo en cuanto nos sea posible, porque de otro modo, ¿de qué serviria que las leyes prohibiesen el causar daño á cualquiera, si despues aquel que lo habia causado no estuviera obligado por las mismas leyes á resarcirlo?

19. Tres son los modos con que se puede causar daño á otro en sus bienes, segun Werenko de *jure naturali*, parte 1, seccion 2, capítulo 4, párrafo 8, y otras tantas las raices y causas de la restitution. Se causa daño y perjuicio á otro por la injusta recepcion de alguna cosa, por la cosa recibida y por contrato. Se dice recepcion injusta toda lesion del derecho de otro que se hace con injusticia teológica, y todo daño que se causa dolosamente por destruccion de la cosa ó de otro modo, porque cualquiera que causa daño á otro con dolo, le quita alguna cosa y de consiguiente se dice que queda obligado por razon de la injusta recepcion. Por la cosa recibida se causa daño é injuria cuando estando poseyendo una cosa con buena fé, sobreviene la noticia de ser agena antes de completar la prescripcion. Por el contrato se dice cuando se ha celebrado injustamente ó no se ha cumplido. Véase Werenko en el lugar citado, donde mas por estenso esplica esta materia.

20. Contrayendo esta doctrina á nuestro caso, es innegable que el testigo falso, cuando con su testimonio causa injuria y perjuicio á aquel contra quien depuso, queda obligado en el fuero interno de la conciencia á satisfacerle los perjuicios que directamente se le hayan seguido, y esto por razon de la injusta recepcion en que hemos dicho se comprende toda lesion injusta del derecho de otro, sin atender á si el daño es útil ó no al que lo ha causado. Para mayor convencimiento oigamos á santo Tomás en este punto. Pregunta el santo en la 2^a 2^a de cuestion 62, artículo 2, si la restitution de lo que se ha quitado es necesaria *necessitate salutis*, y resuelve que si fundándose en la autoridad de san Agustin en el cap. *si res*, causa 14, cuestion 6, en donde dice, *non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum* y en que la restitution es acto de la justicia comunicativa, y como el conservar la justicia sea necesario *necessitate salutis*, por consiguiente la restitution debe ser de la misma necesidad. Pregunta en el artículo 4. si hay obligacion á restituir lo que no se ha quitado, y responde que el que causa daño á otro le quita aquello en que lo daña, y asi está obligado á la restitution de aquello en que lo ha perjudicado.

21. Persuadido de esta verdad Diego Perez en la ley 1, tít. 6, libro 8 del Ordenamiento Real, párrafo *quid autem*, afirma que el testigo falso, tanto en el fuero interno como en el esterno, está obligado al resarcimiento

del daño causado, porque este resarcimiento no se hace en virtud de mera pena, la cual no se debe en el fuero interno, sino en virtud del perjuicio causado.

22. De lo dicho se convence cuán falsa es la doctrina que refiere y sigue Julio Claro (1).

23. Concluyamos ya este Comentario insertando las palabras con que el señor don Felipe V, esperimentando la frecuencia de testigos falsos, encargó el castigo de ellos en la ley 6, tit. 6, libro 12 de la Novísima por estas palabras: «He resuelto, dice, que con la mas rigurosa exactitud y observancia se ejecuten las leyes que hay contra testigos falsos, en todo género de causas así civiles como criminales sin ninguna dispensación ni moderación. Tendráse entendido en el Consejo y cámara para su exacta y puntual observancia, la cual encargo á su cuidado, con la especialidad que requiere materia de tanta gravedad y consecuencia.»

24. Sin embargo de las rigurosas penas establecidas por las leyes contra los testigos falsos, y del encargo de su observancia, apenas hay causa criminal en que no se hallen testigos falsos, vicio de que ya en su tiempo se quejaba Julio Claro, *pract. crimin.*, cuestion 53, número 7, atribuyéndolo á la flojedad de los jueces en castigar este delito, sobre lo cual dice que exclamó alguna vez en el senado.

(1) Esta doctrina se halla confirmada por las disposiciones del nuevo Código penal de 1848. Segun su art. 15, toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien civilmente, y siendo responsables criminalmente de un delito ó falta los autores, los cómplices y los encubridores, es claro que el testigo falso, como que es autor del falso testimonio, es responsable civilmente de este delito.

La responsabilidad civil comprende, segun el art. 15: 1.º la restitucion; 2.º la reparacion del daño causado; 3.º la indemnizacion de perjuicios.

FIN.

Ley 46. El sucesor en bienes de mayorazgo no sea obligado á pagar cosa alguna por las mejoras hechas en ellos.	158
Comentario á la ley 46 de Toro	Id.
Ley 47. El hijo casado y velado se tenga por emancipado.	200
Comentario á la ley 47 de Toro.	201
Ley 48. El hijo casado y velado haya el usufructo de los bienes adventicios.	244
Comentario á la ley 48 de Toro	Id.
Ley 49. Prohibicion de los matrimonios clandestinos, y pena de los que los contrajeren é intervinieren en ellos.	220
Comentario á la ley 49 de Toro	Id.
Ley 50. No se pueda renunciar la ley del Fuero prohibitiva de dar en arras mas de la décima parte de los bienes.	240
Comentario á la ley 50 de Toro	Id.
Ley 51. Los herederos de la muger hayan las arras, y no el marido, en defecto de hijos.	246
Comentario á la ley 51 de Toro.	Id.
Ley 52. Modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida ó por muerte de alguno de los desposados.	252
Comentario á la ley 52 de Toro.	Id.
Ley 53. Modo de pagar la dote ó donacion <i>propter nuptias</i> prometida al hijo por marido y muger durante el matrimonio.	285
Comentario á la ley 53 de Toro.	286
Ley 54. Aceptacion y renuncia de la herencia por la muger con licencia de su marido y sin ella.	293
Comentario á la ley 54 de Toro	Id.
Ley 55. La muger sin licencia de su marido no puede celebrar contrato ni separarse de él, ni presentarse en juicio	297
Comentario á la ley 55 de Toro.	Id.
Ley 56. Valgan los contratos y demás que haga la muger con licencia general del marido para cuanto sin ella no podria hacer.	300
Comentario á la ley 56 de Toro.	301
Ley 57. El juez puede dar licencia á la muger en defecto de la del marido para hacer con causa legítima y necesaria lo que no podria sin ella.	302
Comentario á la ley 57 de Toro.	Id.
Ley 58. Puede el marido ratificar lo hecho por la muger sin su licencia.	303
Comentario á la ley 58 de Toro	304
Ley 59. Valga lo hecho por la muger con licencia del juez cuando supla la del marido en ausencia de este.	307
Comentario á la ley 59 de Toro.	Id.
Ley 60. La muger renunciando las ganancias no pague las deudas hechas por el marido durante el matrimonio.	340
Comentario á la ley 60 de Toro.	Id.
Ley 61. La muger no se pueda obligar por fiadora del marido ni de mancomun sino en los casos que se espresan.	345
Comentario á la ley 61 de Toro.	Id.

Ley 62. La muger no pueda ser presa por deuda que no des- cienda de delito	334
Comentario á la ley 62 de Toro	Id.
Ley 63. Prescripcion del derecho de ejecutar por obligacion per- sonal, de la accion personal y ejecutoria de ella y de la mixta personal y real	337
Comentario á la ley 63 de Toro	Id.
Ley 64. Los diez dias asignados para alegar y probar las excep- ciones corren desde el dia en que el demandado se opu- siere á la ejecucion	383
Comentario á la ley 64 de Toro	Id.
Ley 65. La interrupcion en la posesion interrumpa la propiedad y al contrario	388
Comentario á la ley 65 de Toro	Id.
Ley 66. Sin preceder informacion de la deuda de dinero no sea obligado el deudor á arraigarse por la demanda de ella	396
Comentario á la ley 66 de Toro	Id.
Ley 67. Juramento prohibido en los santos lugares que se espre- san, y pena del que lo hiciere, pida ó lo mande	398
Comentario á la ley 67 de Toro	Id.
Ley 68. Cumplimiento de las condiciones y pena de comiso pue- tas en los contratos de censos	402
Comentario á la ley 68 de Toro	403
Ley 69. Prohibicion de donar uno todos sus bienes	422
Comentario á la ley 69 de Toro	Id.
Ley 70. Ampliacion del derecho de retracto á las cosas de patri- monio vendidas en almoneda	428
Comentario á la ley 70 de Toro	Id.
Ley 71. Modo en que se pueden retraer los cosas de patrimonio vendidas en uno ó muchos precios	437
Comentario á la ley 71 de Toro	438
Ley 72. Retracto de la cosa de patrimonio vendida al fiado	466
Comentario á la ley 72 de Toro	467
Ley 73. Derecho del pariente inmediato á retraer la cosa vendi- da cuando el mas propincuo no quiera sacarla	468
Comentario á la ley 73 de Toro	Id.
Ley 74. Preferencia del señor del directo dominio, y del que ten- ga parte en la cosa, al pariente mas propincuo para re- traerla	471
Comentario á la ley 74 de Toro	Id.
Ley 75. Solemnidad y diligencias para retraer el comunero la cosa vendida	483
Comentario á la ley 75 de Toro	486
Ley 76. Ninguno sea dado por enemigo en rebeldía sin preceder prueba legítima y tres meses despues de la sentencia de su condena	493
Comentario á la ley 76 de Toro	494
Ley 77. Ninguno de los cónyuges por delito del otro pierda los bienes multiplicados hasta la sentencia declaratoria	504

Comentario á la ley 77. de Toro.	505
Ley 78. La muger casada pueda perder por delito los gananciales y demás bienes que la pertenezcan.	518
Comentario á la ley 78 de Toro.	Id.
Ley 79. El privilegio de no ser presos por deudas los hijosdalgo no se estienda á las deudas procedentes de delito ó cuasi.	523
Comentario á la ley 79 de Toro.	Id.
Ley 80. Acusacion de la adúltera y su cómplice.	531
Comentario á la ley 80 de Toro.	id.
Ley 81. Adulterio de la desposada y su pena aunque pruebe nulidad de matrimonio.	541
Comentario á la ley 81 de Toro.	id.
Ley 82. Casos en que el marido que matare á la muger adúltera y su cómplice no debe ganar los bienes de ambos.	552
Comentario á la ley 82 de Toro.	553
Ley 83. A los testigos falsos se dé la misma pena que por sus dichos debería darse á aquel contra quien depusieron.	556
Comentario á la ley 83 de Toro.	id.

INDICE ALFABÉTICO

DE LAS

MATERIAS SOBRE QUE VERSA ESTA OBRA.

(La estension con que hemos espuesto los sumarios de cada comentario, nos permite aligerar este indice, pues solo con acudir á los sumarios que en él se citan, se podrán ver las diversas observaciones y cuestiones espuestas sobre cada materia).

ABOGADOS. Cursos de legislacion que deben estudiarse para recibirse de abogados y ejercer la judicatura; comentario á la ley 2 de Toro, t. 1, pág. 110, números 1 al 8.

ABORTO. *Hijo abortivo.* Requisitos para que el hijo se entienda naturalmente nacido y no abortivo; ley 43 de Toro y comentario á la misma, tomo 1, pág. 268.

ADULTERIO. Personas que podian acusar del delito de adulterio segun el derecho romano y nuestras antiguas leyes; comentario á la ley 80 de Toro, números 2 y siguientes, t. 2, pág. 532.—Id. segun el nuevo Código penal; nota al núm. 31 de dicho comentario, id. id.—Escepciones que pueden oponerse á la acusacion de adulterio; comentario cit. n. 17 y siguientes.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia, id. id.

La mujer puede ser acusada de adulterio aunque alegue y pruebe la nulidad de su matrimonio; ley 81 de Toro, tomo 2, pág. 541.—Se examina si tendrá aplicacion esta doctrina en caso que la nulidad del matrimonio fuese por falta de consentimiento; comentario á dicha ley, números 5 y siguientes.

Se espone la disposicion de que en las personas y bienes de los adulteros, se ejecute lo contenido en la ley del Fuero de las leyes que trata de los que cometen delito de adulterio; comentario á dicha ley 81, números 19 y siguientes y su nota.

Observaciones y dudas sobre la materia espuesta; id. id. números 21 y siguientes.

Casos en que el marido que matare á la adúltera y su cómplice debia ganar los bienes de ambos segun la ley de Toro; ley 82 de Toro, tomo 2, pág. 552: razon de esta disposicion; leyes del derecho romano sobre lo mismo; id. id. números 4 y siguientes.—En el dia no tiene aplicacion la disposicion espuesta segun se espone; id. id. nota al núm. 15.—Penas con

que en todos tiempos se ha castigado el delito de adulterio.—Id. id. número 16 y siguientes.

ALIMENTOS. Obligacion que tienen los padres de alimentar á los hijos; ley 10 de Toro; t. 1, pág. 181 y 182.—Clase de hijos á quienes se deben los alimentos y cuota en que estos consisten; comentario á dicha ley, números 9 y siguientes.

APELACION. Casos en que se admite apelacion en cuanto al efecto suspensivo en el juicio ejecutivo; comentario á la ley 64, núm. 6, tomo 2, pág. 387.

ARRAS. Qué sean; comentario á la ley 50 de Toro, números 2, y 3, t. 2, pág. 240.—Modos de constituirse; id. id. núm. 5.—No se puede renunciar la ley del Fuero que prohíbe dar en arras mas de la décima parte de los bienes; id. id. números 8 y siguientes.—Observaciones sobre esta materia; id. id. números 19 y siguientes.

Los herederos de la muger han las arras y no el marido en defecto de hijos, ley 31 de Toro; t. 2, pág. 246.—Casos en que la muger puede disponer de las arras; comentario á dicha ley; núm. 2 y siguientes.—Dudas y observaciones sobre esta materia; id. id. id.

Modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida ó por muerte de algunos de los desposados; ley 52 de Toro; t. 2, pág. 252.—Observaciones sobre esta disposicion y su antigüedad; comentario á la misma, números 2 y siguientes.

BIENES RESERVABLES. El varon que casase segunda vez está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que se expresan en los mismos casos en que están obligadas á ello las mugeres; ley 15 de Toro, t. 1, pág. 283.—Bienes sujetos á reserva; cuestiones sobre esta materia; id. id.

CENSOS. Qué sea, sus clases y divisiones; comentario á la ley 68 de Toro, números 2 y siguientes.—Cumplimiento de las condiciones y pena de comiso puestos en los contratos de censo.—Id. números 14 y siguientes, pág. 407.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia; id. id.

CODIGOS españoles; órden de la ley y fueros que se han de observar para la decision de los pleitos; ley 1 de Toro, t. 1, pág. 31, y comentario á la misma, id. pág. 34 y siguientes.

CODIGO DE EURICO. Época de su formacion y publicacion; comentario á la ley 1 de Toro, núm. 277, t. 1, pág. 402.—Fuentes de que se compone este código; sus partes; pensamiento que dominó en su formacion; autoridad que tuvo en España; nombres que se le dieron; comentario á la ley 1 de Toro, nota al núm. 277, t. 1, pág. 402.

COLACION DE BIENES. Qué se entiende por colacion; causa impulsiva de la colacion; disposiciones del derecho romano y del patrio sobre este punto. Los hijos tienen obligacion de colacionar en la particion de la herencia de los ascendientes la dote y donaciones *propter nuptias* y otras donaciones que hubiesen recibido de ellos.—Cuándo se consideran inoficiosas dicha dote y donaciones; ley 29 de Toro, t. 1, pág. 522, comentario á dicha ley, id. pág. 522.—Bienes que deben colacionarse; comentario á dicha ley, números 20 y siguientes.—Diferencia entre la colacion y la imputacion en la legítima; id. números 35 y siguientes.—Efectos de la colacion y de la imputacion; id. números 38 y 39.—Bienes que se traen á colacion; id. número 40 y siguientes.—Tiempo á que debe atenderse para saber si la dote y donacion son inoficiosas y deben traerse ó no á colacion; id. números 137 y siguientes.

CONTRATO. La muger no puede sin licencia de su marido celebrar contrato ni separarse de él ni presentarse en juicio; ley 53 de Toro, t. 2, pág. 296.—Duda sobre si podrá la muger hacer donacion *mortis causa*;

comentario á dicha ley, números 3 y 4, id. id.—Duda y observaciones sobre la materia espuesta; id. id., números 8 y siguientes.—Los contratos y demas que haga la muger con licencia general de su marido para cuanto sin ella no podria hacer, son válidos; ley 56 de Toro, t. 2, pág. 300.—Observaciones sobre este particular: comentario á dicha ley, id. pág. 301.

El juez puede conceder licencia á la muger, en defecto de la del marido, para hacer por causa legítima, lo que no podria hacer sin ella; tomo 2, pág. 302.

El marido puede ratificar lo hecho por su muger sin su licencia; ley 58 de Toro, t. 2, pág. 309.—Observaciones sobre este particular; comentario á dicha ley, id., pág. 304.

Valga lo hecho por la muger con licencia del juez cuando supla la del marido en ausencia de este; ley 59 de Toro, t. 2, pág. 307.

COSTUMBRE INMEMORIAL. Es un modo de probar el mayorazgo; ley 41 de Toro, t. 2, pág. 66.—Diferencia entre esta costumbre y la prescripción; id., números 13 y siguientes.

DELITO. Qué sea delito y qué cuasi delito; comentario á la ley 79 de Toro, números 8 y 9, t. 2, pág. 523. V. *Prision por deudas*.

DELITO. La muger no debe recibir pena por el delito del marido ni este por el de aquella; comentario á la ley 77 de Toro, números 2 y siguientes.—Esposicion de varios testos y opiniones sobre la transmisibilidad de las penas á los hijos y nietos por los delitos de los padres y abuelos; comentario citado, núm. 2 y siguientes.

La muger puede perder por delito los gananciales y los demas bienes que la pertenezcan; ley 78 de Toro, t. 1, pág. 518.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

DESAFIO. Sus disposiciones legales prohibiéndolos; comentario á la ley 1 de Toro, núm. 218, t. 1, pág. 87.—Uso y costumbre que debia observarse segun la ley 1 de Toro, en materia de desafíos; id. id., números 217 y siguientes.

DERECHO DE EJECUTAR. Prescripción del derecho de ejecutar por obligacion personal y ejecutoria de ella y de la mixta de real y personal; ley 63 de Toro, t. 2, pág. 337. V. *Juicio ejecutivo*.

DESHEREDACION. Se examina si la pena de desheredacion que impone la ley de Toro á los hijos que contraen matrimonios clandestinos podrán tener lugar despues de la disposicion del Concilio de Trento; comentario á la ley 49, números 24 y siguientes.—Duda sobre si no habiéndose mencionado en el código penal de 1848 la pena de desheredacion, cuya facultad concedian las antiguas pragmáticas al padre respecto de los hijos que habian contraido matrimonio sin su consentimiento deberá entenderse derogada; nota al núm. 66 del Comentario á la ley 49 de Toro, tomo 2, pág. 223.

DONACION. Qué sea donacion simple; comentario á la ley 26, números 4, 5 y 6, t. 1, pág. 460.—Naturaleza de estas donaciones; id. id. números 8 y siguientes.—Qué sea donacion por causa; id. id. núm. 21.—Cuáles las *sub modo*; id. id. números 22 y 23.—Observaciones y cuestiones sobre los efectos de dichas donaciones, especialmente en cuanto á las mejoras; id. idem números 24 y siguientes.

DONACION. Prohibicion de hacer donacion de todos sus bienes; ley 69 de Toro, tomo 2, pág. 524.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id. pág. 422.

Cuándo se entienden ó no revocables las que hacen los padres á sus hijos, y cuándo se imputan en la legítima, ó en la mejora de tercio y quinto; comentario á la ley 47 de Toro, números 3 y siguientes, tomo 1, pág. 319 y siguientes.

DONACION MORTIS CAUSA. Duda sobre si podrá la muger hacer donacion *mortis causas*; comentario á la ley 52 de Toro, números 3 y 4, tomo 2, pág. 297.

DONACION PROPTER NUPTIAS. Diferencia entre las arras y la donacion *propter nuptias*; comentario á la ley 50 de Toro, tomo 2, núm. 4 y siguientes.

Modo de pagar la donacion *propter nuptias* prometida al hijo por marido y muger; Comentario á la ley 53, tomo 2, pág. 285.

DONACION ESPONSALICIA. Qué sea y sus efectos; comentario á la ley 52 de Toro, números 37 y siguientes, tomo 2, pág. 265.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia, id. id.

DOMINIO. En qué consiste la propiedad *in habitu é in actu* con aplicación á los bienes gananciales; Comentario á la ley 16 de Toro, número 24 y siguientes, tomo 1, pág. 303.—Cuándo pasa el dominio del legado al legatario; comentario á la ley 20, números 26 y siguientes, pág. 366.

NOTE. Modo de pagar la dote ó donacion *propter nuptias*, prometida al hijo por marido y muger durante el matrimonio; ley 53 de Toro, tomo 2, pág. 285.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

ESPONSALES. Qué se entiende por esponsales de presente y qué por esponsales de futuro; comentario á la ley 52 de Toro, núm. 38, tomo 2, pág. 265.

FEUDOS. Cuándo se introdujeron en España y en qué consistian; comentario á la ley 40, números 27 y siguientes, tomo 2, pág. 26.

FUERO JUZGO. Origen del Fuero Juzgo; monarcas que concurrieron á su formacion.—Idioma en que se compuso este Código.—Este Código tuvo autoridad del Código general y con ella se conserva aun en el dia. comentario á la ley 1 de Toro, nota al núm. 279, tomo 1, pág. 106;

FUERO REAL. Carácter legal de este Código y época de su publicación y orden en que rige; comentario á la ley 1 de Toro, números 8 y siguientes y núm. 257, tomo 1, pág. 38.

FUERO DE LOS FIJOSDALGO DE CASTILLA. Autor de este Fuero: exámen del mismo, y causa porque se llamó de albedrio; y orden de lugar que ocupa entre la autoridad y demás cuerpos legales; comentario á la ley 1 de Toro, números 208 y siguientes; tomo 1, pág. 84 y siguientes.

FUEROS MUNICIPALES. Orden de autoridad que tienen entre los demás cuerpos legales; comentario á la ley 1 de Toro, núm. 257, tomo 1, página 96.

FIANZA. La muger no puede obligarse por fiadora del marido ni de mancomun, sino en ciertos casos; ley 61 de Toro, tomo 2, pág. 315.—Disposiciones del derecho romano y español sobre esta materia; casos en que la muger puede salir fiadora y obligarse; cuestiones sobre este particular; comentario á dicha ley, tomo 2, pág. citada.—Cuestion sobre si la muger puede renunciar la disposicion espuesta de la ley 61 de Toro; id. núm. 50 y siguientes, pág. 296 y nota al núm. 82 de dicho comentario, pag. 332.

FIANZA DE LA LEY DE MADRID. En qué consiste; comentario á la ley 64 de Toro, núm. 4, tomo 2, pág. 387.

FIANZA DE LA LEY DE TOLEDO. En qué consista; comentario á la ley 64 de Toro, núm. 273, tomo 2, pág. 386.

FIANZA DE PAGAR LO JUZGADO. Disposiciones del derecho romano sobre esta fianza; comentario á la ley 66 de Toro, números 2 y 3, tomo 2, pág. 397.—Id. del derecho español; id. id. núm. 4 y siguientes.—Observaciones sobre esta materia, id. id.

GANANCIALES. Qué bienes se consideran tales; comentario á la ley 77 de Toro, números 18 y siguientes, tomo 2, pág. 511.—Observaciones y dudas sobre la clase de bienes que pueden considerarse gananciales; id. id.—Requisitos necesarios para la comunión de ganancias entre consortes; comentario citado, núm. 28.

La muger casada puede perder por delito los gananciales y demas bienes que la pertenezcan; ley 78 de Toro, tomo 2, pág. 518.—Observaciones y dudas sobre esta materia, comentario á dicha ley, id. id.

Clase de sociedad que constituye la de gananciales; en qué consiste; bienes que se entienden tales; las mandas del marido no se imputan á la muger en la mitad de gananciales; cuestiones sobre este particular; ley 16 de Toro, comentario á la misma, t. 1, página 296 y siguientes.

Ninguno de los cónyuges por delito de otro pierde los bienes multiplicados hasta la sentencia declaratoria; ley 77 de Toro, tomo 2, pág. 504.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley números 17 y siguientes.

La muger no paga las deudas hechas por el marido durante el matrimonio, si renuncia los gananciales; ley 60 de Toro, tomo 2, pág. 310.—Dudas y observaciones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

HERENCIA. La muger no puede aceptar ni renunciar la herencia sin licencia de su marido; ley 54 de Toro, tomo 2, pág. 253.—Observaciones sobre esta materia; Comentario á dicha ley; id. id.

HIDALGUÍA. Qué se entiende por hidalguía; comentario á la ley 79 de Toro, números 4 y siguientes, tomo 2, pág. 523. Division de la hidalguía y privilegios de que goza; id. núms. 6 y siguientes. (*V. Prision por deudas*).

HIJOS ILEGÍTIMOS. Quiénes se consideran tales; sus clases; disposiciones del derecho romano y español sobre la sucesión de tales hijos á la herencia de sus madres; ley 9 de Toro, tomo 1, pág. 154. Comentario á dicha ley, id. id. pág. 155 y siguientes.

Parte de bienes que pueden mandar los padres á sus hijos ilegítimos y naturales; ley 10 de Toro, tomo 1, pág. 181: Comentario á dicha ley, números 80 y siguientes. (*V. Alimentos*). Cualidades que deben tener los hijos para que se entiendan naturales para el efecto de la legitimación por matrimonio; comentario á la ley 11 de Toro, tomo 1, pág. 208.

Sucesión del hijo legitimado por rescripto para suceder á sus padres á falta de legítimos y casos en que debe igualarse con estos; ley 12 de Toro, tomo 1, pág. 256.

HUO NATURAL. Cualidades de los hijos para que se estimen naturales; ley 11 de Toro, t. 1, pág. 207, coment. á dicha ley, núm. 1 y siguientes.

JUECES. Obligación de los jueces á pasar y estudiar las leyes para la administración de justicia; ley 2 de Toro, t. 1, pág. 105 y 110, números 1 al 8.—Cualidades del ministerio judicial. id. pág. 111, núm. 8.—Se examina si son mas á propósito para la judicatura los abogados prácticos que los profesores de derecho; id. id. números 9 y siguientes.

JUICIO EJECUTIVO. Los diez dias primeros asignados á los deudores ejecutados por contratos, obligaciones ó sentencias para probar pago ú otra escepcion que se ha de recibir, corre desde el dia en que el deudor se opusiese á la ejecución, y pasados los diez dias no aprobando la escepcion, el remate se hace como dispone la ley de Toledo; ley 64 de Toro, tomo 2, pág. 383, y comentario á la misma id. pág. 386.

JURAMENTO. Disposiciones del derecho romano y español sobre el juramento en juicio; comentario á la ley 67 de Toro, núm. 2 y siguientes, tomo 2, pág. 399.—Prohibición de jurar en la Iglesia de S. Vicente en Avila, en el cerrojo de Santa Agueda, ni sobre altar ó cuerpo santo ni en alguna iglesia jurada; id. id.

LEGADO. Reglas sobre el modo como pueden satisfacer los legados, segun sean los bienes indivisibles cada uno de por sí ó en general toda la herencia: comentario á la ley 20 de Toro, núm. 7 y siguientes, tomo 1, pág. 360.—Derechos del legatario en la cosa legada; cuestiones sobre este particular; id. id.

Los legatarios de cuota de bienes estan obligados á proratear la satisfaccion de las deudas descubiertas y las que posteriormente se descubrieren; comentario á ley 21 de Toro, núm. 41, tomo 2, pág. 378.—Cuestiones sobre este particular; id. id. núm 44 y siguientes.

Las mandas del marido no se imputan á la muger en su mitad de gananciales: ley 46 de Toro, tít. 1, pág. 296.

El legado que hace el padre á sus hijos es siempre revocable, haya ó no mediado la entrega; comentario á la ley 47, núm. 24, tomo 1, página 323.

LEGITIMA. Disposiciones del derecho romano y del español sobre esta materia; comentario á la ley 47 de Toro, tomo 1, pág. 317.

LEGITIMACION. Qué sea legitimacion; diversos modos de legitimar; legitimacion por rescripto del principe: comentario á la ley 42 de Toro, núm. 4 y siguientes, tomo 1, pág 256.

Quiénes pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio; comentario á la ley 41 de Toro núm. 9 y siguientes.

LEY. Su formacion, interpretacion y declaracion pertenece al soberano; comentario á la ley 1 de Toro, núm. 268, tomo 1, pág. 99.—Prohibicion de hacer uso de leyes romanas; se examina si hubo ó no en España ley que prohibia bajo pena de la vida alegar en juicio leyes romanas; comentario citado, núm. 272 y 273.

LEYES DE ESTILO. Monarcas que las formaron; se examina si dichas leyes tuvieron autoridad legal; comentario á la ley 4 de Toro, números 258 y siguientes, tomo 1, pág. 97.

LEYES DE TORO. Pragmática de publicacion de las leyes de Toro, tomo 1, pág. 47.—Autores de estas leyes; lugar y tiempo de su formacion; esposicion de dicha pragmática, número 7 al 23, tomo 1, pág. 24 y siguientes.—Disposiciones mas notables de las leyes de Toro; nota al número 26 de dicha esposicion, id. id. pág. 26.—Descripcion de las leyes de Toro; tomo 1, pág. 27.—Lugar de autoridad legal en que se hallan comprendidas las leyes de Toro entre los demas Códigos; comentario á la ley 4 de Toro, núm. 228 y siguientes, tomo 1, pág. 90.—Orden de prelación que establece la ley de Toro entre los diversos cuerpos legales: id. id. núm. 227.—Dudas y observaciones sobre este particular; comentario citado, núm. 230 y siguientes.

MATRIMONIO CLANDESTINO. Razones que tuvo la Iglesia para prohibir los matrimonios clandestinos, segun el derecho canónico y las Partidas; comentario á la ley 47 de Toro; núm. 94, tomo 2, pág. 340.

MAYORAZGOS ó VINCULACIONES. Naturaleza y antigüedad de los mayorazgos; comentario á la ley 40 de Toro, número 3, tomo 2, página 47. Definicion del mayorazgo. id. número 4 y siguientes.—Los mayorazgos se introdujeron á imitacion de los fideicomisos ó de los feudos desconocidos de los romanos; id. núms. 25 y 26.—Cuándo principiaron á conocerse los mayorazgos: id. núm. 43 y siguientes.—Disposiciones del derecho español estableciendo el orden de sucesion en el reino; id. id. números 51 y siguientes. Cuándo se usó en España de la palabra mayorazgo; id. números 56 y siguientes.—Nuevas noticias sobre la historia de los mayorazgos.—Ultimas disposiciones suprimiendo las vinculaciones; id. nota al núm. 72, tomo 2, pág. 36.—Modo de suceder en los mayorazgos con ascendientes ó transversales del poseedor; comentario citado, núm. 73

y siguientes. Observaciones y dudas sobre esta materia, id. núms. citados; y siguientes.

MAYORAZGO. Modo de probar que los bienes son de mayorazgo; ley 41 de Toro, tomo 2, pág. 63.—Cuestiones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. pág. 66.

A la fundacion de mayorazgo debe preceder la real licencia; ley 42 de Toro.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley id. id.

La licencia para fundar mayorazgo no espira por la muerte del rey que la dió aunque no se hubiese usado de ella; ley 43 de Toro, tomo 2, pág. 80.—Dudas y observaciones sobre esta materia; id. pág. 81.

Casos en que se puede revocar ó no el mayorazgo hecho en cualquier modo; ley 44 de Toro, tomo 2 pág. 85.—Dudas y observaciones sobre esta materia; comentario á dicha ley id. id.

La posesion civil y natural de los bienes de mayorazgo se transfiera, muerto su tenedor, al siguiente en grado que deba suceder; ley 45 de Toro tomo 2, pág. 93.—Medios de que podrá valerse el sucesor inmediato de un mayorazgo para conseguir la corporal ó material ocupacion de ellos que otro tiene; comentario á la ley 45 de Toro, núm. 174 y siguientes, tomo 2, pág. 134.—Dudas y observaciones sobre esta materia: id. id.

Cuestion sobre si despues de la ley de 41 de abril de 1820 restablecida por decreto de 30 de agosto de 1836, permanecen las acciones vinculares tales como existian en nuestro derecho para ejercitarlas en los términos y dentro de los plazos que les señalaban las antiguas leyes, ó se concluyeron y extinguieron desde aquel punto, quedando solo las que se hallaban instauradas; nota final al Comentario á la ley 45 de Toro, tomo 2, pág. 154.

El sucesor en bienes de mayorazgo no sea obligado á pagar cosa alguna por las mejoras hechas en ellos; ley 46 de Toro, tomo 2, pág. 158.—Observaciones y dudas sobre esta materia: comentario á dicha ley, id. id. Opinion de Jovellanos tachando de injusta la ley mencionada, comentario citado, núm. 97.

MEJORA. Casos en que se puede revocar ó no la mejora del tercio que los padres hicieren de sus bienes por contrato entre vivos; ley 47 de Toro, tomo 1, pág. 317.—Id. la mejora del quinto; comentario á dicha ley núm. 49, tomo 1, pág. 328.

La mejora del tercio se puede hacer al nieto aunque vivan sus padres; ley 48 de Toro, tomo 1, pág. 334.—Cuestiones sobre este particular; Comentario á dicha ley, tomo 1, pág. 336 y siguientes.

Asignacion de la mejora de tercio y quinto en cierta parte de los bienes de la herencia; ley 49 de Toro, tomo 1, pág. 346.—Cuestiones sobre esta materia; comentario á dicha ley id. id. Tiempo á que debe atenderse para la regulacion de las mejoras; id. id. núm. 24.

Modo de pagar los herederos del testador las mejoras que este hiciere; ley 20 de Toro, tomo 1, pág. 358. V. *Legado*.

Facultad del mejorado para repudiar la herencia y admitir la mejora pagadas las deudas; Ley 21 de Toro, tomo 1, pág. 377.—Cuestiones sobre este particular; comentario á dicha ley, id. id.

Obligacion de los padres de cumplir la promesa de mejorar ó no á alguno de sus descendientes; ley 22 de Toro, tomo 1, pág. 383.—Cuestiones sobre este particular; comentario á dicha ley, id. id.

La mejora de tercio y quinto es válida, aunque se anule el testamento en que se haga; ley 24 de Toro, tomo 1, pág. 430.—Cuestiones sobre este particular; comentario á dicha ley, id. id.

La mejora del tercio se considera con respecto al valor de los bie-

nes al tiempo de la muerte del mejorante; ley 23 de Toro, tomo 1, pág. 424.

Modos como pueden constituirse las mejoras; comentario á la ley 23, números 3 y siguientes.—Diferencia entre la mejora de cosa cierta y la que se hace *in quota*; id. números 8 y 9.—Observaciones sobre este particular; id. números 10 y 11.—Cuestiones sobre lo mismo; id. número 12.—Cuestion sobre si podrá renunciar el padre y el hijo donatario lo dispuesto por la ley 23 de Toro para que la mejora no se regule por el valor que tengan los bienes al tiempo de la muerte del padre sino por el actual que tenia cuando se hizo; id. número 13 y siguientes.

La mejora de tercio y quinto no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias* y demas que deben traerse á colacion y particion; ley 25 de Toro, tomo 1, pág. 441.—Cuestiones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

La donacion hecha al hijo se entienda mejora en lo que cupiere del tercio y quinto y legitima; ley 26 de Toro, tomo 1, pág. 458.—Cuestiones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

Los padres pueden poner los gravámenes que quisiesen en las mejoras de sus hijos; ley 27 de Toro, tomo 1, pág. 479.—Cuestiones sobre este particular; comentario á dicha ley id. id.

No se puede mandar al hijo ni descendiente en vida ó en muerte mas de un quinto de los bienes del padre ó madre; ley 28 de Toro, tomo 1, pág. 417.—Observaciones sobre este particular; comentario á dicha ley, id. id.

MATRIMONIO. El hijo casado y velado es habido por emancipado en todas las cosas para siempre; comentario á la ley 47 de Toro, tomo 2, pág. 201.—Dudas y Observaciones sobre esta materia, id. id.

Penas del hijo ó hija que contrajese matrimonio sin haber obtenido el consentimiento paterno; comentario á la ley 49 de Toro, números 15, 95 y siguientes y nota al número 66.

MATRIMONIOS CLANDESTINOS. Matrimonios que se han tenido por clandestinos; comentario á la ley 49 de Toro, número 3 y siguientes, tomo 2, pág. 224.—Prohibicion de los matrimonios clandestinos y penas de los que los contrajeran ó interviniesen en ellos; ley 49 de Toro y comentario á la misma números 24 y siguientes, tomo 2, pág. 228.

MUGER. El juez puede dar licencia á la muger en defecto de la del marido para hacer con causa legitima y necesaria lo que no podria hacer sin ella; ley 57 de Toro, tomo 2, pág. 302. V. *Contrato*.

El marido puede ratificar lo hecho por su muger sin su licencia; ley 58 de Toro, tomo 2, pág. 303.

Vale lo hecho por la muger con licencia del juez cuando supla la del marido en ausencia de éste; ley 59 de Toro, tomo 2, pág. 307.

La muger no paga las deudas hechas por el marido durante el matrimonio, si renuncia los gananciales; ley 60 de Toro, tomo 2, pág. 310. V. *Fianza*.

La muger no puede ser presa por deuda que no provenga de delito; ley 62 de Toro, tomo 2, pág. 334.—Observaciones y dudas sobre este particular; comentario á dicha ley, id. id.

ORDENAMIENTO DE ALCALA. Su formacion; órden de prelación que establece la ley del Ordenamiento entre los diversos cuerpos legales; comentario á la ley 1 de Toro, números 216 y siguientes.—Orden de autoridad que tiene el ordenamiento entre los mismos; comentario á la ley 1 de Toro, número 219, tomo 1, pág. 87.

ORDENANZAS DE MONTALVO. Quién las publicó; cuándo se imprimieron por primera vez; ediciones posteriores; autoridad legal de estas ordenanzas y orden de prelacion entre los demas códigos; comentario á la ley 4 de Toro números 235 y siguientes, tomo 1, pág. 15 y siguientes.

OSCULO ESPONSALICIO. Exámen de la duda si por el beso que precedió á los esponsales adquirirá la esposa la mitad de los bienes de la donacion que despues le hizo el esposo; comentario á la ley 52, números 24 y siguientes, tomo 2, pág. 261.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia, id. id.

PARENTESCO. Cómo ha de hacerse la computacion de grados segun Derecho Romano y de Partidas: comentario á la ley 73 de Toro, número 7 y siguientes, tomo 2, pág. 468.

PARTICIONES. Los gastos del funeral se saquen del quinto de los bienes del difunto y no del cuerpo de ellos; ley 30 de Toro, tomo 1, pág. 564.—Dudas y observaciones sobre esta materia; Comentario á dicha ley, id. id.

PARTIDAS (*Siete*). Epoca de la publicacion de este código; lugar de su publicacion; juriconsultos que intervinieron en su formacion y monarca que lo mandó formar; comentario á la ley 4 de Toro, números 15 al 147, tomo 1, pág. 40 y siguientes.—Tiempo en que se formaron las Partidas; id. número 148 y siguientes.—Soberano que las publicó primeramente y cuándo adquirieron fuerza legal obligatoria; id. id. números 158 y siguientes.—Orden de prelacion de este código; id. id. número 15 y número 257, pág. 96.

PATRIA POTESTAD. Modos como salen los hijos de la patria potestad; comentario á la ley 47 de Toro, números 2 y siguientes.—El hijo casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre; ley 47 de Toro, tomo 2, pág. 200.—Observaciones y dudas sobre esta disposicion; comentario á dicha ley, id. id.

PECULIO. Qué sea peculio de los hijos de familia y derechos de los padres en él; comentario á la ley 48 de Toro, número 2, tomo 2, pág. 214.—Clases en que se divide dicho peculio; id. número 3 y siguientes.—Derechos que competian á los padres y á los hijos en estos peculios; id. id. números 5 y siguientes.

POSESION. Etimología de esta palabra, naturaleza, especies, modos de adquirirla, efectos y modos con que fenece y acaba; comentario á la ley 45 de Toro, números 2 al 174, tomo 2, pág. 101.

PRESCRIPCION. La prescripcion unas veces se interrumpe, otras no corre, otras cesa; comentario á la ley 64 de Toro, número 2, tomo 2, pág. 389.—Modos de interrumpirse la prescripcion; id. número 4.—Sus efectos en las acciones temporales, id. número 6.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia; id. números 9 y siguientes.

PRESCRIPCION DE ACCIONES. Prescripcion de las acciones reales, del derecho de ejecutar por obligacion personal, de la ejecutoria dada sobre ella, y de la accion mista de real y personal; ley 69 de Toro y comentario á la misma, tomo 2, pág. 337.—Observaciones y cuestiones sobre esta materia; comentario citado, id. id.

PRISION POR DEUDAS. Leyes por las que se concedia á los hijosdalgo el no ser presos por deuda; comentario á la ley 79 de Toro, números 2 y 3, tomo 2, pág. 523.—Quiénes estan exentos de poder ser presos por deudas; id. núm. 12.—Cesan estas exenciones en las deudas que provengan de delito ó cuasi; id. núm. 43.—Dudas y observaciones sobre esta materia; id. números 14 y siguientes. V. *Muger*.

El hidalgo constituido fiador en una causa criminal, no puede ser

preso para compelerle á satisfacer la pena pecuniaria á que se obligó; comentario citado, números 22 y siguientes.

REO AUSENTE. Cuando podía darse sentencia contra reo ausente, por derecho romano; comentario á la ley 76 de Toro, núm. 2, tomo 2, pág. 494.—Disposiciones del derecho español sobre esta materia; id. idem núm. 3 y siguientes.—Ninguno dé por enemigo en rebeldía á ningún reo sin que preceda prueba legítima, y tres meses despues de la sentencia de su condena; id. id. núm. 42.—Observaciones y cuestiones sobre esta disposicion; id. id. números 43 y siguientes.

REPRESENTACION. Qué sea representacion y causas porque se introdujo en las herencias; comentario á la ley 7 de Toro; tomo 1, página 445.—Origen de la representacion; id. id. números 16 y siguientes. Personas que pueden suceder por representacion; id. id. números 23 y siguientes.

Cuándo se entiende ó no que el nieto sucede á su abuelo en representacion de su padre; comentario á la ley 22 de Toro, números 175 y siguientes, tomo 1, pág. 448.

REPRESENTACION. Por la ley 2, tít. 15, Part 2, se estableció por primera vez el derecho de representacion en el hijo del padre primitivo difunto para suceder al abuelo, con exclusion de sus tíos; comentario á la ley 40 y números 52 y siguientes. Aunque los romanos y godos conocieron el derecho de representacion fue para que el de grado mas remoto concurriera con el de mas próximo, mas no para escluir al de grado mas próximo; id. id. núm. 53.—Nuevas observaciones sobre la representacion con aplicacion á los mayorazgos; id. números 86 y siguientes. Naturaleza y efectos de la representacion con aplicacion á los mayorazgos y la de las sucesiones hereditarias; id. números 100 y siguientes.

RETRACTO. Origen del retracto gentilicio; comentario á la ley 70 de Toro, números 2 y 3, tomo 2, pág. 432.—Disposiciones del derecho romano sobre esta materia; id. números 4 al 22, pág. 433.—Disposiciones del derecho canónico y real sobre esta materia; id. números 26 y siguientes. Ampliacion del derecho de retracto á las cosas de patrimonio vendidas en almoneda; ley 79 de Toro y comentario á la misma; números 31 y siguientes, pág. 437.—Observaciones y dudas sobre esta materia y medios de verificarse los retractos; id. id.

Modos como se pueden retraer las cosas de patrimonio vendidas en uno ó muchos precios; ley 74 de Toro, tomo 2, pág. 457.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. pág. 458.—Modo de verificarse el retracto de la cosa de patrimonie vendida al fiado; ley 72 de Toro, tomo 2, pág. 467.—Observaciones sobre esta materia; Comentario á dicha ley, id. pág. 467.—Derecho del pariente inmediato á retraer la cosa vendida cuando el mas próximo no quiere retraerla; ley 73 de Toro, tomo 2, pág. 468.—Observaciones y dudas sobre esta disposicion; Comentario á dicha ley; id. id.

Cuando concurriese á sacar la cosa vendida por el tanto el pariente mas inmediato con el señor del dominio ó con el superficiario ó con el que tiene parte en ella, son preferidos estos tres al pariente mas inmediato; ley 74 de Toro, tomo 2, pág. 473.—Observaciones y dudas sobre este particular: Comentario á dicha ley, id. id.—Solemnidad y diligencias para retraer el comunero la cosa vendida; ley 75 de Toro, tomo 2, pág. 485.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley, tomo 2, pág. 486.

SOCIEDAD. Modos de contraerse las sociedades universal, general y particular; comentario á la ley 46 de Toro, números 36 y siguientes, t. 1, página 305.—La sociedad de gananciales entre marido y muger perte-

nece á la general. Cuestiones sobre este particular; id. id. V. *Gananciales*.

SUCESION INTESTADA. El hermano no puede concurrir con los padres ó ascendientes del difunto para heredar abintestato á su hermano; ley 7 de Toro, tomo 1, pág. 147.

Sucesion abintestato en que los sobrinos concurren con los tíos; ley 8, tomo 1, pág. 145.—Resúmen del órden de suceder abintestato los parientes legítimos, así en la línea de descendientes como en la colateral; comentario á la ley 7 de Toro, tomo 1, pág. 152, números 36 y siguientes.

Casos en que los hijos bastardos ó ilegítimos pueden heredar á sus madres por testamento y abintestato; ley 9 de Toro, tomo 1, página 154.—Comentario á dicha ley, números 32 y siguientes, pág. 155 y 164.

SUSTITUCIONES. Sustitucion ejemplar. El padre del mentecato puede desheredarlo por justa causa y nombrarle sustituto; comentario á la ley 27 de Toro, núm. 47, tomo 1, pág. 485.

SUSTITUTO PUPILAR. Se rebate la opinion de que el sustituto pupilar excluye á la madre de la sucesion del pupilo; ley 6 de Toro, tomo 1, pág. 443, nota.

TENUTA. Juicios de tenuta; cómo se interponen y modo de sustanciarse; comentario á la ley 45 de Toro, números 217 y siguientes. Véase *Mayorazgo*.

TESTAMENTO. Solemnidad para los testamentos cerrados, nuncupativos, del ciego y para los codicilos; ley 3 de Toro, tomo 1, pág. 113 y comentario á dicha ley, pág. 114 y siguientes.

Facultad para testar el condenado por delito á muerte civil; ley 4 de Toro, tomo 1, pág. 131.—En el día no se conoce la muerte civil; comentario á dicha ley.—Nota al núm. 4.

Facultad del hijo en poder del padre para hacer testamento; ley 5 de Toro, tomo 1, pág. 133.

Parte de sus bienes de que pueden disponer los descendientes; ley 6 de Toro, tomo 1, pág. 134.—Derecho que tienen los ascendientes legítimos en suceder á sus descendientes por testamento y abintestato; ley 6 citada.

Efectos que produce en el testamento la desheredacion y la pretericion de los descendientes; comentario á la ley 23 de Toro, tomo 1, pág. 431.

Por la ley 36 de Toro se derogó la disposicion del derecho civil y de Partidas que disponia se hiciera el testamento en un acto continuado y sin interrupcion; comentario á dicha ley 36, núm. 5, tomo 2, pág. 12.

TESTAMENTO POR COMISARIO. Origen del testamento por comisario; comentario á la ley 32 de Toro, núm. 2 y siguientes, tomo 1, página 573.—Facultad del comisario en virtud del poder general para testar; id. números 43 y siguientes.—Dudas y cuestiones sobre esta materia; id. id.

Prohibiciones del comisario para testar respecto al nombramiento de heredero y demas; ley 31 de Toro, tomo 1, pág. 564.—Disposiciones del derecho romano y del español sobre esta materia; comentario á la ley 31, números 7 y siguientes.—Observaciones sobre esta materia; comentario citado.

Término en que el comisario debe disponer de los bienes del testador; ley 33 de Toro, tomo 1, pág. 581.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

El comisario no puede revocar el testamento del testador sin poder especial; ley 34 de Toro, tomo 1, pág. 586.—Observaciones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. pág. 587.—El comisario puede revocar lo que ya hubiere dispuesto en virtud de su poder; ley 35 de Toro, tomo 1, pág. 588.—Observaciones sobre este particular; comentario á dicha ley; id. pág. 589.—Sucesion de los parientes del difunto

cuando el comisario no formalice su testamento en el tiempo debido; ley 36, tomo 2, pág. 5.—Observaciones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

El comisario solo puede disponer del quinto cuando el testador nombrare herederos; ley 36 de Toro, tomo 2, pág. 41.—Observaciones y dudas sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

A falta de alguno de dos ó mas comisarios quede el poder por entero al otro y que debe hacerse en caso de discordia entre ellos; ley 38 de Toro, tomo 2, pág. 14.—Observaciones sobre esta materia; comentario á dicha ley, id. id.

La solemnidad del poder para testar sea igual á la que se requiere para los testamentos; ley 39 de Toro, tomo 2, pág. 44.—Observaciones y dudas sobre esta materia; Comentario á dicha ley, id. id.

TESTIMONIO FALSO. Qué sea falsedad; comentario á la ley 83 de Toro, núm. 3, tomo 2, pág. 566.—Penas impuestas á los testigos falsos per nuestras antiguas leyes; id. id. números 4 y siguientes y nota al número 43.—Dudas y observaciones sobre este particular; id. id., números 40 y siguientes.

TESTIGO. Se examina la duda de si la muger podrá ser testigo en los codicilos; comentario á la ley 3, núm. 43.

VALE. Efectos del reconocimiento del vale privado en cuanto á la prescripción de la accion que debe resultar; comentario á la ley 63, número 19 y siguientes, tomo 2, pág. 348.

VECINOS. Cómo se entiende por los autores la calidad de vecino para los testamentos; comentario á la ley 3, números 39 al 42 y su nota.

VELACIONES EN EL MATRIMONIO. Origen de estos; comentario á la ley 47 de Toro, números 14 al 16, tomo 2, pág. 201.—Observaciones sobre cuándo podrá ó no contraerse el matrimonio sin velaciones para que el hijo se entienda emancipado por el matrimonio; id. id. números 47 y siguientes.

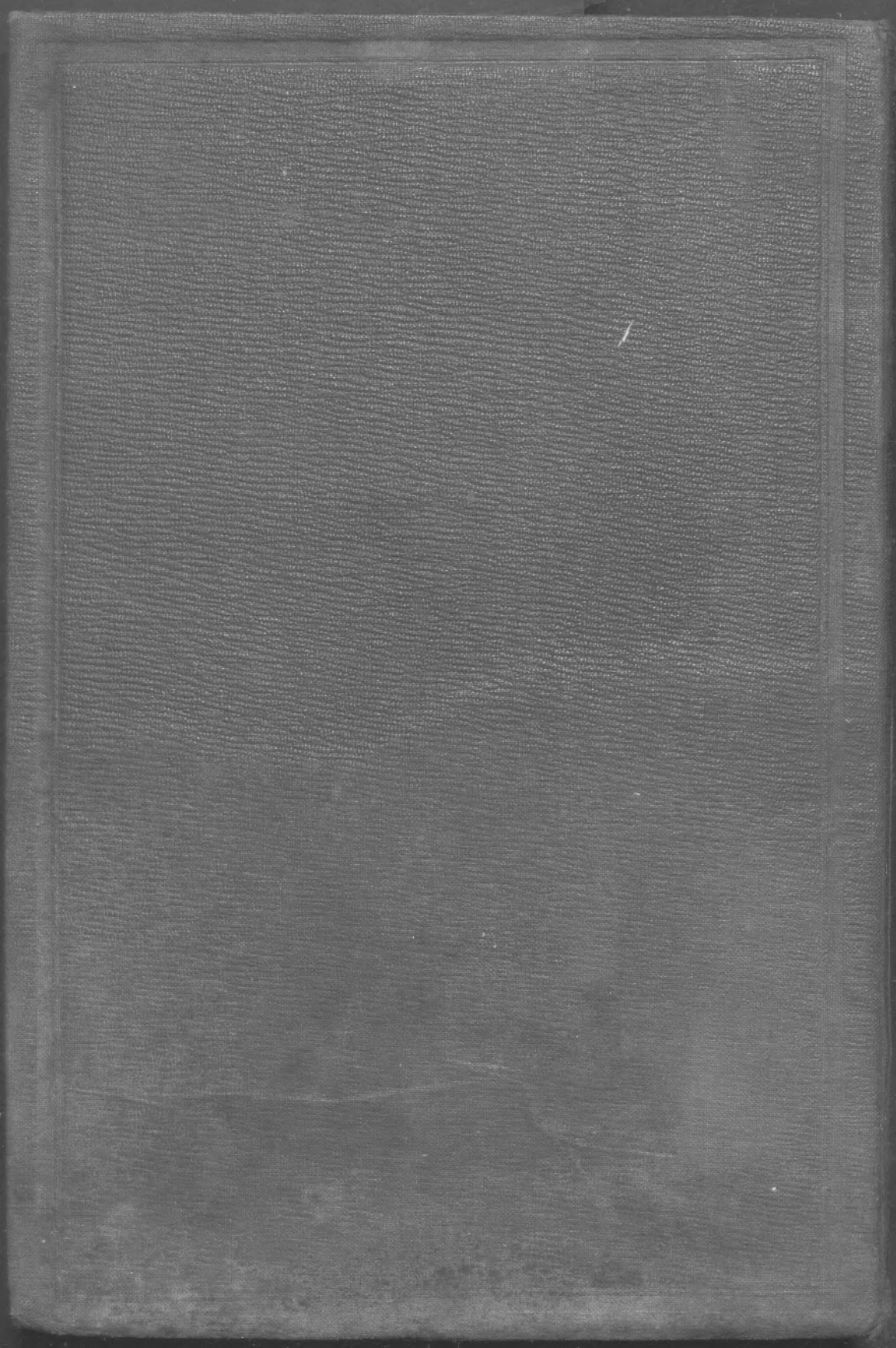
El hijo casado y velado tiene el usufructo de los bienes adventicios; ley 48 de Toro, tomo 2, pág. 241.—Observaciones sobre esta materia; Comentario á dicha ley; id. id.

VINCULACIONES. Por la ley 27 de Toro se concedió al padre la facultad de poder imponer en el tercio de mejora gravámen de vínculo, ó restitucion ó fideicomiso; comentario á la ley 27 de Toro, números 2 y siguientes, tomo 4, pág. 476.—Consecuencias de esta disposicion; comentario á dicha ley, números 7 y siguientes.—Juicio de Jovellanos sobre la misma; comentario cit. números 4, 5 y 6.—Cuestiones sobre esta materia; comentario citado.

USUFRUCTO. El hijo casado y velado tiene el usufructo de los bienes adventicios; ley 48 de Toro, tomo 2, pág. 241.—Observaciones sobre esta disposicion; comentario á dicha ley, id. id.







G 26955

2

THE TUBES

AN L.P.I.C.