







DGCL  
A

G. Suárez-G.

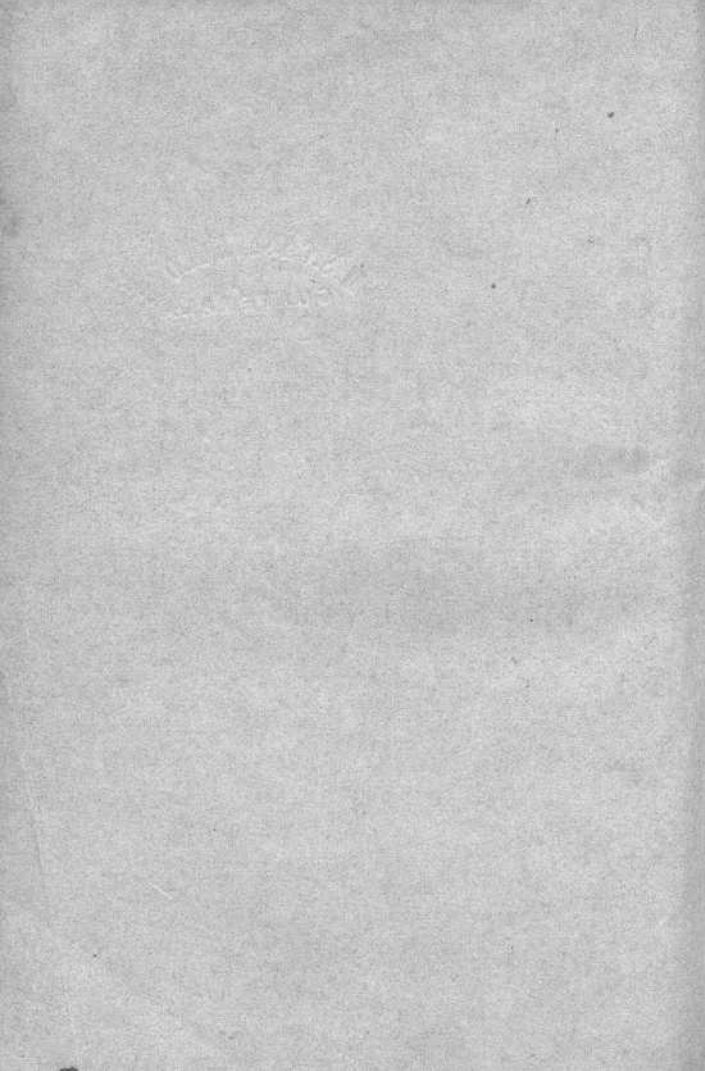
Guatemala,

M. S. Castillo Espada



t. 151671

C. 1190295



INSTITUCIONES  
**DE DERECHO REAL**

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

—  
TOMO III.



EDITOR

INSTITUCIONES  
DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE LEÓN

TOMO III.



R. 116921

INSTITUCIONES  
DE  
**DERECHO REAL**  
DE CASTILLA Y DE INDIAS,

POR EL DOCTOR

**D. JOSÉ MARIA ALVAREZ,**

CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL  
Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

---

SEGUNDA EDICION GUATEMALTECA,

**PRECEDIDA DE LA BIOGRAFIA DEL AUTOR,**

Y ARREGLADA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON MUCHAS NOTAS  
Y VARIOS APÉNDICES

SOBRE DIVERSAS MATERIAS IMPORTANTES QUE NO CONTENIA LA OBRA,

POR EL LIC.<sup>do</sup> D.<sup>or</sup>

*Don Doroteo José de Arriola,*

Individuo del Ilustre Colegio de Abogados, Vice-presidente  
de la Academia de Derecho teórico-práctico,  
Miembro de la Cámara de Representantes de la República, &c.

---

**TOMO III.**

---

**GUATEMALA.**

IMPRENTA DE L. LUNA, EDITOR.

1854.

Enero 9 / 1874

J. Amador

Vir bonus et prudens . . . . .  
parum claris lucem dare coget:  
Arguet ambigüe dictum: mutanda notabit.

HORAT. *De Art. Poet.*

TOMO III.

GUATEMALA.

IMPRESA DE J. LUNA, EDITOR.

1871.



# LIBRO III.

## DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

### TÍTULO I AL XIII.

DE LA SUCESION AB INTESTATO.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Razon del orden.   | 17 Sucesion de los colaterales legitimados.                            |
| 2 Quién se dice <b>intestado</b> .                                 | 18, 19. 20 Reglas acerca de esta sucesion.                             |
| 3, 4 Fundamentos y órdenes de la sucesion intestada.               | 21, 22, 23, 24 De los colaterales ilegítimos, y reglas de su sucesion. |
| 5 Qué se entiende por descendientes.                               | 25 La sucesion por linea transversal no pasa del cuarto grado.         |
| 6 Regla relativa á la sucesion de los hijos legitimados.           | 26 Disposiciones acerca de los peregrinos.                             |
| 7, 8 Cómo suceden los descendientes legitimados.                   | 27 Sucesion de los religiosos profesos.                                |
| 9 Si éstos son de diferentes matrimonios, en qué términos suceden. | 28 Destino que debe darse á los bienes de los que mueren intestados.   |
| 10 Cómo suceden los legitimados.                                   | 29 Del poder para testar y de los comisarios.                          |
| 11 Sucesion de los arrogados y adoptivos.                          | 30 Del juzgado llamado de bienes de difuntos.                          |
| 12 Sucesion de los hijos ilegítimos.                               |  |
| 13 Sucesion de los ascendientes.                                   |  |
| 14, 15, 16 Reglas relativas á esta materia.                        |  |



ABIENDO tratado ya en los títulos antecedentes del modo de suceder por voluntad expresa del difunto, declarada en el testamento; se sigue ahora tratar del orden con que se sucede por voluntad tácita ó presunta, cuando alguno muere intestado (1).

(1) Prólogo del tít. 13 Part. 6.

2—*Intestado* se dice, *aquel que ó no hizo testamento, ó no lo hizo arreglado á derecho, de suerte que no produjo efecto* (2) (a). Veamos, pues, quienes son los que deben suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural, que el fin é intencion de los que adquieren bienes, no es el de dejarlos abandonados despues de su muerte, y que sean del primero que los ocupe (3); sino que desean que aprovechen y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen [\*].

(2) Ley 1 tit. 13 Part. 6.

(a) *Herencia intestada* es, *aquella en que se sucede segun las leyes, y no por disposicion espresa del difunto*. La sucesion legitima se verifica: 1.º cuando el que tiene facultad legal para hacer testamento, no lo hizo: 2.º cuando en el otorgamiento del testamento, se faltó á las solemnidades requeridas por derecho: 3.º cuando no se instituyó heredero: 4.º cuando se hizo la institucion bajo de condicion y ésta no se cumplió: 5.º cuando se instituyó heredero desde cierto dia, hasta que éste llega; ó hasta cierto dia y éste ha pasado: 6.º cuando el instituido heredero no aceptó la herencia, ó murió antes que el testador, ó se incapacitó legalmente para aceptarla: 7.º cuando despues de hecho legalmente el testamento, nace al testador un hijo del que ninguna mencion hizo en aquel: 8.º por la querrela de inoficioso testamento; y finalmente, es claro que tambien serán tenidos como bienes *ab intestato*, en quanto á los efectos de que nos ocupamos, los bienes de aquel que carezca de capacidad legal para testar. GOYENA cit., lib. 2 tit. 26 seccion 1.ª

(3) Hein. lib. 1 *De Jur. nat.* cap. 11 n. 295.

[\*] En los padres para con sus hijos, y en éstos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mútua obligacion de dejarse sus bienes los unos á los otros, de suerte que por esto se llaman *herederos forzosos*.





3—Fundados en este principio los legisladores, han puesto por fundamento de la sucesion ab intestato al *amor*; de suerte que en este supuesto deben ser próximos á la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados del difunto. Los filósofos antiguos observaron (4), que el amor baja primeramente: si no tiene donde bajar, sube; y si ni aun por ahí tiene lugar, se estiende hácia los lados. En confirmacion de esto nos enseña la esperiencia, que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres; y despues de éstos, los parientes colaterales. Bien es verdad, que el amor de los padres hácia sus hijos excede tanto al de éstos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero: que *es mas fácil que un padre sustente á veinte hijos, que no veinte hijos á un padre.*

4—Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion ab intestato. En el primer orden entran los descendientes; no habiendo éstos, se admiten en el segundo los ascendientes; y faltando éstos, siguen en el tercero los colaterales (5). En defecto de todos, tiene último lugar el fisco (b).

### §. I.

#### *De la sucesion de los descendientes.*

5—Hemos dicho que en primer lugar son llama-

(4) Aristót. *Ethic.* lib. 8 cap. 12.

(5) Ley 2 tit. 13 Part. 6.

(b) El derecho del fisco sobre las herencias intestadas cuando faltan descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de la computacion civil, corresponde hoy á la Universidad de San Carlos, conforme á la ley de 1.º de diciembre de 1835, art. 1.º Estatutos de 28 de octubre de 1840, art. 113.

dos à la herencia los descendientes del difunto, si los tiene. Por *descendientes* entendemos aquí todos aquellos que son hijos ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza, ó por las leyes civiles. Trataremos, pues, con distincion: 1º de la sucesion de los hijos legítimos: 2º de los legitimados: 3º de los adoptivos; y 4º de los ilegítimos (c).

6.—De los hijos legítimos es regla general: que *todos suceden indistintamente á sus padres* (6). No hay, pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero, como los del segundo, tercero etc. serán herederos, y así el nieto y biznieto son llamados á la herencia con tal que no tengan padre que esté mas próximo que ellos. Tampoco hay diferencia en el sexo, y así las mugeres tambien son herederas de sus padres ab intestato (7). Finalmente, no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó no, ni entre sucesion paterna ni materna (8).

7—Aunque como vá dicho, todos las descendientes que no tienen padre vivo que les preceda, suceden ab intestato, con todo, no reciben todos igual porcion de la herencia, y así se deben distinguir tres casos: 1º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas* (en latin *in capita*), es-

(c) En este primer orden, bajo el nombre de *descendientes legítimos*, no solamente se comprenden los propiamente tales, y los legitimados por subsiguiente matrimonio, sino tambien los *putativos*, ó nacidos de matrimonio, que siendo nulo por causa de impedimento dirimente, se creia de buena fé válido, por haber ignorado ambos cónyuges ó al menos uno de ellos, el impedimento: leyes 1ª tit. 13, y 2 tit. 15 Partida 4.

(6) Ley 3 tit. 13 Part. 6.—(7) Ley 3, allí.

(8) Leyes 3 tit. 7 y 3 tit. 13 Part. 6.

to es, se hacen tantas partes de la herencia, cuantos son los hijos que heredan: v. gr., si un padre o madre que tiene cuatro hijos, deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, por que todos son del primer grado, y así suceden por cabezas: 2º *Si solo hay hijos de los demas grados como nietos ó biznietos, todos suceden por linaje* (en latin *in stirpem*), esto es, vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaría á él, y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linajes ó familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron antes, dejando cada uno dos hijos; entónces éstos, muerto el abuelo, entrarán representando á su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará á cinco mil pesos á cada uno.

8—3º *Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entónces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo ó tercero, por linajes, del modo que hemos explicado ya* (9) (d).

9—De esta suerte es la sucesion, cuando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendien-

(9) Ley 3 tít. 13 Part. 6.

(d) Acerca de la sucesion de los descendientes legitimos, se da la siguiente regla general: *De los descendientes, solo los de primer grado suceden por cabezas, y todos los demas suceden siempre por estirpes ó sea por derecho de representacion, y ésta tiene lugar en ellos hasta el infinito.*

te solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia (e).

10—Esto es por lo que hace à los hijos legítimos: síguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del príncipe. Si se ha hecho del primer modo, es regla general: que *los legitimados por subsiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos* (10). Si la legitimacion es del segundo modo, esto es, por rescripto del príncipe, se debe distinguir si es para el fin de suceder, ó no: en este segundo caso, no hay duda que nada recibirán de la herencia paterna: mas en el primero se admiten si son solos; pero si hay otros hijos legítimos, ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos à la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes (11) (f).

11—Síguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion, como ya se ha dicho (12), puede hacerse, ó en un hombre libre del poder de su padre y con au-

(e) Cásase Juan, v. g. con Maria y de ella tiene à Pedro; se casa en segundas nupcias con Antonia y de ella tiene à José: Pedro será, pues, heredero único de Maria, y José lo será de Antonia; mas Pedro y José dividirán entre sí por iguales partes la herencia de Juan, que es su padre comun.

(10) Cap. 6 *Qui filii sint legit.* y ley 1 tit. 13 Part. 4. Ley 10 tit. 8 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 7 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec.

(11) Véase la citada ley 10 tit. 8 lib. 5 de la Recopilacion. Ley 7 citada.

(f) En iguales términos que los naturales suceden à la madre, suceden al padre los legitimados por rescripto del Príncipe con derecho de heredar: ley 7 tit. 20 lib. 10 Nov. Recop.

(12) Lib. 1 tit. 11.



toridad real, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez (13). Cuando se hace del primer modo se llama *arrogacion*; y cuando del segundo, *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo arrogado, segun nuestro derecho, heredará del arrogante la cuarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederá á su padre adoptante en todos (14), siempre que ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieren, en nada les sucederán (15) (g).

12—Resta hablar, finalmente, de los hijos ilegítimos: éstos, segun hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espúrios. Los primeros, cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredarán las dos duodécimas partes de sus bienes [\*], que dividirán con su madre; y no siendo éstas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos accion á lo necesario para sus alimentos (16); pero los espúrios ninguna cosa heredarán de su padre ab intestato, tenga ó no descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre, si no los tiene, serán sus herederos los naturales ó espúrios que tenga, si no es

(13) Ley 7 tít. 7 Part. 4.

(14) Leyes 8, 9 y 10 tít. 16 Part. 4.

(15) Leyes 5 tít. 6 lib. 3, y 4 y 5 tít. 22 lib. 4 del Fuero Real.

(g) Los hijos adoptivos no sucederán al adoptante, sino cuando este no tenga hijos ó ascendientes legítimos ó naturales: leyes 5 tít. 6 lib. 3 y 4 tít. 22 lib. 4 del Fuero Real, 4 y 7 tít. 20 lib. 10 Nov. Recop. y 8 tít. 16 Part. 4 y su glosa última.

[\*] Segun la ley 8 tít. 8 lib. 5 de Cast., ley 6 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec., los ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida, ó dejarles por muerte en razon de alimentos. *Febr. reform.* parte 1 cap. 5 § 1 n. 70.

(16) Ley 8 tít. 13 Part. 6.

que sean de dañado y punible ayuntamiento, ó habidos de clérigo de orden sagrado ó de fraile, ó por monja profesa, en cuyos casos son escludidos de toda sucesion (17). La razon de esta diferencia que hace el derecho entre el padre y la madre, es porque ésta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre (h).

§. II.

*De la sucesion de los ascendientes.*

13—Hemos dicho arriba, que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y así sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es reciproca, por lo cual aquellos padres á quienes suceden sus hijos, pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

14—1<sup>a</sup> *En la sucesion ab intestato los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen*

(17) Ley 7 tít. 8 lib. 5 de la Recop. Ley 5 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec., que es la 9 de Toro.

(h) Por dicha ley 9 de Toro son llamados los naturales y espúrios *por su orden y grado*, á la sucesion de la madre, con preferencia á los ascendientes. Esto ha dado lugar á que se dude si entre los hijos naturales y espúrios debe haber preferencia ó si deben ser llamados á un tiempo á suceder. El Señor Goyena citado, lib. 2 tít. 26 secc. 4, despues de considerar las razones que por una y otra parte se producen, parece inclinarse á favor de los que opinan por la preferencia de los naturales, que en efecto tienen de su parte un número mayor de defensores.

por líneas (18); y así, v. g., muriendo intestado uno que tenga abuelos y bizabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra, que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una línea y dos por la otra, no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará la mitad, y los dos la otra mitad (19) [\*].

15—2ª Cuando suceden los ascendientes, aunque haya también colaterales, no concurren con ellos: v. g., muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredaran sus padres (20). Y la razón es, porque la línea recta es de naturale-

(18) Leyes 4 tit. 13 Part. 6, y 1 tit. 8 lib. 5 de la Rec., que es la 6 de Toro. Ley 1 tit. 20 lib. 10 N. Rec.

(19) Ley 4 tit. 13 Part. 6.

[\*] Se advierte que este modo de suceder no es ni *in capita*, ni *in stirpes*, sino *por líneas*, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiéndolos de ambas líneas; de suerte, que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta división debe ser, sin hacer distinción de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente, la mitad para cada línea. Véase la ley 4 tit. 13 Part. 6. Si no es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el ascendiente intestado, como lo dispone la ley 1 al fin, tit. 8 lib. 5 Rec. de Cast., ley 1 tit. 20 lib. 10 Nov. R.

(20) Ley 4 tit. 8 lib. 5 de la Rec. Ley 2 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec. y es la 7 de Toro, que deroga á la ley 4 tit. 13 Part. 6, que disponía lo contrario.

za mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

16—3ª *Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legitimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espúrios á sus padres, madres y demas ascendientes (21).* Pero de esta regla se exceptúan los adoptivos, pues de éstos no son herederos ab intestato sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos (22).

### §. III.

*De la sucesion de los colaterales ó transversales.*

17—No habiendo descendientes ni ascendientes, se siguen, como ya hemos dicho, los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

18—1ª *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, escluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in capita, y los hijos de éstos in stirpes (23).*

19—2ª *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas y repartirán con igualdad entre sí la herencia de su tio (24).* La razon es, porque todos los sobrinos estan en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es cuando está vivo algun hermano de éste, que también concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serian escludidos por ser parientes mas remo-

(21) Ley 8 al fin tít. 13 Part. 6.

(22) Ley 5 tít. 22 lib. 4 del Fuero Real.

(23) Leyes 5 tít. 8 lib. 3 de la Rec. y 5 tít. 13 Part. 6.

(24) Leyes 5 tít. 13 Part. 6, y 13 tít. 6 lib. 3 del Fuero Real.



tos, y así solo en este caso le tiene, y en él se estingue: mas cuando son solo sobrinos, falta el motivo y fomento para la representacion, por lo cual entran en su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que estan en igual grado (i).

20—3ª *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una linea, éstos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de parte de madre, heredarán los maternos (25); y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio, ó de otro cualquier modo (26) (j).*

21—Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales, se debe entender cuando el parentesco es legitimo; pues si fuere, ó el difunto ó

(i) De aquí procede la regla general siguiente: *En la línea colateral ó de travieso, se sucede siempre por cabezas, á no ser que con los hermanos concurran los hijos de hermanos ó sean sobrinos, los cuales suceden por stirpes; por manera que la preferencia del doble vínculo de parentesco, esto es, el tenerlo por parte de padre y madre, y el derecho de representacion, concluyen en los hijos de los hermanos, y en adelante solo se atiende á la mayor proximidad; duplex vinculum non excedit fratres et filios fratrum: leyes 5 tit. 13 Part. 6 y 8 de Toro, que es 2 tit. 20 lib. 10 Nov. Recop.*

(25) Leyes 5 y 6 tit. 13 Part. 6.

(26) Ley 6 tit. 13 Part. 6.

(j) Los hermanos por parte de padre se llaman *consanguíneos*, y los que lo son por parte de madre se dicen *uterinos*: á ambos se les dá el nombre de *unilaterales*, á diferencia de los hermanos enteros, que se denominan *bilaterales* ó *carnales*.

el pariente, natural, se observarán estas reglas.

22—1ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tenga, hijos de la misma madre, y los hijos de éstos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente (27).* La razón es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre son dudosos.

23—2ª *Si el hijo natural que muriese intestado, solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre éstos hubiere alguno legitimo, éste solo será preferente á todos (28) (k).*

24—3ª *Si un legitimo muere no dejando parientes algunos legitimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán excluidos (29).*

25—La sucesion por línea transversal que hemos explicado ya, no pasa el dia de hoy del cuarto grado

(27) Ley 12 del mismo título 13.

(28) En sentir de algunos preferirá aun á los hermanos por parte de madre. Véase la ley 12 tít. 13 Part. 6.

(k) La ley 12 citada no distingue de *hermanos*; pero algunos autores, entre ellos Gregorio Lopez en la glosa 2ª, quieren que si el difunto tiene por parte de madre, hermanos legitimos y naturales, sean aquellos preferidos á éstos; y otros con Antonio Gomez, pretenden que unos y otros deben concurrir á un mismo tiempo, y heredar por iguales partes, por hallarse todos en igual grado: de cuyas opiniones, la de Gregorio Lopez parece ser la mas conforme á los principios legales. Véase á Escriche en la palabra *Heredero legitimo*.

(29) Dicha ley 12 al fin.

(30) [\*]: y así los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado, recaen en el fisco (31), sin que tenga lugar ya la sucesión de la muger al marido, ni de éste á su muger, pues no se hace mención de ellos (32). Cesa desde luego el día de hoy la disposición de la ley de Partida (1), que estendia esta sucesion hasta el décimo grado, y despues de él llamaba al marido á la herencia de la muger, y ésta á la del marido [\*\*].

(30) Leyes 3 tít. 9, y 9 tít. 40 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 3 tít. 20 lib. 40, y 1 tít. 41 lib. 2 Nov. Rec. de las que se hace argumento para creer derogada la ley 6 tít. 43 Part. 6, que estendia la sucesion transversal hasta el décimo grado.

[\*] Es dudoso si este cuarto grado se deberá contar por derecho canónico ó civil.

(31) Real instruc. de 27 de nov. de 1785 y de 27 de agosto de 1786.

(32) Ley 12 tít. 8 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 20 lib. 40 Nov. Rec. y la Real instruccion ya citada.

(1) Las dudas que se han suscitado con motivo de la disposición de la ley 6 tít. 43 Part. 6, no tienen lugar entre nosotros, porque la ley de 1º de diciembre de 1838 ya citada, art 1º, determinó que la computación fuese *civil*. Véase la nota (b).

[\*\*] No será fuera del caso, para complemento de esta materia, decir aquí algo de la *cuarta marital*. Esta no es otra cosa, que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe exceder del valor de cien libras de oro, como dispone la ley 7 tít. 43. Part. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender tambien á los padres en su caso. Véase á Febrero, *Libr. de escribanos*, cap. 1 §. 21 núm. 230. El día de hoy, en vista de la ley 1

26—Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto: que el juez del lugar en donde fallecieron, inventarie sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho dé cuenta á la Real Audiencia del distrito, para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pías, pues aunque no los tengan, no recaen en el fisco (33).

27—Finalmente: aunque por derecho novísimo á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, les está permitido ser herederos por testamento (34); se les prohíbe espresamente suceder ab intestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo, y todos sus derechos temporales (35).

28—Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo y con el orden explicado, pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres sin distincion

tít. 8 lib. 5 de la Recopilacion, ley 4 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. que es la 6 de Toro, hay bastante motivo para dudar, que pudiese tener lugar tal cuarta parte. Fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la cógrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que debería administrar los bienes de sus hijos.

(33) Leyes 31 tít. 1 Part. 6, y 5 tít. 12 lib. 4 de la Recop. de Cast. Ley 5 tít. 30 lib. 1 Nov. Rec. Véase á Vattel cap. 8 lib. 2 § 110, 111 y 112, y Fritot tomo 1 cap. 2.

(34) Reales cédulas de 29 de nov. de 1796, y 29 de abril de 1804.

(35) Pragmática de 6 de julio de 1792.

de grados, el dos por ciento para la real hacienda (36); pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes (37).

29—Los parientes que suceden ab intestato, no por eso estan desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, dirémos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos, ó son legítimos y forzosos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados a hacerle las exéquias, funerales, y demas sufragios que se acostumbren en el país con arreglo a su caudal, calidad y circunstancias; pero no à distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes (38). Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion à invertir todo el quinto y cumpliran con solo lo dicho (39). Lo mismo se debe decir de los transversales, herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario, ó por no poder ó por no querer, no hizo el testamento, en este caso solamente, estarán obli-

(36) Real cédula de 11 de junio de 1801, art. 5 del reglamento inserto.

(37) Art. 1 de dicho reglamento.

(38) Ley 16 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 14 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.

(39) Arg. de la ley 10 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 13 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.

gados á la distribucion del quinto íntegro, dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion (40), que dice así. « Cuando el comisario no hizo « testamento, ni dispuso de los bienes del testa- « dor, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, « ó porque murió sin facerlo; los tales bienes ven- « gan derechamente á los parientes del que le dió « el poder, que hubiesen de heredar sus bienes ab « intestato, los cuales en caso que no sean hijos ni « descendientes ó ascendientes legitimos, sean o- « bligados á disponer de la quinta parte de los ta- « les bienes por su anima del testador, lo cual si « dentro del año contado desde la muerte del testa- « dor no lo cumplieren, mandamos que nuestras « justicias les compelan á ello, ante las cuales lo « puedan demandar, y sea parte para ello cualquier « del pueblo. » La razon de esta disposicion es, porque en este caso se presume que el testador, por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía á otros casos porque solo habla del que últimamente he explicado (m).

(40) Ley 10 tít. 4 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 13 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.

(m) *Poder para testar es, un acto ó disposicion en que alguna persona faculta á otra para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes.* Aquel á quien se confiere este poder se llama *comisario*, y pueden conferirlo todos los que pueden testar, á todo el que, sea hombre ó muger, no está impedido de ser apoderado: ley 6 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real. En el otorgamiento de este poder, ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que én el testamento nuncupativo; ley 7 tít. 19 lib. 10 Nov.: ha de insertarse en el testamento que en

30—Para el buen cobro, y administracion de los bienes de los que mueren ab intestato sin dejar notoriamente ascendientes, descendientes ó colaterales, dentro del grado que por derecho deben heredar; ó ex testamento dejando herederos, ó legatarios en España ó fuera del distrito de cada Audiencia, se estableció en América un juzgado general llamado *de bienes de difuntos* (n). De su ereccion y fa-

su virtud se ordene, y el comisario declarar, al hacer uso de él, que no se le ha revocado, suspendido ni limitado, y que su comitente falleció bajo él. El comisario, sin especial facultad, no puede instituir heredero ni hacer mejoras, ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlos vulgar, pupilar, ejemplarmente, ó de otra manera, ni darles tutor; bien entendido, que nunca se dirá tenerla para hacer heredero, si el nombre de éste no estuviere expresado en el poder: ley 1 tit. 19 lib. 10 Nov. El comisario debe usar del poder dentro de cuatro meses, si está en el lugar donde se le dió; dentro de seis si estaba ausente, pero en el territorio de la nacion, y dentro de un año si estuviere fuera de él, á ménos que el testador hubiese coartado ó alargado el término: ley 3 tit. 19 cit. Pasados estos términos, que corren contra el ignorante, ya no podrá el comisario usar del poder, y sucederán en los bienes los herederos ab intestato, ó el nombrado en el poder, si le hubiere, aunque sí podrá otorgar el testamento, ciñéndose á lo literal del poder, sin pasar á disponer otras cosas que podría hacer dentro del término. Si habiendo varios comisarios, renuncia uno ó muere, el poder se refunde en los demas: si hay discordia entre ellos, se está á lo que resuelva la mayor parte; y si hubiere empate, lo decidirá el juez del lugar del poderdante: ley 7 tit. 19 lib. 10 Nov. R.

(n) Habiéndose estinguido los juzgados privativos por la ley de Córtes de 9 de octubre de 812, el conocimiento de intestados pasó á los jueces de primera instan-

cultades, se trata largamente en el título 32 lib. 2 Recopilacion de Indias, y para el arreglo de conocer y proceder en las causas correspondientes al del reino de Guatemala, se formó una instruccion conforme á las leyes, reales cédulas y órdenes que tratan sobre el particular, por el señor don Francisco Robledo, oidor decano de esta Real Audiencia, la que se aprobó por la misma, y mandó observar interinamente en 26 de setiembre de 1799 (o).

cia, conforme al art. 32 cap. 2 de la espresada ley, quedando esceptuados solamente de esta disposicion, los juzgados de hacienda, los consulados y los tribunales de minería.

(o) Se advierte, por último, que en las herencias *ab intestato*, en que hubiere herederos conocidos que desde luego puedan entrar en la posesion de los bienes, no deben intervenir ni los jueces seculares, ni los eclesiásticos: ley 13 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec; siendo del deber de dichos herederos hacer el entierro, exéquias y demas sufragios que fuere costumbre, y caso de ser omisos, podrán compelerles por medio de sus jueces propios: ley 14 siguiente. Los jueces ordinarios son los que conocen de los *ab intestatos*, y en el caso de que los llamados á heredar sean menores ó ausentes, nombrarán un defensor de la herencia. GOYENA cit. lib. 2 tít. 27 secc. 11 n. 1973.



DE LAS VINCULACIONES.

SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| 1 Razon del orden, y definicion de las <b>vinculaciones</b> .                             | mayorazgo.   |
| 2 Qué es <b>mayorazgo</b> , y cómo se fundaban antiguamente.                              | 14 Causas porque se pierde el mayorazgo.                         |
| 3 Qué requisitos eran precisos para su constitucion.                                      | 15 Qué es <b>patronato</b> .                                     |
| 4 En qué casos quedaban revocables los mayorazgos.  | 16 Cómo se divide.   |
| 5 Division de los mayorazgos en regulares é irregulares, y cuantas especies hay de éstos. | 17 Quiénes pueden obtener el patronato.                          |
| 6 Qué es mayorazgo de <b>rigorosa agnacion</b> .  | 18 Cómo se adquiere el derecho de patronato.                     |
| 7 Qué se entiende por el de <b>finjada agnacion</b> .                                     | 19 Modos por los cuales se transfiere este derecho.              |
| 8 Cuál es el de simple <b>masculinidad</b> , y cual el de <b>femineidad</b> .             | 20 Diferencias entre los patronos laicos y eclesiásticos.        |
| 9 Qué es mayorazgo <b>electivo</b> , y qué el <b>alternativo</b> y <b>saltuario</b> .     | 21 Circunstancias del presentado, y términos de la presentacion. |
| 10 Cuál es el de <b>segundogenitura</b> .   | 22 El derecho de presentar no tiene lugar en las colegiadas.     |
| 11 Cuál el <b>incompatible</b> .  | 23 Otros derechos del patrono.                                   |
| 12 Reglas sobre esta materia.   | 24 Casos en que se pierde ó estingue el patronato.               |
| 13 Obligaciones del poseedor del  | 25 Qué es <b>capellanía</b> .                                    |
|   | 26, 27 Cómo se divide.   |
|   | 28 Impedimentos para ordenarse a título de capellanía colativa.  |
|   | 29 Cómo se fundan y quitan las capellanías.                      |

**Q**ONSTITUIDAS las vinculaciones las mas veces por última voluntad, y siendo siempre un llamamiento para suceder, parece oportuno tratar aquí, aunque lijeramente, de ellas, por ser aun hoy aplicable la legislacion antigua á las sucesiones de la mitad de los bienes vinculados, hasta que se estingan del todo. Diremos, ante todas cosas, que por *vinculacion de bienes* no se entiende otra cosa, que *la sujecion de éstos al perpétuo dominio de una familia ó de determinados sucesores, sin admitir division ni enajenacion alguna* (1). Verémos, pues, á continuacion, qué son

(1) Es bien sabido, que por la ley de Cortes de 27 de

mayorazgos, patronatos y capellanías.

§. I.

*De los mayorazgos.*

2—Mayorazgo es, *una vinculacion civil y perpétua de bienes, en que se sucede con arreglo á la ley, á no ser que el fundador haya dispuesto distinto orden de sucesion* (2). Se fundaban ó en testamento ó por contrato; bien que este último modo participa de la naturaleza del primero, puesto que vemos que el objeto principal de la fundacion, es una institucion perpétua.

3—En un principio solo era necesaria la real licencia para vincular las legítimas de los descendientes ó ascendientes, y era libre la vinculacion del tercio y quinto, con arreglo á la ley de Toro (3). Posteriormente se prohibió (4), que en lo sucesivo se fundasen mayorazgos de ninguna clase, sin preceder real licencia á consulta de la Cámara, tomando co-

setiembre de 1820, se suprimieron los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de *vinculaciones*, restituyendo sus bienes á la clase de absolutamente libres. Concede á los poseedores actuales derecho de disponer libremente de la mitad de la vinculacion, y reserva la otra mitad para el inmediato sucesor, á cuyas manos deberá pasar en igual concepto de libre. Si el mayorazgo fuese electivo y la eleccion no debiese recaer en personas ó corporaciones determinadas, quedará íntegramente libre el mayorazgo en el actual poseedor.

(2) La palabra *mayorazgo*, se deriva de las latinas *major natu*, mayor de nacimiento, *primogénito*, porque el derecho de suceder suele pasar de primogénito en primogénito por orden sucesivo.

(3) Ley 11 tít. 6 lib. 10 Nov. Recop.

(4) Real cédula de 14 de mayo de 1789: Ley 12 tít. 17 lib. 10 Nov. Véase la ley 20 tít. 33 lib. 2 Rec. de Ind.

nocimiento de si llega ó escede su renta á tres mil ducados (p), cantidad que es la necesaria para la obtencion de la facultad; de si la familia del fundador podia aspirar á esta distincion, y de si el todo ó la mayor parte de los bienes consistian en raices, procurando que se situasen sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros etc., dejando libre la circulacion de los bienes raices. Por dicha cédula se anulaban las vinculaciones que se hiciesen en contrario, y se daba derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Mas adelante se dispuso (5) que fuesen válidas las vinculaciones hechas ántes de 1789, cuyos fundadores hubiesen muerto con posterioridad á aquella fecha; y en el año citado de 795 se establecio, que tanto las vinculaciones de esta clase, como las que posteriormente se hiciesen con sujecion á la cédula de 789, estuviesen sujetas al pago de quince por ciento de amortizacion, que en 1815 se aumentó al veinte y cinco.

4—Ya se hiciera la vinculacion por última voluntad ó por contrato entre vivos, como no por eso dejaba de ser una transmision de la propiedad por causa de muerte, quedó sin embargo revocable, á no ser que el fundador entregase desde luego la

(p) Por Circular de 15 de abril de 1804, se previno á la Cámara que solamente concediese la facultad de fundar mayorazgos á personas beneméritas, de buen nacimiento y circunstancias, escusando librarlas cuando á lo ménos no puedan producir los bienes á la vinculacion, de cuatro á cinco mil pesos fuertes de renta líquida, sin distincion de bienes ni de provincias. Véase la Circular de 23 de mayo de 1803.

(5) Real cédula de 14 de agosto de 1795: ley 14 tit. 17 lib. 10 Nov.

posesion del vínculo ó simbolizase esta entrega con la de la escritura de fundacion ante escribano, ó dicha vinculacion reconociese, como oríjen, alguna causa onerosa. Aun en estos casos quedaba revocable, si tal restriccion se habia puesto en la licencia, ó se habia agregado cláusula en la fundacion que lo espresara (6).

5—Los mayorazgos considerados latamente se dividen en regulares é irregulares. *Regulares* son aquellos, en que se sucede segun el orden prescrito para la sucesion, por la ley 2 tit. 15 Part. 2, esto es, aquellos para cuya sucesion se nombra primero al hijo varon mayor y á sus descendientes legítimos, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon á la hembra, y despues á los demas por el mismo orden, guardandose entre ellos la prelacion atendida la línea, grado, sexo y edad, y observándose lo mismo en los transversales; é *irregulares*, llamados tambien de *cláusula*, aquellos, cuya sucesion se aparta del modo de suceder establecido en la misma ley 2. Las principales especies de mayorazgos irregulares son nueve, á saber: 1º de agnacion verdadera: 2º De agnacion finjida: 3º De masculinidad nuda: 4º De femineidad: 5º De eleccion: 6º Alternativos: 7º Sal-tuarios: 8º De segundogenitura: 9º Incómpatibles (7).

6—Mayorazgo de *agnacion rigurosa ó verdadera* es, *aquel á cuya sucesion son admitidos únicamente los varones descendientes de varon en varon del fundador, sin mediar hembra alguna*. Se llama de *agnacion*, porque solo puede ser obtenido por los *agnados*, esto es, por los parientes de parte de pa-

(6) Ley 4 tit. 17 lib. 10 Nov. Recop.

(7) Rojas de Almansa, *De incompatibil. disp.* 1 q. 1 n. 3.

dre con esclusión de los *cognados*, es decir, de los parientes de parte de madre. No se considerará el mayorazgo de *rigorosa agnacion*, si no consta espresamente la voluntad del fundador de escluir las hembras; y si no fuere así, no podrán ser escluidas por ninguna clase de conjeturas, presunciones ni argumentos, y siendo de mejor línea y grado, serán preferidas á los varones (8).

7—Mayorazgo de *artificiosa ó finjida agnacion* es, *aquel á cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, á algun extraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado, sus hijos y descendientes varones de varones*. Se dice de *agnacion finjida*, porque el fundador que no tiene agnacion propia en qué perpetuar su mayorazgo, la finje y la llama, exigiendo regularmente que los poseedores lleven siempre su apellido y armas (9).

8—Mayorazgo de *pura ó simple masculinidad* es, *aquel á que son admitidos únicamente los consanguíneos varones del fundador, sean agnados ó cognados, y procedan de varones ó hembras*. Y de *femineidad* *aquel en que solamente suceden las hembras, ó por lo ménos son preferidas á los varones*; y puede ser de dos clases: de *femineidad propia* y de *impropia*. En el primer caso, el fundador escluye de la sucesion á todos los varones absolutamente, y manda que lo posean siempre las hembras de su familia; y si prohíbe que puedan obtenerlo las hembras de varones, se llama de *contraria agnacion*; pero en el caso de admitir á las hembras de varones, se le dá el nombre de *contraria masculinidad*. En

(8) Ley 8 tit. 19 lib. 10 Nov. Recop.

(9) Rojas de Almans. lug. cit. n. 102 á 105.

el de femineidad impropia, solo son escludidos los varones en el caso de que el poseedor tuviere hijas.

9—Se da el nombre de *mayorazgo electivo*, á aquel en que el último poseedor tiene facultad concedida por el fundador, para designar la persona que ha de sucederle, con tal que la designacion se haga en un pariente del fundador si existiere. Cuando la sucesion pasa de una línea en otra alternadamente, el mayorazgo es *alternativo*; y cuando solo se atiende á la mayor edad entre todos los parientes del fundador, será *saluario* ó *de hecho*. Se llama *saluario*, porque en su sucesion se vá saltando y pasando de una en otra línea; y *de hecho*, porque en su sucesor solo se busca el hecho de la mayoría de edad.

10—El mayorazgo de *segundogenitura*, que es aquel á cuya sucesion son siempre llamados los *segundogénitos*, es de dos maneras, propio é impropio: el primero es aquel á cuya obtencion son llamados los segundogénitos, por orden sucesivo, cuyo uso es muy raro; y cuando el fundador llama al segundogénito por primera vez y despues á los descendientes de éste por orden de primogenitura, solo puede decirse impropriamente de segundogenitura; porque el orden perpétuo de suceder, en que consiste la esencia del mayorazgo, es de primogenitura.

11—Finalmente, mayorazgo *incompatible* es, aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. La incompatibilidad es de varias clases, ó por la *ley*, ó por el *hombre*. Por la *ley* se prohíbe que uniéndose por razon de matrimonio dos mayorazgos, de los cuales tenga el uno 58,823 rs. de renta, vayan á un solo hijo, estableciéndose por el contrario, que se dividan entre el primogénito y el que le siga, perteneciendo al primero la eleccion;

y que si tales hijos no hubiese, se dividan entre los nietos (10). Esta ley, á pesar de su conveniencia y de su justicia, ha estado en completa inobservancia. La incompatibilidad por el *hombre*, puede ser *expresa* ó *tácita*: la primera tiene lugar, cuando el fundador la establece directa y esplicitamente: la segunda se deduce de las palabras de la fundacion. Existirá ésta, por ejemplo, en dos mayorazgos, cuyos respectivos fundadores hubieren puesto como condicion para poseerlos, el llevar esclusivamente sus apellidos. La incompatibilidad puede tambien ser *real* ó *lineal* y *personal*: la primera escluye de la vinculacion á toda la línea; la segunda, solo á la persona. Puede ser, ademas, *absoluta* ó *respectiva*; para *adquirir* ó para *retener*. *Absoluta* es, la que prohíbe toda reunion con otro; *respectiva*, solamente con alguno. Para *adquirir*, la que priva del derecho á determinados mayorazgos, y de *retener*, la que impide la retencion de los incompatibles, dando al poseedor la facultad de elegir uno dentro de dos meses. La multitud de líneas y de irregularidades creadas por los intérpretes, léjos de servir de utilidad, han introducido confusion en esta importante doctrina.

12—Las principales reglas en esta materia son las siguientes: I. La corona de España es un mayorazgo regular, que sirve de norma para los demas, reputándose, en caso de duda, regulares los mayorazgos (11): II. El mayorazgo es indivisible, á ménos que nazcan dos varones de un parto y se ignore quien nació primero, en cuyo caso se dividirá entre ámbos el mayorazgo (12): III. La sucesion en el mayo-

(10) Ley 7 tít. 17 lib. 10 Nov. Recop.

(11) Ley 8 allí, y la 2 tít. 15 Part. 2.

(12) Molina, *De Hispan. primog.* lib. 3 cap. 1 n. 19

razgo es perpetua en todas las líneas habiendo habido llamamientos generales, de donde se deduce que los bienes amayorazgados fuesen inenajenables, é incapaces de prescribirse por 10 ni 20 años, ni aun por 30 ó 40 (13), aunque sí por tiempo inmemorial (14): IV. En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas; la *línea*, pues la del último poseedor prefiere á las demas; el *grado*, pues el mas próximo escluye al mas remoto; el *sexo*, pues en igualdad de línea y grado, el varon prefiere á la hembra, mas no á la que es de mejor línea y grado, la cual será preferida al varon mas remoto, á no ser que el fundador escluyese á las hembras espresamente (15); y la *edad* pues en igualdad de línea, grado y sexo, debe preferirse al que esceda á los otros en edad: V. Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y así en adelante, á la del tercero etc., con exclusion de los ilegítimos, no entendiéndose tales los nacidos de matrimonio putativo (16): VI. El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion ó casamiento de sus padres; al legitimado por rescripto del Príncipe le escluyen todos los de la familia del fundador, y no sucede en los mayorazgos el arrogado ú adoptado: VII. La proximidad de paren-

y ley 12 tít. 33 Part. 7.

(13) Gomez, en la ley 40 de Toro, n. 90. Sala. *Ilustracion al Derecho real*, lib. 2 tít. 7 n. 11. Aunque otros opinan que el mayorazgo se prescribe por el término de 40 años.

(14) Molina, lib. 4 cap. 10, y Greg. Lopez glos. 3 á la ley 10 tít. 26 Part. 4.

(15) Ley 8 tít. 17 lib. 10 Nov. Recop.

(16) Molina, lib. 3 cap. 6 n. 30 y 31. Ley 1 tít. 13. Part. 4. Véase la nota (c).



tezco se ha de considerar respecto del último poseedor y no del fundador (17), tanto en la línea recta, como en la lateral; pero con tal que los contenidos en ésta, sean también parientes del fundador, pues á éstos solos pertenece la sucesion del mayorazgo (18): VIII. En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre (19), y por lo tanto, corresponde la vinculacion al hijo aunque sea ex-heredado; pero respecto del fundador, todos suceden por derecho hereditario; de lo cual se infiere, que el poseedor debe pagar todas las deudas del fundador, si no es que se hubiesen contraido despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; mas no las de su antecesor, si no fueron absolutamente necesarias para conservar los bienes del mayorazgo (20): IX. Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes al inmediato sucesor por virtud del mismo derecho o ministerio de la ley (21), sin ningun acto de aprension, aun cuando otro haya tomado la posesion de ellos en vida del tenedor, y aun cuando el sucesor lo ignore ó sea infame, furioso, mentecato, ó póstumo. Los autores llaman *civilissima* á esta posesion. X. Todas las fortalezas, cercas ó edificios que se hicieren ó repararen en los pueblos y heredamientos del mayorazgo, ceden y corresponden al mismo mayorazgo, sin obligacion en el sucesor de dar parte de su estimacion á las mugeres de los que las hicieron, por ra-

(17) Rojas, part. 1 cap. 6 §. 10.

(18) Rojas, part. 1 §. 10.

(19) Molina, lib. 3 cap. 9 n. 2, y leyes 9 tit. 1, y 2 tit. 15 Part. 2.

(20) Molina, lib. 1 cap. 10, y Gomez ley 40 de Toro n. 72.

(21) Ley 45 de Toro, que es 1 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec.

zon de gananciales, ni á sus hijos ni herederos (22): XI. El mayorazgo se puede probar, entre otros, por los tres medios siguientes: 1º por la escritura de su fundacion con la de la licencia real, en los casos en que ésta ha debido intervenir: 2º por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras: 3º por costumbre inmemorial (23); y XII. En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador (24), que puede poner las condiciones que le pareciere, siendo posibles y honestas, y obligando de tal modo á su cumplimiento, que no cumpliéndolas, pierda el mayorazgo aquel á quien correspondia por derecho de sangre (25).

13—El poseedor de mayorazgo, ademas de cumplir, como ya se ha dicho, las condiciones que se le hubieren puesto; está obligado tambien á hacer inventario formal, al tomar posesion; á reparar y conservar las fincas con su producto; dar caucion á los inmediatos sucesores, en caso de que disipe ó deteriore los bienes; resarcir las pérdidas ó desmejoras notables ocasionadas por su culpa; pagar los censos, pensiones, tributos y cargas reales, que han de satisfacerse anualmente; suministrar alimentos á sus hermanos pobres, y dotar á sus hermanas; y por fin, dar tambien alimentos al inmediato sucesor, aunque no sea pobre, segun el arbitrio de los jueces que suelen señalar la octava parte, de la renta del mayorazgo (26).

14—Finalmente, el poseedor puede perder el ma-

(22) Ley 6 tít. 17 lib. 10 Nov. Recop.

(23) Ley 1 tít. 17 lib. 10 Nov.

(24) Leyes 5 y 9 tít. 17 citado.

(25) Molina, lib. 2 cap. 12 n. 34.

(26) Molina, lib. 1 cap. 27. Gomez, en la ley 40 de Toro.

porazgo, por haber incurrido en infamia de hecho ó de derecho, por ingratitud, por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador lo manda espresamente, ó por cometer alguno de los tres delitos esceptuados, que son: *lesa-majestad divina y humana, sodomia y herejia*, aunque no lo mande, y la pena de estos delitos se estendia á los hijos procreados despues de la perpetracion (27).

§. II.  
*Patronatos.*

15—*Patronato* es, el derecho de presentar sujeto idóneo para que se le confiera algun beneficio eclesiástico, ó bien: *un derecho honorífico, oneroso y útil, que compete á uno en alguna iglesia por haberla fundado, construido ó dotado con consentimiento del obispo, ó por haberlo heredado de sus predecesores que lo hicieron* (28). Por derecho canónico todas las iglesias están bajo la potestad del obispo, y solo á éste corresponde nombrar clérigos idóneos que las rijan y administren; pero se ha introducido el derecho de patronato, á fin de premiar y escitar la liberalidad de los fieles para con la iglesia (29).

16—El patronato se divide en activo y pasivo. El *activo*, consiste en el derecho de presentar, y el *pa-*

(27) Ley 6 tit. 27 Part. 2. Véase la ley 2 tit. 2 Part. 7-

(28) Ley 1 tit. 13 Part. 1. Esta palabra viene de *pater onus*, padre de carga.

(29) La ley de Cortes de 27 de setiembre de 1820, suprimió los *patronatos* y cualquiera otra especie de vinculaciones, facultando á los poseedores para que desde luego pudiesen disponer libremente como propios, de la mitad de los bienes en que consistian, pasando la otra mitad despues de su muerte al inmediato sucesor. Véase la nota 1<sup>a</sup> de este apéndice.

*sivo*, en el de ser presentado para la vacante, ó el de ser preferido á los demas, para la consecucion del beneficio (q). El *activo*, se subdivide en *eclesiástico*, *laical* y *misto*; en *hereditario*, *gentilicio* y *misto*, en *real* y *personal*. *Eclesiástico*, se dice el patronato fundado con bienes procedentes de la iglesia, ya sea lego, ya eclesiástico el fundador. *Laical*, es el que compete al lego ó clérigo, no por razon de la iglesia, dignidad ó beneficio, sino por la de patrimonio; y *misto*, el que participa de ámbos. En el *hereditario*, suceden los llamados por el testador, aunque sean herederos estraños: en el *gentilicio* solo los individuos de su familia: el *misto* de hereditario y gentilicio, es el que corresponde á los que participan de la cualidad de herederos y de parientes. El *real*, es el que se concede al poseedor de cierto fondo; el *personal*, á cierta persona ó familia, sin consideracion á ninguna otra cosa. Algunos intérpretes dividen en varias clases el patronato gentilicio ó *familiar*; pero como todas dependen de la voluntad de los fundadores, puede sentarse como regla general, que el patronato podrá ser *regular* é *irregular*, lo mismo que los mayorazgos, y que lo dicho acerca de éstos, puede muy bien acomodarse á los patronatos.

17—Pueden obtener patronato, clérigos y legos, hombres y mugeres (30), adultos y pupilos, aunque

(q) El patronato *pasivo*, no puede llamarse propiamente *patronato*, por no traer su orijen de las mismas causas que el *activo*, y depender en un todo de la voluntad del fundador. No vemos en él sino un llamamiento igual al que se hace en las fundaciones de los mayorazgos, y por consiguiente lo creemos suprimido por la ley de Córtes.

(30) Cap. 7 de *jur. patron. y fin. de Cons. præbend.*

no hayan nacido de legítimo matrimonio (31), con tal que no sean judíos, herejes ni infieles (32). Si los pupilos tuvieren ménos de siete años, han de presentar en su nombre sus tutores: siendo mayores de dicha edad, pueden hacer la presentacion ó nombramiento por sí mismos, mayormente cuando tambien pueden comparecer en juicio, sobre asuntos benéficiales y espirituales, sin autoridad de sus tutores (33). Si fueren muchos los patronos y compusieren un cuerpo colegiado, harán la presentacion del modo con que se hacen las elecciones; si tuvieren la facultad de elegir separadamente, así lo verificarán, debiendo ser preferido el que fuere nombrado por la mayor parte (34).

18—El derecho de patronato se adquiere: 1º por la fundacion, comprendiéndose bajo esta palabra no solo la prestacion del fundo ó suelo en que debe levantarse la iglesia, sino tambien la construccion de ésta: 2º por la dotacion, cuando está indotada la iglesia ó beneficio (35), y fuese necesaria ó de utilidad evidente el dotarla, á juicio del obispo: 3º por la prescripcion inmemorial contra una iglesia libre (36), y de cuarenta años contra un tercer poseedor. Uno de los modos con que antiguamente se concedian los pa-

(31) Murillo, lib. 3 n. 335.

(32) Cap. 30, 16 q. 30.

(33) Cap. fin. *de judic. in 6*, y Murillo lug. cit., cerca del fin. Téngase presente, que segun está determinado en el Concilio 3º mejicano §. 4 lib. 2 tit. 1 *De ordine judiciorum*, siempre se les ha de nombrar curador á los menores en todas sus causas.

(34) Cap. 3 *extr. de jure patron.*

(35) Conc. Trid. cap. 12 *sess. 14 de reformat.* Véanse las leyes 43, 44 y 45, tit. 6 lib. 1 Recop. de Ind.

(36) Trid. cap. 9 *sess. 29.*

tronatos, fué por las liberalidades de los reyes, de los obispos y de los pontífices; pero el Concilio de Trento derogó todas las concesiones, escepto las hechas á las supremas potestades, á las iglesias Catedrales, y á las Universidades (37). Los modos dichos de adquirir el patronato, se comprenden en el siguiente verso:

*Patronum faciunt dos, ædificatio, fundus.*

19—El derecho de patronato se transfiere de una persona á otra: 1º con el oficio ó dignidad á que vá anexo: 2º con las fincas á que se adhiere, del mismo modo que los demas derechos en la cosa (38). Esta regla solo se refiere al patronato real: por consecuencia de ella, el que esté unido á un predio doctal pasará al marido, constante el matrimonio, y el que está unido á una finca que ha sido permutada ó vendida pasa al nuevo adquirente, pues si bien el patronato por sí no puede enajenarse dandose por cosa temporal, se considera comprendido en la enajenacion de los bienes á que está unido: 3º con la herencia, bien sea testamentaria ó bien legítima, y en este caso, aunque la herencia se divida en partes desiguales, no se dividirá sin embargo el patronato que es individuo, si bien los herederos sucederán *in stirpes*, por lo que hace al derecho de presentar (39). En todos los patronatos, y especialmente en los gentilicios, se ha de estar en esto á la voluntad del fundador: 4º por la permuta con otro patronato, y por donacion ó cesion, que si es hecha á iglesia ó monasterio, no requiere el consentimiento del obispo (40): 5º por el arrendamiento ó entrega en

(37) Trid. cap. 9 sess. 25.

(38) Ley 8 tit. 15 Part. 1. Cap. 13 *extr. de jur. patron.*

(39) Ley 8 citada. Clem. 2 *de jur. patron.*

(40) Dicha ley 8. Cap. últ. *de jur. patron. in 6.*

prenda de la finca á que está adherido (41), lo cual debe entenderse en el caso de que sea largo el arrendamiento, ó el tiempo por el que la cosa se haya empeñado, y que no se haya pactado nada en contrario.

20—Entre los patronos legos y eclesiásticos, hay las diferencias siguientes: 1ª Los legos deben hacer la presentacion dentro de cuatro meses contados desde el dia en que saben la vacante (42); y los eclesiásticos tienen seis meses de tiempo, á no ser que el fundador hubiese limitado los plazos (43). Si por pleito ó por cualquiera otro incidente, no hubiera podido verificarse dentro del término prefijado, espira por aquella vez su facultad de presentar, y pasa al Ordinario diocesano la de conferir libremente. Entiéndese esto en beneficios eclesiásticos y capellanías colativas, no en las puramente laicales, porque no están sujetas á las disposiciones canónicas, y la jurisdiccion eclesiástica solo se puede mezclar en que se cumplan las cargas, con arreglo á lo dispuesto en la fundacion. Aun en los patronatos eclesiásticos, si el pleito hubiere sido con el obispo, el patrono ni aun pasado el plazo perderia la facultad de presentar, evitándose de este modo los procedimientos maliciosos de que pudiera ser objeto, para impedirle el ejercicio de su derecho (44): 2ª El patrono lego puede presentar á varios sucesivamente, pero los nombramientos posteriores no invalidan los anteriores, de suerte que el obispo puede elejir el que mejor le parezca para hacer la institucion; mas el eclesiásti-

(41) Ley 9 tít. 15 Part. 4.

(42) Cap. 3, c. 27 *de jur. patron.*

(43) Cap. únic. 22 *de jur. patron. in 6.*

(44) Cap. 3 y 27 *extr. de jur. patron.*, y ley 11 tít. 15 Part. 4.

co no puede presentar mas que á uno, y hecha la presentacion, espiran sus facultades (45).

21—Siendo misto el patronato, se permite á todos los patronos hacer la presentacion dentro de seis meses; pues el patronato misto goza en esta parte del privilegio de patronato eclesiástico, porque *lo mas digno debe prevalecer sobre lo ménos digno*. El presentado debe ser idóneo, y sus circunstancias examinadas por el obispo (46); y si no acepta la presentacion ó muere, deben empezar los cuatro ó seis meses respectivamente, desde el dia de la noticia, no habiendo dolo ni fraude. Debe advertirse, que si el eclesiástico, á ciencia cierta, presenta á un indigno ó inhabil, pierde por entónces el derecho de volver á presentar, mas no si lo ignora (47); y si lo hace el lego y no varía la presentacion dentro de los cuatro meses, puede el obispo, pasados que sean, y no ántes, conferir el beneficio á quien quisiere, porque el presentar un indigno, es lo mismo que no hacer presentacion.

22—Segun lo establecen los cánones, no tiene lugar en las colegiatas el derecho de presentar, pero el que fuere elejido ha de someterse á la aprobacion del patrono, cuya limitacion no se observa en España (48).

23—Ademas de la facultad de presentar clérigo que sirva la iglesia ó beneficio vacante, tiene el patrono otros derechos útiles, onerosos y honoríficos,

(45) Cap. 24 *estr. de jur. patron.*, y leyes 6 y 7, tít. 13 Part. 4.

(46) Trid. sess. 7 cap. 13 *de reform.*

(47) Ley 7 tít. 15 Part. 4.

(48) Serna y Montalvan, en sus *Elementos* citados, tom. 2 lib. 3 tít. 4 seccion 2ª, n. 10.



cuales son, presidir como superior las procesiones (49) y tener en la iglesia lugar ó asiento mas distinguido que los otros (50). La carga ó gravámen se reduce á cuidar y defender la iglesia ó capilla, celar la conservacion de sus fincas, y cumplir las obligaciones impuestas por el fundador (51). La utilidad se cifra en percibir los emolumentos que se hubieren señalado en la fundacion, y en ser alimentado por la iglesia, en caso de indigencia (52); todo lo cual se comprende en los versos siguientes:

*Patrono debetur honos, onus, utilitasque,  
Præsentet, præsit, defendat, alatur egenus.*

24—Se pierde o estingue el patronato: 1º por renuncia del patrono (53): 2º por arruinarse la iglesia y no haber esperanza de reedificarla; ó por faltar su dotacion ó rentas: 3º por permitir el patrono que la iglesia se haga colegiata ó monasterio, pues en éstos no tiene lugar la presentacion, sino la eleccion: 4º por estincion de la familia para la cual se habia fundado únicamente el patronato (54): 5º por la union ó incorporacion de la iglesia á otra iglesia ó monasterio, con anuencia del patrono: 6º por no hacerse uso del patronato en el tiempo que puede prescribirse, si en su intermedio fué instituido dos veces á lo ménos su rector ó párroco, sin intervenir presentacion del patrono; no hallandose éste legitimamente impedido de hacerla: 7º por intentar el patrono ma-

(49) Cap. 25 *de jure patron.*

(50) Murillo, cap. 3 n. 336.

(51) Ley 3 tít. 15 Part. 1. Cap. *filiis* 16 q. 7.

(52) Ley 2 tít. 15 Part. 1. Cap. 25 *de jur. patron.* Cap. *Quicumque* 16 q. 7. Véase la ley 7 tít. 1 lib. 1 Nov. Rec.

(53) Cap. 5 *extr. de Consuetud.*

(54) *Cavallari pars.* 2. Cap. L 2. 22 *Jus patronatus quibus modis finitur.*

tar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia (55): 8º por perversion del patrono haciéndose hereje, cismático ú apóstata, pues con los bienes se le confisca el derecho de patronato (56): 9º por entrometerse en la disposicion ó percepcion de frutos, contra lo mandado por el Concilio de Trento (57): 10º por vender ó transferir á otro el derecho de patronato, de algun modo prohibido por los cánones; y 11º, por adquirirle con simonía.

§. III.  
*Capellanías.*

25—Dáse el nombre de *capellania*, á la obligacion de celebrar ó hacer celebrar anualmente una ó mas misas en cierta capilla, iglesia ó altar (58).

26—La capellanía se divide en mercenaria ó laical, colativa y gentilicia: *mercenaria*, se dice aquella que, constituida sin intervencion de la autoridad eclesiástica, obliga al poseedor solamente á cumplir las cargas que el fundador le impuso. Dos clases hay de capellanías mercenarias. Unas á las que generalmente se les denomina *capellanías laicales*, *memoria de misas*, *legado pío*, y *patronato de legos*. A título de ellas ninguno puede ordenarse, y son capaces de obtenerlas tanto los casados como los solteros, los hombres y las mugeres, de suerte que vienen á ser una especie de vinculacion ó mayorazgo. Los poseedores tienen facultad de nombrar sacerdo-

(55) Cap. 12 *ext. de Pœnis*.

(56) Cap. 10 y 13 *ext. de Hæretic*.

(57) Sess. 22 cap. 11 y sess. 25 cap. 9 *de reformat*.

(58) *Lara de capellan.* lib. 2 cap. y n. 1. *Mostaz. De Causis piis*, lib. 3. cap. 1 n. 2.

te que cumpla las cargas, renovarle cuando quieran, ó sin necesidad de nombramiento mandar celebrar las misas, cuyo cumplimiento hacen constar á la autoridad eclesiástica cuando ésta lo reclama (59). La otra clase es de la misma naturaleza, á diferencia de que el capellan cumplidor (que así se llama), administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar el cumplimiento de las cargas, y á costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se destruyan ni deterioren (r).

27—La capellanía *colativa*, que propiamente se llama *beneficio eclesiástico*, és la instituida con intervencion de la autoridad eclesiástica, en la que la

(59) Navar. Cons. *de Præbend.* Mostaz. allí, n. 7.

(r) Estas capellanías están comprendidas en la supresion decretada por la ley citada de 27 de setiembre de 1820. Entre nosotros, por el art. 13 de la ley de garantías de 5 de diciembre de 1839, secc. 2ª, está dispuesto lo siguiente: «A ningun hombre puede impedírsele el que pueda dejar el todo de sus bienes, si no tiene herederos forzosos, ó la parte de que aun teniendolos puede disponer libremente, para perpetuar la solemnidad ó mantenimiento del culto, ó para que se hagan sufragios perpétuos por su alma, ó para que se destinen á cualquier objeto de piedad, beneficencia, utilidad ó comodidad del público, y el Gobierno jamas podrá apropiarse estos bienes.» Y por Decreto de 27 de octubre de 1840, se prohibió la division de los capitales de las capellanías eclesiásticas, declarándose que deben permanecer en la clase de bienes vinculados, los capitales que no hayan sido realmente entregados á los capellanes, y sujetos proporcionalmente á las cargas de sus respectivas fundaciones, y que las personas á quienes se hayan entregado en concepto de bienes libres, están obligadas á cubrir, en proporcion al capital recibido, el número de misas y demas cargas de la capellanía.

colacion y la institucion canónica corresponden siempre al obispo, y sus bienes quedan espiritualizados. La capellania *gentilicia*, es de la misma naturaleza que la colativa, á diferencia de que el patrono es siempre lego (60). Bien sea lego, bien eclesiástico el patrono, ademas de la institucion canónica, pertenece al diocesano la vijilancia sobre la conservacion de las fincas, el cumplimiento de las cargas y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, de modo que al patrono solo corresponde la regalía de nombrar capellan dentro del término prescrito por derecho canonico, en cuyo caso su nombramiento será el preferido. Pueden estas capellanias conferirse á presbiteros, y tambien á los que no lo son, para que á título de ellas, se ordenen si así lo dispuso el fundador. Si son curados los beneficios, se requiere para obtenerlos la edad de veinte y cinco años (61): si no tienen cura de almas, bastan catorce y aun siete, si así lo determinó el fundador (62). Las capellanías colativas pueden hacerse por el fundador incompatibles, lo mismo que las laicales, ponerles las condiciones honestas que le parezca, y dar la preferencia del modo que crea mas conveniente (s).

28—No pueden ordenarse á título de estas cape-

(60) Ferrar. Biblioth. verb. *Capellania*.

(61) Conc. Trid. cap. 12 sess. 24 *de reform.*

(62) Conc. Trid. cap. 6 sess. 23 *de reform.* Ley 3 tít. 16 Part. 4.

(s) Suele dudarse si por el uso simple de la palabra *capellania*, se entenderá ésta eclesiástica ó laical. El Conde de la Cañada, en sus *Recursos de fuerza*, cap. 5 part. 4, examina detenida y profundamente esta cuestion, y se inclina contra la opinion de Mostazo y de Lara, en favor de la que llevan otros autores, que son de sentir que en tal caso la capellania debe entenderse *laical*.

llanías colativas, los que tienen algun impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legitimo matrimonio, el bigamo, el homicida voluntario, el siervo, el que hizo penitencia pública, el bautizado dos veces con ciencia cierta, el sujeto desconocido que no presente dimisorias ó testimoniales de su prelado, el hermafrodita, la muger, el menor de siete años y el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas públicas, está obligado á dar cuentas (63).

29—Finalmente, toda capellanía laical ó colativa, puede fundarse en contrato ó en última voluntad, y tambien puede ser amovible á voluntad del patrono, con causa ó sin ella, segun disponga el fundador. La capellanía amovible *ad nutum* puede quitarse por el patrono al capellan, pues la *colacion*, ó lo que es lo mismo, el acto de conferir canónicamente los beneficios eclesiásticos, no la hace perder su naturaleza; bien que consintiéndolo el Ordinario, puede el patrono hacerla colativa por una vez, y entón-ces podrá el capellan ordenarse con ella de orden sacro, sin temor de perderla (64).

(63) Leyes 12 y siguientes, hasta la 27 tít. 6 Part. 1.

(64) Garcia de Benef. part. 1 cap. 2 n. 81, y 7 cap. 1 n. 102.

TÍTULO XIV.

DE LAS OBLIGACIONES.

SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| 1 Razon del orden.  | 14 Ultima division de los contratos en unilaterales y bilaterales.      |
| 2 Qué es obligacion.  | 15 Que contratos producen dos acciones y cuales una.                    |
| 3 Cuantas especies hay de obligaciones.   | 16 Del daño, dolo y culpas, y del caso fortuito.                        |
| 4, 5 Otras divisiones de la obligacion.   | 17, 18 Regla acerca de éste.  |
| 6, 7 Qué es <b>convencion</b> ó <b>pacto</b> , y cómo se divide.                    | 19 Division de la culpa.  |
| 8 Los contratos ó son verdaderos ó cuasi contratos.                                 | 20 Advertencia sobre los contratos, segun la utilidad que producen.     |
| 9, 10, 11 Reglas relativas á estos últimos.   | 21, 22, 23, 24, 25 Reglas para prestar las culpas.                      |
| 12 Division de los contratos verdaderos, en <b>nominados</b> é <b>innominados</b> . | 26 Conclusion del titulo, anunciándose la materia de que va á tratarse. |
| 13 Otra denominacion de los contratos.  |   |

**T**odo lo que se ha explicado desde el principio del libro segundo hasta aquí, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*. Hemos visto los modos de adquirir el dominio, qué cosa sean las servidumbres, y como se adquiriera por herencia, ya en virtud de testamento, ya ab intestato. Ahora, pues, parece que debia tratarse del derecho de prenda, que es la última especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el orden de las instituciones de Justiniano, pasaremos á tratar del *derecho á la cosa*, el cual, como siempre, nace de obligacion; veremos primeramente: qué cosa sea obligacion, y cuántas sus especies.

2—Por obligacion entendemos: *una necesidad moral, que nos impone el derecho, de dar ó hacer alguna cosa*. (1). De esta definicion, que es bastan-

(1) Arg. de la ley 5 tit. 12 Part. 5.

*Un vinculo moral del dno en virtud del cual uno ó varios individuos hacen alguna cosa.*

te clara, se deduce el siguiente axioma. *La obligacion no pasa de la persona que la contrae*: de suerte, que en virtud de ella, nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa y á la cosa*, que dimos en el tít. I del lib. 2.

3—De la definicion pasemos á sus divisiones. La primera de ellas es, que las obligaciones son ó puramente naturales, ó puramente civiles ó mistas (2). Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la obligacion nace del derecho natural, pero no la auxilia ó asiste el derecho civil, la obligacion se llama *puramente natural*: v. g., la obligacion que nace el dia de hoy de los esponsales contraidos sin escritura pública (3). Si el derecho civil ha impuesto la obligacion, pero el derecho natural no la auxilia, se llama *puramente civil*: v. g., la que nació del contrato literal. Finalmente: si ámbos derechos, natural y civil, asisten á la obligacion, será *mista*: v. g., el comprador está obligado por derecho civil y natural á pagar el precio prometido; y así se puede decir *mista* esta obligacion (4). Hablando en rigor, solo éstas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente, por lo regular no producen alguno, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*: las naturales, finalmente, solo producen escepcion, y no accion (t).

(2) Ley 5 tít. 12 Part. 5.

(3) Real decreto de 28 de abril de 1803. Ley 18 tít. 2 lib 10 Nov. Rec.

(4) Ley 5 tít. 12 Part. 5.

(t) Tambien hay obligacion perfecta y obligacion imperfecta: *perfecta* es aquella cuyo cumplimiento puede

4—Otra division de las obligaciones es, que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que se exige alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios: 1.º *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa, que ningun daño le trae á él, y aprovecha al otro:* 2.º *Todo hombre está obligado á hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por ejemplo: en virtud del primer principio, está obligado el poseedor de una cosa, á mostrarla al que se lo pide, para investigar si es la suya que él ha perdido: en virtud del segundo, el padre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos inter-

exijirse judicialmente; é *imperfecta* la que no encadena sino la conciencia, como la obligacion de hacer limosna y el reconocimiento de un servicio. La mista puede llamarse perfecta en todos sentidos; y así la natural como la civil pueden decirse imperfectas, en cuanto la primera no produce accion, y la segunda no la produce sino tan débil que puede rechazarse por una escepccion. Mas no ha de confundirse, á pesar de ello, la obligacion imperfecta con la natural ó civil, pues éstas dos producen algunos efectos civiles, al paso que aquella no produce ninguno. Si yo salvé la vida á una persona, por ejemplo, la obligacion que le impone el reconocimiento es *imperfecta*; por lo cual no tengo accion para exigirle una recompensa, y si me presta una cantidad de dinero, no podré mirarla como precio del servicio que le hice y dispensarme de restituirla: si gané al juego cierta cantidad á un individuo, la obligacion que tiene de pagármela es *natural*, y no tendré tampoco accion para forzarle á cumplirla; pero si él lo ejecuta, no estaré yo precisado á volverle lo que me hubiese pagado. *ESCRICHE*, palabra *obligacion*.



venga hecho alguno, que induzca la obligacion.

5—Por el contrario, cuando la obligacion nace de *hecho*, éste será ó *licito* ó *ilícito*. El hecho lícito consiste en el consentimiento, y el ilícito es todo delito; y de aquí se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de *convencion*, y otra de *delito*. De los delitos hablaremos en el libro 4º, y así ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

6—La *convencion*, que en derecho es lo mismo que *pacto*, no es otra cosa: que *aquel consentimiento por el cual dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa*. Se dice que la convencion es *consentimiento*, porque faltando éste no hay hecho obligatorio lícito; ha de ser de *dos ó de mas*, porque uno solo no se puede obligar á sí mismo, y en una compañía se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion tambien se incluye negacion; y así, hay convenciones de *no dar* ó de *no hacer*, que se llaman *pactos remisorios* (u).

(u) En las convenciones, en que suelen suscitarse algunas dudas, deben tenerse presentes las reglas siguientes: 1.ª La voluntad de los otorgantes debe ser aun mas atendida que el sentido literal de las palabras: 2.ª Cuando una cláusula tuviese dos sentidos, debe estarse por el que le dá algun efecto: 3.ª Los términos susceptibles de dos sentidos, deben tomarse en el que conviene mas á la materia del contrato: 4.ª Lo que está ambiguo ó dudoso, se interpreta por lo que es de costumbre en el pais: 5.ª Deben suplirse en la convencion las cláusulas que son de costumbre y no estan espresadas: 6.ª Todas las cláusulas de la convencion se interpretan las unas por las otras, dando á cada una de ellas el sentido que resulta de la totalidad de la escritura: 7.ª En caso de

7—La convencion se divide en *contrato* y *pacto*: el contrato es, *una convencion, que tiene nombre y causa*; y el pacto, que ni tiene nombre, ni causa [\*]. Para entender estas definiciones es necesario saber, qué es nombre, y qué es causa. Por *nombre* entendemos: un vocablo que significa el contrato de que se habla, y del cual toma nombre la accion que produce. Por *causa* se entiende: una cosa presente, de la cual segun derecho, nace obligacion. Así, v. g., la venta tiene *nombre*, y de allí nace la accion de compra y venta; y *causa*, que es el consentimiento: por el contrario, una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre, porque no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo por venir [\*\*].

duda, debe interpretarse la convencion contra el estipulante, y en favor del que ha contraido la obligacion: 8.<sup>a</sup> Por muy generales que sean los términos de la convencion, nunca podrá esta abrazar otras cosas que aquellas que al parecer son el objeto que se propusieron las partes: 9.<sup>a</sup> Cuando en un contrato se pone un caso para explicar la obligacion, no por eso queda limitada la estension que le dá el derecho sobre los casos no expresados. ESCRICHE, palabra *Convencion*.

[\*] Tambien se llama contrato el que tenga solo *causa*, aunque carezca de *nombre* en el sentido que expresa la definicion.

[\*\*] Se advierte que ya por nuestro derecho, en virtud de la ley 2 tít. 16 lib. 3 de la Recop. de Cast., ó 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec., no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido, como lo habia entre los romanos; y así entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion, siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna

8—Los contratos unos son *verdaderos* ó rigoro-  
samente tales, y otros se llaman *cuasi contratos*.  
Todo contrato por ser convencion, requiere preci-  
samente consentimiento, y éste puede ser ó verda-  
dero y espreso, ó ficto, que tambien se llama pre-  
sunto: del *verdadero* y *espreso* nacen los contratos  
verdaderos, y del *ficto* ó *presunto* los cuasi contra-  
tos. Mas para que no se piense que las leyes sin  
razon alguna fingien que uno consintió, hay tres re-  
glas de equidad natural, de las cuales se deduce el  
dicho consentimiento.

9—1.<sup>a</sup> *Ninguno se presume que sin razon al-  
guna quiera enriquecerse con daño de otro.*

10—2.<sup>a</sup> *El que quiere lo que antecede, no de-  
be rehusar lo que se sigue.*

11—3.<sup>a</sup> *Cualquiera se presume, que ha de apro-  
bar lo que redunde en utilidad suya.*

12—Los verdaderos contratos unos son nomina-  
dos, y otros innominados. Los *nominados* tienen  
nombre y causa, y así producen accion del mismo  
nombre. Mas los *innominados* solo tienen causa,  
pero no nombre; y así no producen accion espe-  
cial. Tales son estos cuatro que comunmente se a-  
signan: *te doy porque me hagas; te doy porque me  
des; te hago porque me des; y te hago porque me  
hagas*. Es verdad que pudiera decirse que aun los  
contratos nominados pueden incluirse bajo estas  
cuatro formas, pues la compra y venta, v. g., no  
es otra cosa que *te doy porque me des*; pero real-  
mente no es así, pues en los contratos nominados  
interviene moneda precisamente, y en los innomi-  
nados, ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quie-  
re que intervenga no es como precio ó merced, sino  
como *honorario*, que no es necesario que esté defi-  
nido por pacto.

13—Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener *causa*; esto es, alguna cosa presente de la cual segun las leyes, nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman *reales*, como el mútuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento *consensuales*, como la compra venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes, se llama *literal*.

14—Resta la última división de los contratos, por la cual, unos son *unilaterales*, y otros *bilaterales*; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que contraen, pues en este sentido todos los contratos, son bilaterales, sino de las personas que se obligan (v). Si una y otra queda obliga-

(v) *Bilateral ó sinalagmático* es una misma cosa. *Sinalagmático* es palabra griega que significa *obligatorio por ambas partes*. Los contratos bilaterales ó sinalagmáticos se dividen en *perfectos é imperfectos*: son *perfectos* cuando las dos obligaciones principales resultan del contrato en el instante mismo de su celebracion, como sucede en la venta, en la cual el vendedor queda obligado desde luego á entregar la cosa, y el comprador el precio: son *imperfectos* cuando una de las obligaciones existe en el instante mismo, y la otra pende de un hecho posterior que puede existir ó no existir, *ex post facto*, como sucede en el depósito, en el cual el depositario contrae en el instante mismo la obligacion de restituir la cosa luego que le fuere pedida, y el deponente no estará obligado al depositario, sino en el caso de que éste hiciere gastos para la conservacion de la cosa depositada. No han de confundirse los contratos *unilaterales* con los *bilaterales imperfectos*; pues,

da, el contrato es bilateral; si una solamente, unilateral: en la compra y venta, v. g., uno y otro contrayente se obliga, y en el mútuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho riguroso (en latin *stricti juris*), y los bilaterales de buena fé (*bonæ fidei*); pero por esto no se quiere decir que la buena fé no sea necesaria en los contratos de riguroso derecho, sino que en éstos nada mas se puede pedir, que lo que espresamente se prometió: por el contrario, en los llamados de *buena fé*, se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresamente; v. g., del mútuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de riguroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago, está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fé.

15—De lo dicho se deduce muy fácilmente, por qué razon ciertos contratos producen dos acciones, y otros una. Como en los bilaterales ámbos contrayentes están obligados, necesariamente debe haber dos acciones por medio de las cuales, uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario como en el mútuo, v. g., á nada está obligado el acreedor sino solo el deudor, de aquí es, que solamente se da una accion. Las dos acciones que nacen de los bilaterales ó son ámbas *directas*, ó la una es *directa*, y la otra se llama *contraria*. Son ambas directas, siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato;

como hemos visto, en éstos ambas partes se obligan, la una de presente y la otra *ex post facto*; mientras que en aquellos hay una parte que no se obliga, ni aun *ex post facto*.

y es la una directa, y la otra contraria, siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio, y el otro despues: v. g., en la compra y venta uno y otro contrayente desde el principio se obliga en virtud del mismo contrato; y así, nacen las dos acciones llamadas *de compra y venta*, que ambas son directas. Mas en el mandato, solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no está obligado, sino hasta despues, en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él, ó recibiese daño por causa de la ejecucion del mandato; y así, la accion contra el mandatario es directa, y la que se dá contra el que manda, contraria. En materia de acciones contrarias, sirva de regla general: que *toda accion contraria se dá para indemnizarse.*

16—Resta decir alguna cosa sobre la obligacion de resarcir el daño en los contratos. *Daño* llamamos: *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio* (x). Esto puede suceder, o por *dolo*, ó por *cul-*

(x) *Daño es empeoramiento, ó menoscabo, ó destruímiento que ome recibe en sí mesmo ó en sus cosas por culpa de otro: ley 1 tít. 15 Part. 7. Entre daño y perjuicio se nota alguna diferencia: daño es un mal que directamente se hace: perjuicio es un mal que indirectamente se causa, impidiendo un bien. El granizo, v. g., hace mucho daño al labrador; y el bajo precio del grano le suele causar mucho perjuicio. Menoscabos ó perjuicios son una misma cosa y significan la privacion de interes, de utilidad, de provecho, de ganancia ó de lucro. Así que, daños y perjuicios deberán ser la pérdida que se sufre y la ganancia que se deja de hacer por culpa de otro. *damnum emergens, et lucrum cessans*, ó como dice Paulo, *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.**

*pa; ó por caso fortuito.* Dolo se dice que hay, siempre que se verifica propósito ó intencion en el que daña (5). Culpa, cuando se falta por negligencia ó descuido (6). Finalmente: caso fortuito se llama, cuando el daño viene de la providencia divina, que así lo dispone, y á la que no se puede resistir (7). Acerca del dolo, solo hay una regla que observar, esta es: *el dolo siempre se presta en todo contrato*; lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre sí los contrayentes que no se prestase, no valdría este pacto, porque convidaría á pecar. Aun hay ciertos contratos, en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete; tales son la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato (8). Y la razon que tienen para esto las leyes es, porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demas se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas execrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo (y).

17—Acerca del caso fortuito se dá tambien una regla solamente: ésta es la siguiente.

18—*Al caso fortuito, hablando en general, nin-*

(5) Leyes 1 tít. 16 y 11 tít. 33 Part. 7.

(6) Ley 11 tít. 33 Part. 7.

(7) Dicha ley 11.

(8) Ley 5 tít. 6 Part. 7.

(y) El *dolo*, que no es otra cosa que *un medio empleado para perjudicar, ó el propósito de dañar á otra persona injustamente*, se llama no obstante bueno cuando se emplea una astuta y sagaz precaucion para defenderse de todo perjuicio con que le amenace el engaño de un tercero; y *malo*, cuando la intencion astuta y maliciosa se dirige contra el justo derecho de un tercero: leyes 1 y 2 tít. 16 Part. 7.

*guno está obligado* (9). La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina que gobierna todas las cosas. Con todo, puede suceder que alguno preste el caso fortuito; esto será: 1.º si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2.º si fuere moroso en entregar, ó en restituir la cosa; y 3.º si por su culpa dió ocasion al caso fortuito (10) (z).

19—La culpa, segun los juristas, se divide en *lata*, *leve* y *levísima*. El fundamento de esta division, es la diversidad que hay de padres de familia; entre éstos hay algunos sumamente cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora, pues, el que no imita esta diligencia verdaderamente exactísima, se dice que comete culpa *levísima* (11). Hay otros padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar, ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes ó mas que ellos, se dice que cometen culpa *lata* (12) (aa). Finalmente: hay otros exactos y me-

(9) Arg. de la ley 3 tít. 2 Part. 5, y ley 11 tít. 33 P. 7.

(10) Dicha ley 3.

(z) *Caso fortuito ó aventura es, todo acontecimiento inesperado, que no ha podido preverse ni evitarse:* ley 11 tít. 33 Part. 7. Los casos fortuitos unos son *sólitos*, que suelen suceder aunque raras veces, y otros *insólitos* ó que no se verifican sino con ménos frecuencia que aquellos, esto es, *extraordinariamente*.

(11) Ley 11 tít. 33 Part. 7.—(12) Dicha ley 11.

(aa) Debe advertirse aquí, que la *culpa lata* se equipara al *dolo* y de consiguiente se presta tambien en todos los contratos, de modo que no puede hacerse convencion en contrario: ley 2 tít. 2 Part. 5.



dianamente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de éstos, es reo de culpa leve (13).

20—Estas son las descripciones, las cuales entendidas, fácilmente se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir, que hay contratos que solo ceden en utilidad del que dá, y otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ámbos contrayentes.

21—Regla 1.<sup>a</sup> *Cuando toda la utilidad es para el que dá, y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levisima, y éste solamente la lata: v. g., en el depósito, el que depone se obliga hasta la culpa levisima, porque él únicamente percibe la utilidad de este contrato; y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él.*

22—2.<sup>a</sup> *En los contratos que ceden en utilidad de ámbos contrayentes, cada uno está obligado á la culpa leve: v. g., la compra venta, locacion conduccion, compañía y prenda.*

23—3.<sup>a</sup> *Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levisima: v. g., en el comodato.*

24—4.<sup>a</sup> *El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levisima, como en la administracion de negocios ajenos.*

25—5.<sup>a</sup> *El que ofrece á otro su cosa, no puede exigir sino la culpa lata: por ejemplo, en el precario.*

26—Hemos hablado ya de las obligaciones en general: síguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como éstos, segun se ha

(13) La misma ley 41 tít. 33 Part. 7.

dicho arriba, se dividen en *reales, literales y consensuales*, el título siguiente habla de los reales (bb).

(bb) Es menester advertir en este lugar, que hay algunos pactos ó convenciones reprobadas por derecho, y que por lo mismo no producen obligacion. Entre ellos se enumeran los siguientes: 1º El llamado *de quota litis*, que es el que hace el litigante con su abogado de darle cierta parte de la cosa litigiosa, si se encarga de seguir el pleito y lo gana; leyes 14 tít. 6 Part. 3, y 22 tít. 22 lib. 5 Nov. Rec.: 2º El que se llama *anticchreseo ó anticrético*, voz griega que significa *goze ó uso contrario*, y es el que se hace entre el acreedor y el deudor, para que perciba el primero por via de intereses, los frutos de la prenda que éste le entrega, hasta que llegue el caso de que el deudor le satisfaga el importe de la deuda; ley 2 tít. 13 Part. 5: 3º El que hacen dos entre sí de sucederse ó heredarse mutuamente, *pactum ad invicem succedendo*; á no ser entre militares (*caballeros*), próximos á entrar en batalla; ley 33 tít. 11 Part. 5. Este pacto no debe confundirse con el testamento recíproco, que no es irrevocable como aquel: 4º El que se hace simuladamente para exijir usuras; ley 40 tít. 11 Part. 6: 5º El que hacen los labradores renunciando sus privilegios; leyes 6 y 7 tít. 11, 5 tít. 8 lib. 10 y 14 y siguientes tít. 31 lib. 11 Nov. R.: 6º Todos aquellos que se hacen con dolo y por fuerza; leyes 28 y 30 tít. 11 Part. 5. Véase á Antonio Gomez en la ley 22 de Toro; y 7º, el llamado *pacto comisorio*, ó la convencion hecha entre el acreedor y el deudor, en que se conviene, que si éste no paga la deuda en cierto término, se quede el acreedor con la prenda, haciéndola suya por solo lo que tiene dado por ella; ley 41 tít. 5 Part. 5.


---

## TÍTULO XV.

## DE QUÉ MODOS SE CONTRAE OBLIGACION POR TRADICION DE LA COSA, Ó DE LOS CONTRATOS REALES.

## SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| 1 Qué es contrato real, y cuántos son.                            | 14, 15, 16, 17 Axiomas y deducciones.               |
| 2 Del <b>mútuo</b> .  | 18 Pena en que se incurre en el depósito miserable. |
| 3, 4 Axiomas y derechos acerca del mútuo.                         | 19 Diferencias entre el judicial y los demas.       |
| 5 De la accion de mútuo.  | 20 De la accion de depósito.                        |
| 6 A qué está obligado el mutuuario, en los casos que se expresan. | 21 De la <b>prenda</b> .                            |
| 7 Del <b>comodato</b> .   | 22 Qué es prenda.                                   |
| 8, 9, 10 Axiomas y conclusiones.                                  | 23 Axiomas sobre este contrato.                     |
| 11 Acciones que produce.  | 24, 25, 26 Conclusiones de dichos axiomas.          |
| 12 Del <b>depósito</b> .  | 27 Acciones que nacen de este contrato.             |
| 13 Division del depósito.   |   |

 UNQUE todas las obligaciones producidas por los contratos innominados y aun por los delitos, nacen de cosa; llamamos ahora *contratos reales* á aquellos, que ni tienen su perfeccion esencial, ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados, estos cuatro: *mútuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda*. Dije, *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion; y así, no sería contrato si uno dijese: *te daré porque me des, te haré porque me des ó hagas*, si no es que sea actualmente, *te doy porque me des ó hagas etc.*; y así se vé claramente, que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.

2—El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mútuo* (cc), y se llama así: *un*

(cc) La ley 1 tit. 4 Part. 5, dice que *empréstito es una manera de pleito* (contrato) *que facen los omes en-*

*contrato por el cual una cosa fungible, ó de las que consisten en número, peso y medida se dá á otro para que use de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo género (1).* Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque si no fueren de las que se consumen por el uso no será mútuo, sino comodato. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y esta es otra distincion entre el mútuo y comodato; pues en éste se dá solo el uso y no el dominio. Finalmente, se añade, que el deudor debe restituir *otro tanto en el mismo género*, y en esto se distingue el mútuo de todos los demas contratos reales, conviene á saber: del comodato, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie (dd).

*tre sí, emprestando los unos á los otros de lo suyo, cuando lo han menester.* De aquí se infiere, que el préstamo puede verificarse de modo que el que recibe la cosa pueda usarla sin destruirla, ó de modo que no la use sino consumiéndola; y este es el origen de las dos clases de préstamo que conocemos, que son, el *mútuo ó préstamo de consumo*, y el *comodato ó préstamo de uso*. Llámase *mútuo de mio tuyo*, porque lo que es *mio*, se hace *tuyo* mediante este contrato.

(1) Ley 1 tít. 1 Part. 5.

(dd) Por virtud de este contrato el dominio de la cosa prestada, pasa al mutuuario; por lo que si se pierde, aunque sea sin culpa suya, á él le pertenece la pérdida ó deterioro, segun el principio, *res domino suo perit*: leyes 1, 2 y 3, tít. 1 Part. 5. En el caso de que en el intermedio del préstamo y de la restitucion, hubiere subido ó bajado el valor de la especie recibida, no podrá por ninguno de los contrayentes solicitarse aumento ó disminucion alguna, y si el préstamo consiste en metal amonedado y hubiere algun cambio en la moneda, deberá satisfacerse igual valor á la suma recibida

3—Con lo dicho, se entenderán fácilmente dos axiomas acerca de esta materia: 1º *No se dá mútuo si no se verifica la tradicion de moneda, ó de otra cosa de las que se llaman funjibles* (2); 2º *El mútuo es especie de enajenacion y el dominio de la cosa funjible pasa al deudor* (3) (ee).

en moneda corriente al tiempo de pagarse, y si no se fijó tiempo, debe hacerse la devolucion *á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fué prestada*: leyes 2 y 8, tít. 4 Part. 5. Y finalmente, si son barras ú otras mercancías las que se han dado en mútuo, cualquiera que sea la disminucion ó aumento de su precio, debe siempre devolverse la misma cantidad, y no mas ni ménos: leyes 48 y 49 tít. 4 lib. 10 Nov. Recop. Véase la ley 3 tít. 8 lib. 10 cit.

(2) Ley 1 tít. 4 Part. 5.—(3) Leyes 2 y 10 tít. 4. P. 5.

(ee) El mútuo es gratuito por su naturaleza; pero bien puede el mutuante exigir algun interes compensatorio por razon del *daño emergente*, ó por la del *lucro cesante ó naciente*. Dicho interes ó *usura*, es la ganancia que adquiere el prestamista por el uso del dinero que ha prestado; y se divide en *lucrativa*, que es la que se percibe solo por sacar algun provecho de la cosa prestada: *compensatoria*, la que se percibe como indemnizacion de la pérdida que sufre el prestamista, ó de la ganancia de que se le priva por causa del préstamo; y *punitoria*, la que se exige ó impone como pena de la morosidad ó tardanza del deudor, en satisfacer la deuda; en *convencional*, que es la que se estipula por las partes, y *legal*, la que se debe por derecho ó ley en ciertos casos; y hay tambien usura *anticrética*, y usura de usura llamada *anatocismo*, que es cuando los intereses vencidos se reúnen á la cantidad principal, para formar un nuevo capital con interes. Ni la *punitoria* ni la *compensatoria* están prohibidas, con tal que no pasen de la tasa establecida por las leyes 33 tít. 4; 5 tít. 8 lib. 10 Nov. Recop., y Decreto de 16 de octubre de 1840.

4—De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mútuo; y de ello se infiere: 1º que puede dar á mútuo todo aquel que puede enajenar; y así de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo ni el menor (4) [\*], y si solo aquel que

que derogando la ley de 18 de agosto de 1835, estableció *que en lo sucesivo no podrá llevarse mas del seis por ciento anual, ni por via de premio, ni por razon de interes del dinero, ó sea indemnizacion del lucro cesante.* Pero está severamente prohibida la *lucrativa*, á no ser que se enajene el capital constituyéndose *censo*, igualmente que la anticrética y el anatocismo. ESCRICHE, palabras *Usura*, é *Interes compuesto*.

(4) Leyes 17 tít. 16 Part. 6, y 4 tít. 11 Part. 5.

[\*] Acerca de las personas á quienes se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mútuo, no se podrá demandar lo dado, si no se prueba que se convirtió en su utilidad: ley 3 tít. 1 Part. 5. Y así, para que el que dá á mútuo quede asegurado, debe probarse la utilidad ántes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecha: FEBRER. *librer. de escrib.* cap. 4 §. 2 n. 11. De ninguna manera se puede dar á mútuo, á ningun hijo de familia, sea mayor ó menor de veinte y cinco años, estando bajo la patria potestad, y si lo recibe no está obligado á su restitucion, ni se le puede demandar judicial, ni estrajudicialmente, ni á sus fiadores, ni padre, y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, si no es en seis casos: 1º Cuando el hijo es soldado: 2º Cuando obtiene empleo público del Rey ó concejo: 3º Cuando niega que es hijo de familia, y el acreedor tiene justa causa para creerlo: 4º Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó éste le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entónces ámbos quedan obligados: 5º Cuando está reputado comunmente por libre de la patria po-

tiene facultad de contraer: 2º Que por ser este contrato unilateral, solo queda obligado el deudor á volver la cosa que recibió en el mismo género en que se le dió (5).

5—Resta hablar de la accion que nace del mútuo. Como este contrato es de los nominados, la accion que produce es del mismo nombre, y se llama *accion de mútuo*. Se dá ésta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo género, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y si no se preñine plazo, diez dias despues de prestada á voluntad de su dueño (6).

6—A mas de esto, el que recibe alguna cosa á mútuo, si no la vuelve al plazo estipulado, debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante así en la demora, como en la demanda, á lo cual está obligado así el que recibió el mútuo, como sus herederos (7) (ff).

testad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su órden contrata: 6º Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento: leyes 4 y 6 tit. 1 Part. 5. Véase la ley 22 tit. 11 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 17 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec. Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo éste; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado éste, sino el factor á su solucion: ley 7 tit. 1 P. 5.

(5) Ley 2 tit. 1 Part. 5.—(6) Ley 2 del mismo tit.

(7) Ley 10 tit. 1 Part. 5.

(ff) Especie de mútuo con interes, es el contrato comunmente llamado *trino*. Está reducido á un contra-

7—El segundo contrato que se perfecciona por la entrega de la cosa, es el comodato, por el cual entendemos: *un contrato real por el cual una cosa no fungible se dá graciosamente para cierto uso, con obligacion de que concluido éste, se vuelva la misma cosa en especie* (8). Se diferencia del mútuo, parte en que aquí se dá una cosa *no fungible*, y en el mútuo fungible, y parte en que aquí se transfiere solamente el uso, y allí tambien el dominio. Del *precario*, en que en el comodato se dá la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido; y así siempre es revocable (gg).

8—Entendida esta definicion, fácilmente se entien-

to de compañía regular á pérdidas y ganancias, en que uno de los sócios asegura á otro su capital, renunciando éste parte del lucro y aun el lucro mismo, sacrificando tambien una porcion de él para afianzar la restante. Le reputamos lícito, en cuanto no esceda de la cuota que es permitido llevar por usura. SERNA y MONTALVAN, *Elementos* citados, lib. 3 tit. 11 §. 2 n. 11.

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

(gg) El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si lo tiene, y sabiéndolo no lo manifestare, debe pagar al comodatario el daño que le sobreviniere. Si la cosa prestada fuere bestia, debe el comodatario mantenerla, y hacer en ella los demas gastos que fueren precisos; pero si enfermarse sin culpa suya, pagará el dueño los que se irroguen en su curacion: leyes 6 y 7 tit. 2 Part. 3, y glos. 1<sup>a</sup> de la última. No puede el comodatario retener la cosa á título de serle deudor el comodante, salvo si la deuda fuese contraída por beneficio y en razon de la misma cosa, y despues de habersela prestado y no ántes: ley 7 cit., y la 9 allí glos. 3. Si dejase varios herederos hará la restitution el que posee la cosa, y si se hubiese perdido, la pagarán entre todos por partes: ley 5, allí.



den los siguientes axiomas: 1º *El comodatario recibe la cosa ajena para hacer un cierto y definido uso*; de otra suerte sería precario (9); 2º *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes, sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante*; de otra suerte sería locacion conduccion (10).

9—Del primer axioma, nacen dos conclusiones: 1ª Que la cosa comodada no se puede pedir ántes de acabarse de hacer el uso de ella (11). Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario: 2ª Que el que usa de la cosa por mas tiempo ó de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño (12).

10—Del segundo axioma, se infiere: 1º Que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion (13), siendo hecha en dinero, y si en otra cosa, en contrato *do ut des*: 2º Que el comodatario ordinariamente está obligado á la culpa levisima (14), pues lo comun es, que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ámbos, ó de solo el que dá, como puede acontecer, se prestará la leve ó lata, conforme á las reglas ya dadas (15): 3º Que el caso fortuito no daña al comodatario sino al comodante (16). La ra-

(9) Dicha ley 1. tit. 2 Part. 5.

(10) La misma ley 1 del tit. 2, al fin.

(11) Arg. de la ley 9 del mismo tit.

(12) Ley 3 del mismo tit. 2 Part. 5, y ley 3 tit. 14 P. 7.

(13) Ley 1 tit. 2 Part. 5.—(14) Ley 2 del mismo tit.

(15) Dicha ley al medio, en donde pone ejemplos de estos dos casos.

(16) La misma ley 3.

zon es, porque *la cosa perece para su dueño*; á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que ésta perece (hh). Se esceptúan de estas reglas varios casos, en los cuales es de cargo del comodatario el caso fortuito: 1º Cuando éste sucede por su culpa (17): 2º Cuando no vuelve la cosa en el día ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso, queda obligado á pagarla de cualquier modo que perezca (18): 3º Cuando el comodatario se quiso obligar al peligro (19).

11—Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los enominados, se llaman *de comodato*. Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues, se sigue, que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y ésta como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse (ii).

(hh) Es digna de tenerse presente la disposicion de la ley 3 tit. 5 lib. 5 del Fuero Juzgo, que prescribe, que cuando aquel á quien se habia prestado una cosa, en un caso fortuito, como de incendio, inundacion, invasion de enemigos y otros semejantes, salva todo lo suyo y pierde lo prestado, debe pagar el valor de esto: el que salva solo parte de sus cosas y pierde la prestada, debe pagar lo que el juez prudencialmente regulase; por último, el que pierde todo lo suyo y salva lo prestado, debe tener parte de lo que salvó, tambien segun el prudente juicio del juez.

(17) Véase la ley 3, que pone ejemplos con que se ilustra esta escepcion.

(18) La 3, al fin.—(19) Idem.

(ii) Es especie de comodato, el que algunos llaman *precario*, que en su mas estrecha acepcion, es un préstamo revocable á voluntad del que le ha hecho, sin espresion de tiempo ni objeto; y se toma tambien, por

12—El tercer contrato real se llama *depósito* (jj), y es: *un contrato por el cual una cosa mueble se dá á guardar á otro gratuitamente, para que la restituya en especie, cuando la pida el deponente* (20). Es digno de notarse, que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raices puedan estar de alguna manera en depósito, pero propiamente solo las muebles son su materia (21). En este contrato ni el dominio, ni el uso se transfiere, sino solamente la guarda; y así, si se concede al depositario que use de la cosa que se le dá siendo funjible, y que vuelva otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo (kk).

13—El depósito se divide en simple, miserable y secuestro. El primero se verifica, cuando alguno vo-

todo lo que se posee, como en préstamo y á voluntad de su dueño. La palabra *precario*, viene del verbo latino *precari*, rogar ó suplicar, porque el precario es una concesion ó merced que se hace á uno en virtud de sus ruegos, para usar de alguna cosa mientras se lo permite el concedente. El precario se diferencia del comodato, en que el comodante no puede repetir la cosa prestada, sino despues de acabado el tiempo del comodato, al paso que el que la dió á título precario, la puede pedir siempre que quiera; y en que si se ha de estar á lo dispuesto por el derecho romano, el comodatario tiene que prestar el dolo y toda especie de culpa, aun la levisima, mientras que el que ha tomado una cosa en precario, solamente responde del dolo y de la culpa lata, mas no de la leve ni la levisima. *ESCRICHE*, verb. *Precario*.

(jj) Las leyes de Partida le llaman *condesajo*, cuya palabra se deriva del verbo *condesar*, que significa *poner en custodia ó guarda*.

(20) Leyes 1 tít. 3 Part. 5, y la 2 en el principio.

(21) Ley 2 en el principio, tít. 3 Part. 5.

(kk) Cuando el depósito consiste en cosas funjibles y

luntariamente y sin necesidad deposita la cosa. El segundo, cuando lo hace por necesidad urgente, á fin de salvarla de algun incendio, naufragio etc.; y el tercero, cuando por razon de pleito, se deposita la cosa por el poseedor (22) (II).

14—Acerca del depósito simple, se establecen los siguientes axiomas: 1º *El depósito es un contrato gratuito, de otra suerte degenerará en locacion, ó en contrato do ut des* (23): 2º *Por el depósito solo se transfiere la custodia de la cosa, de otra suer-*

es entregado por peso, número y medida, se llama *irregular* y viene á convertirse en *mútuo*, quedando dueño de ellas el depositario, y obligado á restituir otro tanto de la misma especie y calidad: ley 2 tít. 3 Part. 5. El *depósito irregular*, se constituye depositando cierta cantidad de dinero en poder de algun comerciante, minero, agricultor ó cualquiera otra persona, bajo la condicion de que el dueño del dinero, no puede cobrarlo dentro de un plazo determinado; y que, el que recibe el depósito, pague por todo el tiempo convenido un cinco por ciento anual. Véase el ESCRICHE anotado por el Ldo. D. Juan Rodriguez de San Miguel, verb. *Depósito irregular*.

(22) Ley 1 tít. 3 Part. 5.

(II) Hay dos especies de depósitos; el depósito propiamente dicho, y el *secuestro* ó depósito judicial. El depósito propiamente dicho, es simple ó voluntario, y miserable ó necesario. El *voluntario*, se hace por el consentimiento recíproco de la persona que entrega la cosa y de la que la recibe, sin que intervenga una circunstancia extraordinaria que lo haga indispensable. El *necesario*, es el que se hace en fuerza de un accidente imprevisto, como ruina, tumulto etc., que obliga á un propietario á entregar la guarda de sus cosas al primero que se le presenta, á fin de libertarlas del peligro que amenaza. El *judicial*, es el que se hace de una cosa litigiosa, mientras se determina el pleito.

(23) Ley 2 tít. 3 Part. 5.

te se convertirá en *mútuo*, ó *comodato* (24): 3º La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito (25).

15—Del primer axioma se deduce: lo 1º que este contrato sin mudar su esencia no admite paga (26): 2º que como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia (27); y si nó, ¿quién sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaria sus cosas á otro que á un amigo, en cuya fidelidad tiene mucha confianza? Es, pues, una cosa muy detestable, que un amigo sea engañado por otro.

16—Del segundo axioma en que se asienta que solo se transfiere la guarda, se deduce: 1º Que el depositario cometerá hurto, si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. Pero 2º: puede el depósito volverse *mútuo* ó *comodato*, expresa ó tácitamente. *Expresamente*, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y *tácitamente* si una cosa funjible se entrega sin guarda, ni cerradura alguna (28), pues entonces se infiere con razon, que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género (mm).

(24) Dicha ley 2, al fin, tít. 3 Part. 5.

(25) Arg. de la citada ley 2.—(26) La misma ley 2.

(27) Ley 8 de dicho tít. 3 Part. 5.

(28) Ley 2 de este tít. ya citada.

(mm) De lo espuesto se deduce, que en el juicio universal de concurso de acreedores, el deponente es preferido como acreedor de dominio á todos los demas, como se verá mas adelante; pero si el depósito es *irregular*, el deponente no tiene mas privilejio que el de ser pagado despues de los acreedores hipotecarios, y ántes de los quirografarios ó sencillos, por haber traspasado al depositario el derecho de dominio, y aun el de posesion: ley 9 tít. 3 Part. 5.

17—Finalmente, del tercer axioma inferimos: 1º Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general (29). Dije, hablando en general, porque hay varios casos en que se obliga á mas: 1º si se pactó lo contrario: 2º cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda; y 3º cuando recibe precio por guardarla; pues en tales casos debe prestar la culpa leve (30). 2º Que mucho ménos se entenderá obligado al caso fortuito, si no es que se pacte así, ó que el depositario sea moroso en la entrega ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el depósito por utilidad solamente del que lo recibe (31).

18—Hemos dicho ya, que depósito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio, ó de otra urgente necesidad. Ahora, pues, como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al aflijido, al que en semejante depósito comete dolo, lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida (32) (nn).

19—El depósito judicial ó *secuestro* se distingue de los otros, en que se hace por lo regular invito el dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigio-

(29) Ley 3 tit. 3 cit.—(30) Ley 3, al fin.

(31) Ley 4 tit. 3 Part. 5.—(32) Ley 8 del mismo tit.

(nn) Los posaderos y mesoneros son responsables, como depositarios, de los efectos que llevan los viajeros; y así, el depósito de cuanto presentan éstos en la posada, puede considerarse como depósito *necesario*, debiendo aquellos indemnizarles de cualquier robo ó daño que se ejecutare por los criados de la casa, ó por los extraños que entran y salen, pero no de los robos hechos con mano armada ú otra fuerza mayor; ley 7 tit. 14 Part. 7.

sas (33). Tampoco lo debe entregar el depositario, hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito (34) (oo).

(33) Ley 3, en el medio.—(34) Ley 3 tít. 3 Part. 5.

(oo) El secuestro es, ó *convencional* cuando le hacen las partes por mútuo acuerdo sin mandato del juez; ó *judicial*, cuando interviene éste. Puede ser, ó no, gratuito: si es gratuito, queda sujeto á las reglas del depósito simple, y no siéndolo, es mas estrecha la responsabilidad del depositario, puesto que recibe salario, que segun el art. 12 cap. 17 de las Ordenanzas de Bilbao, puede ser *el dos por ciento* sobre el valor efectivo de los bienes que entran en su poder. El depositario *judicial* debe ser lego, llano y abonado, y tener el depósito todo el tiempo que quieran el juez ó los interesados que lo hicieron: el *extrajudicial*, puede compeler al depositante á que le exonere de él, así como éste puede sacarle de su poder, aun cuando no se haya cumplido el tiempo por que se constituyó: leyes 1 tít. 9 Part. 3, y 1 y 2-tít. 26 lib. 11 Nov. Rec. Cualquiera puede ser compelido á ser depositario judicial, no teniendo escusa legítima; pero el escribano de la causa no puede admitir depósito bajo la pena de diez mil maravedís, ni tampoco el juez: leyes 1 y 9 tít. 26 cit. Finalmente, el secuestro se ordena por el juez en los casos siguientes: 1º Por convenio de los litigantes: 2º Cuando la cosa litigiosa es mueble y el que la tiene es sospechoso, por lo que se presume que huya con ella ó la deteriore, ó si son frutos de alguna finca, que los consuma: 3º Cuando el que es condenado á entregar alguna cosa, apela de la sentencia, y su contrario recela de fuga: 4º Cuando el marido disipa la dote de su muger, pues espresándolo ésta, debe el juez deferir á su pretension, entregándola la dote, ó á otra persona para que se la administre, aunque esto no tiene lugar si el marido vá á pobreza sin culpa suya, segun la ley 29 tít. 11 Part. 4; y 5º cuando el hijo preterido ó desheredado injustamente, pretende su legítima, pues si su hermano instituido único heredero se resiste á entregársela

20—Resta explicar la accion que nace de este contrato; ésta tiene el mismo nombre y se llama *accion de depósito*, directa ó contraria. La directa, compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria, se dá al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de depósito es, que no se puede oponer escepcion, ni con título de retencion ó compensacion, espensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando éste despues de su derecho (35). Con todo, la ley de Partida asigna cuatro casos, en los cuales puede retenerse el depósito: 1º Cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio: 2º Cuando al dueño se le confiscan los bienes: 3º Cuando un ladron dá en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande; y 4º, cuando se le entregase en depósito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es (36) (pp).

con sus frutos, puede pedir que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles de que su hermano está apoderado: ley 1 tít. 9 Part. 3. Además, se agregan otros casos, como cuando hay recelo de que si no se hace el secuestro, pueden llegar las partes á las armas; ó cuando se embargan los bienes á alguno, por deudas ó daños que hubiese de satisfacer; y cuando dos ó mas litigan sobre la tenuta de un mayorazgo, cuyos bienes suelen ponerse entre tanto en secuestro: Nota 4 tít. 24, y ley 1 tít. 25 lib. 11 Nov. Rec. Véase el *ESCRICHE*, verb. *Secuestro*.

(35) Dicha ley 5 tít. y Part. citados.—(36) Ley 6.

(pp) Se advierte, que si la cosa hubiere sido deposi-



21—Resta explicar el último contrato real, y es el que se llama *prenda*, y también *hipoteca* [\*], cuya diferencia y naturaleza, explicaremos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sí, se inventó un contrato por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro, obliga á su responsabilidad, ó todos ó una parte de sus bienes. Estos, segun ya hemos explicado en otra parte (37), ó son raíces ó muebles y semovientes, ó incorporales como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligacion, se llama *hipoteca*, y aunque ambas convienen en que quedan ligados y sujetos los bienes á la obligacion constituida, se diferencian en que la *prenda* se entrega al acreedor, y la *hipoteca* permanece en poder del deudor.

tada en una iglesia ó monasterio con otorgamiento del prelado y cabildo, ó en su presencia sin contradiccion, todos estarán obligados á volverla del mismo modo, que si la hubiese recibido un particular. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de los individuos del monasterio ó iglesia, ignorándolo los demas, solo aquel estará obligado á restituirla, salvo si la cosa se hubiese convertido en utilidad del establecimiento, porque entónces todos estarán obligados como depositarios: ley 7 tit. 3 P. 5.

[\*] La palabra *prenda*, puede tener varias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en *prenda*: otras veces el contrato por el cual se constituye la *prenda*; y otras, finalmente, el *derecho en la cosa* dada en *prenda* ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion y aun sin ella, en la *hipoteca*. Si la *prenda* se considera de este último modo, nacen de allí acciones *reales*. Si como contrato, nace accion *personal*; y así vamos á tratar de ella.

(37) Tit. 2 lib. 2 de estas instituciones.

Tratarémos primeramente de la prenda, y luego de la hipoteca (qq).

22—La prenda es: *un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor á su acreedor para seguridad de la deuda, con la condicion de que pagada ésta, se le restituya su misma cosa en especie* (38).

23—Esta definicion se aclarará con los axiomas siguientes: 1º *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto, todas las que tienen precio* (39). De donde se infiere claramente, que las cosas sagradas, y demas que están fuera del comercio, no pueden ser dadas en prendas (40) (rr). 2º *En este contrato solo se trans-*

(qq) *Peño*, segun la ley 1 tít. 13 Part. 5, es *propia- mente aquella cosa que un ome empeña á otro apode- rándole de ella, é mayormente cuando es mueble*. Con- forme á esta ley, la palabra *peño* en su mas lata acepcion, comprende tanto la *prenda* en especie ó de cosa mue- ble que se entrega al acreedor, como la *hipoteca*, ó de co- sa inmueble que no se entrega. La voz *prenda*, se apli- ca no solo al contrato de este nombre, sino tambien á la cosa que se entrega, como ya se ha dicho.

(38) Ley 1 tít. 13 Part. 5.—(39) Ley 2 tít. 13 Part. 5.

(40) Leyes 3 tít. 13 Part. 5, y 10 tít. 2 lib. 1 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 5 lib. 1 Nov. Rec.

(rr) No puede ser empeñado el hombre libre; bien que si podia serlo en rehenes por razon de paz ó tregua, segun la ley 3 tít. 13 Part. 5, cuya disposicion no tiene en el día lugar entre los particulares; así como tampoco se ha dado caso alguno, de que el padre acosado por la necesidad, empeñase ó vendiese al hijo, como se lo per- miten las leyes 8 y 9, tít. 17 Part. 4. Tampoco pueden ser empeñados los bueyes, vacas, ni bestias destinadas para arar, ni los arados, herramientas, ni demas ape- ros necesarios para el cultivo de las tierras: leyes 4 tít. 13 Part. 5, 6 tít. 11 lib. 10 y 15 tít. 31 lib. 11 Nov. Rec.

fiere la posesion natural, ó la nuda detencion de la cosa (41): 3º Ambos contrayentes son utilizados en este contrato: el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha menester (42).

24—Del primer axioma se infiere: que todas las cosas, así corporales como incorporales, pueden ser dadas en prendas, con tal que estén en el comercio (43), y que el que las dá tenga derecho de enajenarlas (44); ó si la cosa es ajena la dé en prenda, con consentimiento expreso ó tácito de su dueño, ó que á lo ménos haya ratihabicion (45).

25—Del segundo se infiere: que el acreedor no puede usar de la prenda, si no es con consentimiento del deudor (46), ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado á dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á restituir todo lo que esceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario (ss). Del mismo axioma sale la distincion entre la prenda y la hipoteca, que ya hemos insinuado.

(41) Arg. de la ley 20 tit. 13 Part. 5. v. *E para esto ser bien guardado.*

(42) Dicha ley 20.—(43) Ley 2 tit. 13 Part. 5.

(44) Ley 7 del mismo tit. y Part.

(45) Ley 9 de dicho tit. 13 Part. 5.—(46) Ley 20.

(ss) Cap. 1 c. 2 de *usuris*; c 4, c. 6 de *pignoribus et aliis cautionibus* en las Decretales, y leyes 1 y 2, tit. 13 Part. 5 Véase la nota (bb), en donde se habla del pacto llamado *comisorio*, en el cual se conviene que no pagando el deudor al tiempo estipulado, se quede el acreedor con la cosa obligada en pago de su crédito: ley 12 del mismo tit. 13.

26—Finalmente: del tercer axioma sale una conclusion solamente, ésta es: que ámbos contrayentes están mutuamente obligados á la culpa leve (47); y así, si la cosa se perdiere ó empeorare por culpa levisima del depositario, ó por caso fortuito, no estará obligado á resarcir el daño (tt).

27—Las acciones que nacen de este contrato, son dos: una se llama *pignoratitia* directa, y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda (48): la segunda se dá al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda, y todos los daños causados á ella por dolo,

(47) Ley 20 tít. 5 Part. 5.

(tt) Los deberes del deudor que ha dado prenda, son: 1º dejar que el acreedor retenga en su poder la cosa empeñada, hasta el pago de la deuda: 2º darle otra prenda si la primera fuese nula: y 3º satisfacerle los gastos hechos en la conservacion y mejora útil de la prenda. Los deberes del acreedor, son: 1º cuidar de la prenda como de cosa propia: 2º abstenerse de hacer uso de la prenda, como se ha dicho: 3º restituir al deudor la prenda en el estado en que le fué entregada con sus frutos y provechos, luego que le fuere satisfecha la deuda; bajo el concepto de que podrá retenerla por razon de nueva deuda hasta que ésta le sea pagada tambien, mas no con la calidad de prenda: leyes 20, 21 y 22, tít. 13 Part. 5. El acreedor tiene asimismo las facultades siguientes: 1ª puede empeñar á otro la prenda: 2ª quedarse con ella, por su justo valor, con anuencia del dueño: 3ª venderla en almoneda, segun esplicamos en el tít. 8 del lib. 2: 4ª finalmente, puede pedir al juez se la adjudique, si puesta en almoneda no hubiese comprador; bajo el concepto de que en todos los casos se han de dar al deudor las sobras del precio de la prenda sobre el importe de la deuda, ó se podrán cobrar del mismo las faltas, si las hubiere: leyes 12, 35, 41, 42 y 44, tít. 13 Part. 5.

(48) Ley 21 tít. 13 Part. 5.

culpa lata ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos, ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda (49) (uu).

(49) La misma ley 21 de dicho tít. y Part. 5.

(uu) Se advierte por conclusion, que hecha la promesa del contrato de prenda, puede el acreedor compeler al deudor ó á sus herederos á que se la entreguen; y si éste, ántes de darle la posesion, la donare, vendiere ó empeñare á otro haciéndole su entrega, puede el primero demandarle lo que le hubiese dado por su empeño, y pudiendo cobrarlo, debe dejar en paz al segundo; mas si no lo cobrare, podrá entónces pedir la cosa al que la tuviese: bien que si el deudor la hubiese enajenado despues que el acreedor le movió pleito sobre ella, tendrá éste la eleccion de demandar el pago del crédito al deudor, ó la cosa empeñada al tercer poseedor. Si el acreedor tomase de su propia autoridad, prenda al deudor, debe restituirla á éste y pierde su derecho: leyes 11, 14 y 38 tít. 13 cit.

## APÉNDICE

## DE LA HIPOTECA.

## SUMARIO.

- 1 Qué es **hipoteca**, y cómo se divide.
- 2 Otra división de la hipoteca general ó especial.
- 3 Diferencias entre estas hipotecas.
- 4, 5 Qué bienes se entienden afectos en la hipoteca general, y cuales nó.
- 6 El fisco tiene hipoteca tacita en los bienes vendidos y demas del deudor, y en los de los que contratan con él, ó arriendan ó administran sus cosas.
- 7 La iglesia la tiene tambien por los diezmos, y los hospitales en los bienes de sus administradores.
- 8, 9 El menor y sus herederos en los de su guardador, y el hijo en los de su madre y padrastro, hasta que tenga tutor ó curador
- 10 El marido, por la dote prometida, en los del que la prometió etc.
- 11 Los hijos del primer matrimonio en los bienes de su padre ó madre que vuelve á casarse, por los que debe reservarles.
- 12 El legatario por su legado, en los bienes del que recibe la herencia
- 13 Finalmente, la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella, en los bienes del alquilador.

**L**A hipoteca, según hemos dicho, es: un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algún contrato (vv). Se divide primeramente en universal ó general, y en

(vv) La voz *hipoteca*, que la ley de Partida comprende bajo el nombre general de *peños*, es griega, y gramaticalmente significa *suposicion* en el sentido que esta palabra tiene en latin, según el cual *supositio* es la acción y efecto de poner una cosa debajo de otra, ó de sustituirla ó añadirla ó empeñarla; de suerte que, atendiendo á su etimología, *hipoteca* viene á ser lo mismo que cosa puesta para apoyar, sostener y asegurar una obligación. La hipoteca es una creación del derecho civil, y por consiguiente no tiene lugar sino en los casos y según las formas que la ley prescribe. Las causas que pueden producirla, son: 1<sup>a</sup> la ley por sí misma en ciertos casos, como la que se constituye en los bienes del marido, para seguridad de los bienes de la muger: 2<sup>a</sup> el manda-

Se gravan  
impuestos  
peños y otros  
sobre el  
cumplimiento  
to del mismo  
obliga con

particular ó *especial*. La primera, es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enajenacion. La segunda, es aquella por la cual alguno ó algunos bienes se ligan espresa y determinadamente, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque pasen á tercero poseedor, hasta que se estingue (1).

2—La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide tambien en otras cuatro maneras. La primera, es *convencional espresa*, y se llama así porque se hace por palabras y convenio del deudor, que a instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda, y cumplimiento del contrato. La segunda, es la *legal ó tácita*, y se verifica cuando, aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por ministerio y disposicion de la ley, de lo cual darémos despues los principales casos. La tercera, se llama *pretoria*, y es cuando el juez, por contumacia del reo, entrega sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su débito, como se hace en el *asentamiento* [\*]. La cuarta, es la *judicial*, y se dá

*miento judicial*, en cuya virtud se pone al acreedor, bien en la via ejecutiva ó en cualesquiera otros casos de los prevenidos por derecho, en posesion de los bienes del deudor: 3ª el *mútuo convenio* de las partes, revestido de las solemnidades prescritas por las leyes; y de aqui es que la hipoteca sea ó *legal*, ó *judicial*, ó *convencional*, que tambien se llama *espresa*, en contraposicion á la *legal ó tácita*: ley 1 tít. 13 Part. 3.

(1) Leyes 1 y 3, tít. 13 Part. 3.

[\*] Asentamiento se llama la posesion ó tenencia que

cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor (2) (xx).

3—Entre las hipotecas que hemos explicado, se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es *expresa ó tácita*, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es *pretoria ó judicial*, hasta que la haya, ó se entreguen, ó haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y así, ántes de esto, y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro, pero será preferido aquel a quien el juez los mandó entregar (3). Se diferencian entre sí la hipoteca *pretoria* y la *judicial*, en que en la *pretoria*, siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y así todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca *judicial*, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho (yy).

dá el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por la rebeldía de éste para comparecer ó para responder á la demanda. Véase el lit. 8 de la Part. 3, y el tit. 11 lib. 4 de la Rec. de Cast.; tit. 5 lib. 11 Nov. R.

(2) Leyes 1 y 23 tit. 13 Part. 5, y 1 tit. 8 Part. 3; y leyes 2 y 3 tit. 11 lib. 4 de la Rec. de Cast. Leyes 2 y 3 tit. 5 lib. 11 Nov. Rec.

(xx) La hipoteca puede ser tambien ó *principal* ó *subsidiaria*, segun que establezca en primer lugar para la seguridad del crédito, ó solo en segundo lugar, por si no fuese suficiente la primera; é igualmente puede ser *simple* ó *privilejiada*, segun que su preferencia dependa del tiempo ó fecha de su constitucion, ó de la causa por que se ha constituido. ESCRICHE, verb. *Hipoteca*.

(3) Curia Filip. lib. 2 *Comerc. terr.* cap. 3.

(yy) La hipoteca es indivisible por su *naturaleza*, y



4—Visto ya qué cosa es hipoteca y cómo se divide, resta explicar, qué bienes se entienden hipotecados en la general, y quiénes son los que la tienen tácita. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes, no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiriere, aunque no se espresé (4); como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices, sin hacer mencion de las deudas etc., no se comprenderían en dicha obligacion, por ser en cierto modo

subsiste por entero en todos, en cada uno y en cada parte de los bienes gravados; por eso se dice que la hipoteca *est in toto et tota in qualibet parte*. Una vez constituida, subsiste siempre hasta la estincion de la deuda, aunque la cosa hipotecada mude de estado, ya empeorándose como si fuese un edificio y se derribase; ya mejorándose como si fuese tierra calva, y se plantase de árboles ó majuelos: ley 13 tít. 19 Part. 3. Y no solamente subsiste á pesar de dicha mudanza de estado, sino que se estiende á todas las mejoras que á la cosa hipotecada sobrevinieren por obra del deudor ó del acreedor, ó de la naturaleza, ó por aventura ó accidente: ley 13 tít. 13 Part. 3. Si las mejoras se hubiesen hecho por un tercer poseedor de buena fé, no quedarían sujetas á la hipoteca, y el acreedor no podria en su caso despojarle de la cosa hipotecada, sin abonarle primero los gastos que manifiestamente apareciesen hechos en beneficio de ella: ley 15 citada. La hipoteca, por fin, se estiende tambien á los frutos que se hallaren pendientes, al tiempo que el deudor en su caso enajenase á un tercero la cosa hipotecada; pero no á los frutos sembrados ó producidos despues que la cosa estuviese en poder del tercero: ley 16 del mismo tít. 13.

(4) Ley 3 tít. 13 Part. 3.

tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raíces (5) [\*].

5—Mas no vienen en la obligacion general de los bienes, el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario y otras cosas de su casa, necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros, ni las prohibidas de enajenar (6) (zz).

6—Los que tienen tácita hipoteca en los bienes de otros, son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende ó que pasa de unas partes á otras, por la alcabala y derechos reales que por razón de ello le son debidos (7); y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho, real ó personal (8). Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arrien-

(5) Cur. Filíp. cap. 3 ya citado.

[\*] Empeñándose ó hipotecándose el título ó escritura de la cosa, se tiene ésta en derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se espresé. Ley 14 tit. 13 Part. 3.

(6) Ley 3 tit. 13 Part. 3.

(zz) Es un principio inconcuso en materia de hipoteca, que lo dado á uno en este concepto no puede sin su consentimiento ser empeñado á otro, y si se hiciere será nullo el segundo empeño, á ménos que bastase para responder á ámbas obligaciones; pero en caso contrario, está obligado el deudor á constituir en favor del segundo otra equivalente, y por el engaño ó *estelionato*, puede el juez imponerle pena arbitraria; y esto mismo procede cuando alguno empeña cosa ajena, ignorándolo el que la recibe en empeño: leyes 9 y 10, tit. 13 Part. 3; 6 tit. 7 y 3, tit. 16 Part. 7.

(7) Ley 8 tit. 18 lib. 9 Rec. de Cast. Ley 9 tit. 9 lib. 4 Nov. Rec.

(8) Ley 23 tit. 13 Part. 3.

dan los derechos reales ó administran sus cosas, desde el día del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mugeres de ellos, ni en su dote (9).

7—La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben (10); y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen (11). La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que comenzaren á administrar sus rentas.

8—El menor de edad y sus herederos, por razon de sus bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos, y personas que por ellos administraren la tutela (ab); y tienen lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos, y otras espensas necesarias que haga (12) (ac).

(9) Leyes 23 y 25 tít. 13 Part. 5, y ley 6 tít. 19 lib. 3 Fuero Real.

(10) Ley 26 tít. 20 P. 1.—(11) Cur. Filip. cap. 3 ya cit.

(ab) Lo dicho, se limita á los bienes heredados del mismo tutor ó curador, y no se estiende á los propios de su heredero ó sucesor, porque éstos no se hallan obligados ó hipotecados á la deuda del difunto; á ménos que el mismo heredero quiera obligarlos, ó que el difunto los obligase espresamente, y el heredero admitiese llanamente la herencia, con cuya aceptacion es visto aprobar la obligacion é hipoteca. GOYENA citado, lib. 2 tít. 53 secc. 5 n. 3674.

(12) Leyes 23 tít. 13 Part. 5, y 8 tít. 16 Part. 6.

(ac) Gozan tambien el pupilo y menor de hipoteca

9—Si la muger viuda, siendo tutora ó curadora de sus hijos y de su difunto marido, se casare otra vez, desde entónces los bienes de ella, y los del con quien casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion (13); y así, para evadirse de esta obligacion el segundo marido, ántes de casarse haga que se les dé curador y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

10—Tambien tiene tácita hipoteca el marido de la muger, por la dote que le es prometida con ella en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe (14); y lo mismo es por los bienes *parafernales* que fuera de la dote recibe de ella (15). Del mismo modo, tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido, por las arras y donacion *propter nuptias*, desde que se constituyen (ad).

11—Si el marido ó la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde en-

tácita en la cosa que otro compró con dinero de ellos, no obstante que segun las leyes, se hace del comprador la cosa comprada con dinero ajeno, y no queda hipotecada á su solucion, á ménos que se pacte lo contrario; y dicha hipoteca tiene lugar, aunque con el dinero del pupilo ó menor se compre alguna cosa para utilidad de otro pupilo, porque el privilegio de éste, no estingue el suyo: ley 30 tít. 13 Part. 5.

(13) Ley 26 tít. 13 Part. 5.

(14) Ley 23 tít. 13 Part. 5 —(15) Ley 17 tít. 14 P. 4.

(ad) Del mismo derecho ó beneficio de hipoteca tácita gozará la muger, por los alimentos que su marido debe darle, mas no por su mitad de gananciales. GOYENA, lug. cit., n. 3682.

tónces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matrimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles (16) (ae).

12—El legatario, por el legado ó manda que le es dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia (af); y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armason ó refaccion de

(16) Ley 26 tít. 13 Part. 5.

(ae) Bienes *reservables* son los que el cónyuge que sobrevive, si contrae nuevo matrimonio, tiene obligacion de reservar ó guardar para los hijos que tuvo en el primer matrimonio. Tales son, todos los bienes que hubiere adquirido del consorte difunto por cualquier título lucrativo, ya universal, como sucesion por testamento ó abintestato, ya singular, como arras, donacion legado ó fideicomiso; y asimismo, los que hubieren heredado abintestato de alguno de dichos hijos, con tal que éste los hubiese heredado ántes del difunto padre ó madre, como tambien los dos tercios de la herencia testamentaria que como heredero forzoso hubiere recibido de algun hijo, mas no el otro tercio que éste le hubiere dejado por propia voluntad; ni ménos su mitad de ganancias adquiridos durante su primer matrimonio: leyes 6 tít. 1 lib. 3, y 2 tít. 4 lib. 4. Fuero Juzgo; 1 tít. 2 lib. 3 Fuero Real; 26 tít. 13 Part. 5, y 6, 14, y 15 de Toro, y glosas de Gomez. Mas la obligacion de reservar estos bienes, cesa: 1º Si el cónyuge difunto concedió al sobreviviente licencia, para volverse á casar: 2º Si los hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, dieren su consentimiento para el segundo enlace: 3º Si al tiempo de la muerte del cónyuge sobreviviente, no existiesen ya sus dichos hijos ni descendiente de los mismos. En estos casos gana la propiedad de los bienes reservables el cónyuge viudo, que fuera de ellos, solo tendría el usufructo en caso de casarse. ESCRICHE, en la palabra *Bienes reservables*.

(af) Siendo de advertir, que los legados píos gozan de

nave, casa ú otro edificio, convirtiéndose en esto, y constando de ello (17).

13—Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en ella, en los bienes del alquilador (18), y en las cosas introducidas por el arrendatario en el predio rústico, con sabiduría del señor ó del que le dió en arriendo (ag).

preferencia respecto de los que no lo son, á ménos que esté en contrario la voluntad espresa ó presunta del testador. GOYENA allí, n. 3686.

(17) La misma ley 26 citada, y la 28 allí.

(18) Ley 5 tít. 8 Part. 5.


(ag) Por conclusion diremos, que la hipoteca y la prenda, convienen: 1º en que ambas se conceden á los acreedores para mayor seguridad de sus créditos: 2º en que así la una como la otra, consisten en un derecho sobre una cosa, para el caso de que no se pague la deuda: 3º en que ninguna de las dos puede empeñarse á otro acreedor, en perjuicio ó contra la voluntad del primero. Pero se diferencian: 1º en que la *prenda* consiste regularmente en cosas muebles, y la *hipoteca* en raíces: 2º en que la *hipoteca* se constituye sin tradicion, pues que la cosa hipotecada queda en poder del deudor; y la *prenda* no se constituye sino mediante tradicion, pues que la cosa empeñada ó prometida en prenda, se entrega al acreedor; leyes 1 y 10 tít. 13 Part. 5; y ESCRICHE, verb. *Hipoteca*.

## TÍTULO XVI.

## DE LAS PROMESAS U OBLIGACIONES DE PALABRAS.

## SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Aunque por derecho romano, el contrato verbal requería ciertas solemnidades, el español solo exige la voluntad de obligarse. | 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11. Axlomas.                    |
| 2 3 Qué es pacto ó <b>promesa</b> , y cómo puede hacerse ésta.   | 12 Cosas que pueden ó no prometerse.               |
| 4 Modos como pueden hacerse las promesas.  | 13 Qué se necesita para que la promesa sea válida. |
|  | 14 Penas que pueden ponerse en las promesas.       |
|  | 15 En qué casos no debe pagarse la pena.           |

 UNQUE por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podían contraer de otra suerte que mediante estipulación, la cual era un contrato verbal que debía estar acompañado de varias solemnidades, como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas; nuestro derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo, que no haya diferencia entre *pacto*, *promesa* y *estipulación* (ah), y que derivándose semejantes obligaciones y toman-

(ah) La palabra *pacto* viene de *paccion*, y de aquí el nombre de *paz*; mas segun los etimologistas, todas estas voces tienen un origen comun, es á saber, su analogía y consonancia con el ruido que hacen dos hombres tocándose las manos en señal de paz, de amistad, y de concierto. La *promesa* y la *estipulación* se comprenden bajo el nombre de *promision* de que usa la ley de Partida; pero *estipular* se opone á *prometer*: el que pregunta á otro si quiere darle ó hacerle tal ó cual cosa, se dice que *estipula*; y el que responde accediendo á dar ó hacer lo que se le pide, se dice que *promete*. De aquí es, que la convencion que resulta de la pregunta y respuesta, puede llamarse indiferente-

do su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió, cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano (1).

2—Es, pues, el pacto ó promesa: *un contrato por el cual una persona promete á otra, que le ha de dar ó hacer alguna cosa, en que convienen, con intencion de obligarse* (2). Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambíguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras (ai). Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que

*mente estipulacion ó promesa. Estipular* viene, segun unos, de la palabra latina *stipes* que significa *tronco*, ó de *stipulum* que significa *firme*, por razon de la firmeza y estabilidad que adquiria la convencion con la pregunta y respuesta; y segun otros, trae su origen de *stipula*, que significa *paja*, porque los antiguos, en señal de la conclusion y perfeccion de sus contratos, partian una paja.

(1) Ley 2 tít. 16 lib 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec., que corrige y deroga la 2 tít. 11 Part. 5.

(2) Ley 1 tít. 11 Part. 5.

(ai) La promesa ha de ser seria, deliberada, afirmativa y sin ambigüedad, y en el caso que esté ausente aquel á quien se hace, valdrá revocablemente hasta que acepte, y despues de su aceptacion, de un modo irrevocable. La promesa todavia no aceptada se llama *policitacion*, la cual por lo mismo no produce obligacion alguna.



no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse [\*].

3—Segun lo dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan, y si no están presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensagero cierto; y siempre valdrá aunque sea por deuda ajena, y estará obligado á pagarla (3) (aj).

4—Las promesas pueden hacerse *puramente, bajo de condicion ó á dia cierto*; la cual division es clara, segun lo ya explicado en el título de los lega-

[\*] No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y así, aun la ley 2 tít. 11 Part. 5, que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno, siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: *por qué no?* queda obligado como si dijese: *prometo*.

(3) Leyes 1, 2 y 3 tít. 11 Part. 5, y 2 tít. 16 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(aj) *Paresciendo*, dice la ley 1 tít. 1 lib. 10 de la Novísima Recopilacion, *que alguno se quiso obligar á otro por promision ó por algun contrato ó en otra manera, sea tenudo (obligado) de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fué hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daría otro ó haría alguna cosa; mandamos que todavia vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.*

dos, y de las instituciones de herederos (4).

5—Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas. 1.º *Cuando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiciera bajo de condicion, no se podrá pedir ni habrá obligacion de pagar hasta que se cumpla la condicion puesta* (5). La razon es clara; porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y así donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y así queda al arbitrio del juez señalar hasta cuando podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar (6).

6—2.º *La condicion imposible vicia la estipulacion* (7). La razon ya la hemos dado en otra parte, porque el que consiente en semejante condicion, ó está loco ó se burla.

7—3.º *Si la condicion imposible fuere negativa, v. g. te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal* (8). La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede, ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y así es lo mismo

(4) Ley 12 tít. 11 Part. 5.

(5) Ley 12, v. *la tercera manera de promision*, y ley 14 del mismo título.

(6) Ley 13, al principio, tít. 11 Part. 5.

(7) Véase á Gregorio Lopez en la ley 17 tít. 11 P. 5 v. *si no tangeres*, núm. 2.

(8) Ley 17 tít. 11 Part. 5.

que si se hubiese prometido sin condicion.

8—4.º *Cuando se promete á dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado* (9) (ak). Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada año, cuando se promete dar ó hacer alguna cosa *cada año*; y se deberá cumplir al principio del año, cuando se prometió darla ó hacerla todos los años de su vida (10).

9—5.º *El dia incierto del cual no se sabe si llegará, equivale á condicion*. La razon es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se hubiera prometido bajo de condicion, y asi ninguna diferencia hay si yo digo á otro: te daré cien pesos el dia que te hagan presidente, que si dijese; te daré cien pesos si te hicieren presidente.

10—6.º *La condicion negativa suspende el efecto de la promesa hasta la muerte*. V. g., si yo di-

(9) Leyes 14 y 17 tít. 11 Part. 5.

(ak) Pero lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse; porque el deudor ha pagado lo que realmente debía, siendo indudable que el plazo ha de llegar; á diferencia de lo que se paga, pendiente la condicion, por ser posible que no se cumpla: leyes 14 y 17 cit. El plazo siempre se presume estipulado á favor del deudor, por considerarse un término que se le concede para que pueda libertarse de la deuda y obligacion con mas desahogo; á no ser que de la estipulacion ó circunstancias resulte claramente que se ha convenido tambien en utilidad del acreedor. De consiguiente, el deudor tiene facultad para pagar antes del vencimiento del plazo, puesto que cada cual puede renunciar su derecho, siempre que de ello no se siga perjuicio al acreedor. ESCRICHE, verbo *Obligacion á dia ó á plazo*.

(10) Ley 15 del mismo tít. 11.

jere á Ticio: te daré cien pesos, si no contrajeres matrimonio; en este caso nada recibirá miéntras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte, en virtud de la *caucion Muciana*, pero ésta no tiene lugar en los contratos.

11—7.º *En la promesa condicional se transmite la esperanza á los herederos* (11); y así, si se me ha prometido dar ó hacer alguna cosa, si tal nave viniere de Cádiz á Honduras, y muero antes que se cumpla esta condicion, mis herederos, si se cumplieren, la podrán pedir (12) (al). Al contrario sucede en los legados, porque el legatario, antes de la muerte del testador, no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á los herederos; mas el estipulante lo tiene, fundado en el consentimiento (am).

12—De cualquiera cosa que uno tenga suya, y haya costumbre de enajenarse, ya sea mueble ó raiz, como vestidos, alhajas de plata, oro ú diamantes, tierras, casas, viñas, nacidas ó por nacer; v. g., frutos, partos de siervas ó de ganados, se puede hacer promesa válidamente, aunque sea de lo no nacido, con tal que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será válida, si no es que el *no nacer* provenga de culpa del promitente (13).

13—Para que la promesa sea válida, la ha de ha-

(11) Ley 14 tít. 11 Part. 5.—(12) Dicha ley 14.

(al) Si el acreedor ó el deudor muriese ántes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus respectivos herederos los efectos de la obligacion, por la regla general de que, el que contrae, contrae para sí y para sus herederos: *qui contrahit, sibi et suis hæredibus contrahit*.

(am) Leyes 11 tít. 14 Part. 3, y 34 tít. 9 Part. 6.

(13) Ley 20 tít. 11 Part. 5.

cer el promitente de su libre y espontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho ó buenas costumbres, porque si lo fuere ó interviniere dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe; no valdrá, aunque en ella interponga pena ó juramento (14). Mas si el promitente practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo; antes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenia (15).

14—Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser o convencional ó judicial. *Convencional* se llama, la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena ó el cumplimiento de la promesa (16). La pena *judicial* es la que se impone sobre promesa hecha en juicio; v. g., cuando uno fia á otro ante el juez, que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio, bajo de cierta pena (17).

15—Aunque la promesa no valga, se debe pagar la pena impuesta segun derecho (18); si no es que

(14) Leyes 28 y 31 tít. 11 Part. 5; 4 tít. 10, y 7 tít. 33 Part. 7, y 2 tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(15) Ley 28 tít. 11 Part. 5.

(16) Ley 35 tít. 11 Part. 5.—(17) Ley 36, allí.

(18) Ley 38, al principio, tít. 11 Part. 5.

la nulidad de la promesa ó su defecto de valor, pro-  
venga de ser hecha contra ley ó buenas costumbres  
(19), ó sobre matrimonio (20), ó por ser usuraria  
(21) ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño (22).

## TÍTULO XVII.

### DE LA OBLIGACION CORREAL.

#### SUMARIO.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Qué se entiende por obligacion<br>correal. | 4 Excepcion de esta regla.                        |
| 2 3 Regla sobre esta materia.                | 5 Efectos que produce la obliga-<br>cion correal. |

**N**o solo uno, sino tambien muchos pueden re-  
cibir promesas hechas a su favor, ó hacerlas ellos á  
otro: de suerte que hay casos en que dos ó mas  
prometen á uno, o este uno promete á dos ó mas, y  
esta es la que llamamos *obligacion correal* (an).

2—Ésta materia, que parece bastantemente os-  
cura, se hará clara si atendemos á una regla, y con-  
siguientemente á su excepcion.

(19) Dicha ley 38.—(20) Ley 39.—(21) Ley 40.

(22) Ley 28 de dicho tít. y Part.

(an) En el derecho romano se llaman *córréos* de la  
palabra *re*, que significa *cosa*, los que prometen *in so-  
lidum* una misma cosa, ó los que la estipulan tambien  
*in solidum*; con la diferencia de que los que la pro-  
meten se dicen *correi promittendi* ó *debendi*, y los  
que la estipulan se denominan *correi stipulandi* ó *cre-  
dendi*. Nosotros llamamos á los primeros *deudores so-  
lidarios*, y á los segundos, *acreedores solidarios*. La  
obligacion que resulta de la promesa hecha *in solidum*  
ó mancomunadamente por dos ó mas personas, se di-  
ce en el derecho romano *correal*, y entre nosotros *so-  
lidaria*. Véase el Diccionario de Escriche, palabra *O-  
bligacion solidaria*.

3—La regla es esta: *cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada una se le debe prorata* (1). V. g., si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta; y si á Ticio y á mí se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir, que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida (2).

4—De esta regla se exceptúa la obligacion *correal*; y así, si dos prometen la misma cosa á uno ó á muchos, de tal suerte, que cada uno consienta en quedar obligado por el todo; será legítima la obligacion, y se llamarán *córreos de prometer*. Del mismo modo, si se promete á muchos á un tiempo una misma cosa, de tal suerte, que el promitente se obligue á cada uno por el todo; valdrá tambien su obligacion, y se llamarán *córreos de estipular* (3).

5—Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1º es, que cada uno de los córreos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte, que no tiene necesidad el acreedor de reconvenírlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de ellos, y hacer que le pague toda la cantidad (4). El 2º efecto es, que pagando el uno de ellos, se libran los demas, aunque cada uno deba el todo (5). La razon es, porque habiendo conseguido el acreedor todo lo

(1) Ley 1, en el principio, tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 10 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec., y ley 10 tít. 12 Part. 5.

(2) Dichas leyes.

(3) Ley 1, en el medio, tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 10 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(4) Dicha ley 1 tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 10 cit.

(5) Ley 8 tít. 12 Part. 5.

que se le debía, no tiene ya accion para cobrar otra cosa. 3.º Que semejantes córreos no gozan del beneficio de *division*, aun quando no lo hayan renunciado espresamente, ni las leyes que favorecen á los deudores (6).

## TÍTULO XVIII.

### DE LAS PROMESAS DE LOS SIERVOS.

**E**N este título no se trata cosa, que no se haya explicado ya en otra parte. Por derecho de Partidas todo lo que el siervo adquiria, de cualquier manera que fuese, lo adquiria para su señor, como una accesion ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil (1). Mas como por derecho de Indias pueden tener peúulio, y aumentarlo con lo que adquieran para sí (2) [\*]; se sigue que en lo tocante á él, pueden prometer y pactar libremente, quedando en todo lo demas obligados al servicio de su señor, para quien adquieren, como antiguamente estaba establecido (3), pues solo se ha hecho en esta parte la mutacion de darles algun tiempo para que trabajen para sí.

(6) Ley 1 tit. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 10 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec., y ley 10 tit. 12 Part. 5.

(1) Ley 7 tit. 21 Part. 4.

(2) Arg. de la real cédula de 31 de mayo de 1789.


[\*] Téngase presente, siempre que se cite esta real cédula, que se halla suplicada, segun se ha dicho en otra parte. Véase la nota última, pág. 123 del tomo 2.

(3) Leyes 3 tit. 29 Part. 3, y 7 tit. 21 Part. 4.



## TÍTULO XIX.

### DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.


 este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podía sustituir está ya explicado en los títulos anteriores, ó se explicara en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en *puras, ó á dia cierto ó bajo de condicion*: éstas, ó son *válidas*, de las que hemos tratado, ó *inútiles*, las que veremos luego.

## TÍTULO XX.

### DE LAS PROMESAS INÚTILES.

#### SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| 1 Causas por las cuales se inutilizan las promesas. | 3 Qué cosas no pueden prometerse.                         |
| 2 Quiénes pueden ó no prometer.                     | 4 Del modo de contraer la obligación para que sea válida. |

 AS promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas: 1ª por las personas de los contrayentes, si éstas no se pueden obligar: 2ª por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si éstas, v. g., estan fuera del comercio, ó no estan sujetas á la disposicion de los contrayentes; y 3ª por el modo ú forma del pacto.

2—Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa, sirva de regla el axioma siguiente: *todos aquellos que no pueden consentir, son incapaces de pactar ó prometer*. De aquí se infiere: 1º Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los

sordos y mudos juntamente (1); todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otros, por falta de consentimiento. 2º Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador; pero no prometer (2). La razon es, porque cuando prometen se obligan, y así hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas, obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3º Tampoco vale la promesa hecha por el pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso (3). Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada, sin licencia de su marido ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre é hijo, á no ser que se haga de los bienes castrenses ó cuasi castrenses (4).

3—Por razon de las cosas no es válida la promesa cuando se hace: 1º de todo aquello que no está en el comercio, v. g., los templos, las plazas públicas etc.: 2º cuando es cosa que ni existe ni puede existir; pero si se prometen los frutos de una heredad, que estan todavia por nacer, es válida la promesa (5): 3º la cosa que es ya nuestra, inútilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar, ni hacerse mas nuestra: 4º es inútil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ó de otra manera imposible (6): 5º por lo que hace á la promesa de hecho ajeno, valdrá segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es, á dar ó ha-

(1) Ley 4 tít. 34 Part. 7.

(2) Ley 4 tít. 11 Part. 5.—(3) Ley 5, allí.

(4) Leyes 2, 3, 4 y 5 tít. 3 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 11, 12, 13 y 14 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec., y 6 tít. 11 P. 5.

(5) Ley 20 tít. 11 Part. 5.—(6) Ley 38, allí.

cer en defecto del otro, ó solamente á procurar que el otro dé ó haga (7).

4—Por razon del modo de contraerse la obligacion, no teniéndose consideracion por nuestro derecho á otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otro, ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que se pide; y solo será inútil por ambigüedad de las palabras, ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse (8).

## TÍTULO XXI.

### DE LAS FIANZAS Y FIADORES.

#### SUMARIO.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Qué es fianza.   | mas que el deudor principal.  |
| 2 Axiomas que nacen de esta definicion.                                    | 8, 9, 10 Efectos de las fianzas.  |
| 3, 4, 5 Quiénes pueden ser ó no fiadores.                                  | 11, 12 Beneficios que competen á los fiadores.  |
| 6 Los fiadores pueden darse para toda especie de contratos y obligaciones. | 13 Distinciones de casos para saber el tiempo y modo en que los fiadores pueden pedir la carta de lasto ó pago. |
| 7 El fiador no puede obligarse á   |   |

**L**A fianza es: un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó á cumplir la obligacion de otra; y fiador se llama aquel que da su fé y seguridad, prometiendo á otro hacer ó pagar alguna cosa, por ruego ó mandato del que le mete en la fianza (1) (ao).

(7) Leyes 11 tít. 11 Part. 5, y 2 tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(8) Ley 2 tít. 11 Part. 5.

(1) Ley 1 tít. 12 Part. 5.

(ao) *Fiaduras facen los omes entre sí*, dice en el

2—De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas, que aclaran casi cuanto hay que decir sobre esta materia. 1º *La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento* (2). 2º *La fianza es un negocio civil y propio de solos los hombres* (3). 3º *La fianza es un contrato accesorio* (ap), pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con qué pagar (4).

3—Veamos ahora quienes pueden ser ó no fiadores. Segun el primer axioma, pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue, pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen; los pródigos, que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores, sin licencia de su padre ó curador (5).

proemio la ley 1 citada, *porque las promisiones é los pleitos que facen, ó las posturas sean mejor guardadas*. La fianza puede ser legal, judicial ó convencional: *legal* es la que se dá por disposicion de la ley, como en el usufructo y la tutela: *judicial*, la que se dá en ciertos casos por decreto ó sentencia del juez, como las que tienen lugar en la via ejecutiva; y *convencional*, la que se presta por mera voluntad y conveniencia de los contrayentes.

(2) Arg. de la ley 2 tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(3) Ley 2 tít. 12 Part. 5.

(ap) Aunque la fianza es una obligacion *accessoria*, no solo puede constituirse al mismo tiempo y despues de la obligacion principal, sino tambien antes que ésta, en cuyo caso se considerará condicional: ley 6 tít. 12 Part. 5.

(4) Ley 5, allí.—(5) Arg. de la ley 1 tít. 12 Part. 5.

4—Atendido el segundo axioma, no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos reglares, ni los caballeros ó soldados, que estan en el real servicio, especialmente de recaudadores de rentas reales, ni los siervos, á ménos que tengan peculio, y en este caso podrán serlo hasta en su importe y nada mas (6). Los clérigos seculares ordenados *in sacris*, solo pueden fiar á otros clérigos, á iglesias ó á personas miserables (7) (aq). Del mismo axioma se deduce, que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se lo prohíbe espresamente el derecho, así en consideracion al decoro de su sexo, como tambien al peligro á que se espondrían de verse reducidas á pobreza, por algunas fianzas incautas (8). Mas si la muger otorgare la fianza, será válida en los casos siguientes: 1º Por causa de libertad, v. g., fiando á un esclavo por el precio de su rescate (ar): 2º Por razon de dote, v. g., si la ofrece á otra muger para casarse: 3º Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora y estando cerciorada del auxilio del derecho, fia no obstante, renunciandolo de su espontanea voluntad: 4º Si subsiste en la fianza dos años y despues de cumplidos la renova, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito (9): 5º Si re-

(6) Ley 2 tit. 12 Part. 5.—(7) Ley 43 tit. 6 Part. 4.

(aq) Bien que si fiasen á otras personas, valdrá la fianza en cuanto importen sus bienes patrimoniales, aunque sus prelados podrán imponerles pena por haberla prestado: leyes 43 cit. y 2 tit. 12 Part. 5.

(8) Ley 2 tit. 12 Part. 5, al fin

(ar) Gregorio Lopez, glos. 9 de la ley 3 tit. 12 cit., juzga ser mas probable, que la cantidad del precio se repunte por el arbitrio del juez.

(9) En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad.

cibe precio por ser fiadora: 6º Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon: 7º Si fia por su hecho propio, v. g., á quien la fió ó por su utilidad, ó en otra manera semejante: 8º Si es instituida por heredera de los bienes del que fió (10): 9º Por rentas reales; y se advierte, que si algun casado las toma en arrendamiento ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido (11), pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho (as).

(10) Véase la ley 3 tít. 12 Part. 5.

(11) Ley 27 § 5 tít. 11 lib. 9 Rec. de Cast. Véase la ley 2 tít. 11 lib. 10 Nov. Rec.

(as) Los *labradores*, que son los que por sí mismos ó por sus criados y familia se dedican al cultivo de la tierra, tampoco pueden ser fiadores sino solo por los de su estado y clase, como tambien para seguridad de los intereses de la hacienda pública y del manejo y administracion de los dependientes de ella: leyes 6, 7 y 8 tít. 11 lib. 10 Nov. Rec. Los principales privilegios que les estan concedidos son: I. No poder ser ejecutados en sus bueyes, mulas, ni otras bestias de arar, ni en los aperos, aparejos ó instrumentos destinados á la labranza, ni en sus sembrados ni barbechos, ni en sus granos que todavia no estuvieren entrojados; escepto por las contribuciones debidas al Estado, por rentas de las heredades ó por lo que el dueño de estas les dió para el cultivo; y aun en estos tres casos han de carecer de otros bienes; y si no tienen mas que un par de bueyes ú otras bestias de labranza, no pueden ser ejecutados en él, ni aun por los tres casos mencionados. Tampoco pueden ser ejecutados en cien cabezas de ganado la-

5—Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger, cuando renuncia espresamente su privilegio, esto no se entiende para que pueda ser

nar, que les han de quedar siempre reservadas, si no es por deuda del diezmo, ó del sustento del mismo ganado. II. Gozan igualmente del beneficio de no poder ser presos por deuda que no proceda de delito ó cuasi delito; bien que este privilegio ha dejado de serlo porque ya es una disposicion general. El juez ó ejecutor que contraviniere á estas disposiciones incurre en suspension de oficio por un año, y el acreedor que lo pidiere, pierde la deuda, quedando el labrador libre de ella: leyes 15, 16 y 17 tít. 31 lib. 11 Nov. Rec., y art. 10 del decreto de Córtes de 8 de junio de 1813. III. No pueden renunciar su fuero ni someterse á otro por ninguna deuda: leyes 6 y 7 tít. 11 lib. 10 Nov. Rec. IV. No se les han de tomar sus carros, carretas ni bestias, si no es para el servicio nacional ó necesidad pública, y entónces pagándoles primero de contado el alquiler que pareciere justo á la justicia, segun las circunstancias: ley 25 tít. 21 lib. 4 Recop. de Cast. art. 9. V. No están obligados á volver los granos que se les prestan para sembrar, ú otras necesidades, en la misma especie, pues cumplen con satisfacerlos en dinero segun la tasa; á no ser que al tiempo de la paga, ellos mismos de su voluntad escojan pagarlos en especie: leyes 5 tít. 8 y 7 tít. 11 lib. 10 Nov. R.; pero se advierte que las *tasas* estan abolidas por el decreto de Córtes ya citado. VI. No pueden obligarse como principales ni como fiadores del señor del lugar en cuya jurisdiccion vivieren; y las escrituras que otorgaren contra este y sus demas privilegios, serán nulas y el escribano incurrirá en la pérdida de su oficio: ley 6 tít. 11 lib. 10 Nov. Rec. Véase el art. 56 de la *Instruccion de Corregidores* y cédula de 15 de mayo de 1788, en que se encarga el cuidado de que se guarden á los labradores los privilegios concedidos por las leyes, fomentando la agricultura, por todos los medios imaginables y oportunos.

fiadora por su marido, si fuese casada, ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion (12) (at).

6—Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte, puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente, y sí el fiador; v. g., si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio (13). Se esceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres; y así, si uno saliese de fiador por una muger, que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho, no quedaría obligado por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdría la obligacion que hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor, que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad, sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor se-

(12) Ley 9 tit. 3 lib. 5 Rec. de Cast., que es la 61 de Toro. Ley 3 tit. 11 lib. 10 Nov. Rec.

(at) La ley 3 citada establece en efecto, que las mugeres no pueden ser fiadoras de sus maridos, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ellas; y manda que cuando se obligaren de mancomun marido y muger, en un contrato ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella; pues entónces será obligada á prorata del dicho provecho; pero si lo que se convirtió en provecho de ella, fué en cosas que el marido estaba obligado á darla, así como en vestirla y darle de comer, y las otras cosas necesarias, manda que por eso no sea ella obligada á cosa alguna.

(13) Ley 5 tit. 12 Part. 5.



mejante obligacion y cualesquiera contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera cláusulas y firmezas (14) (au).

7—Del mismo axioma se deduce que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal [\*], pues sería cosa ridícula que yo debiese cien pesos, y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho, será nula la fianza en que el fiador se obligue á mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el exceso. Este puede ser de cuatro maneras: por *cantidad*, por *razon de lugar*, por *tiempo* y por *razon de algun nuevo*

(14) Ley 22 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 17 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(au) La emancipacion de un menor no le habilita para obligarse como fiador, y aun el que ejerce un cargo á virtud de dispensa de edad puede restituírsele contra una fianza que hubiese hecho, si no es que fuese relativa al desempeño de su cargo. Igualmente un menor mercader no puede hacerse fiador de otro mercader, porque como tal solo por los negocios de su comercio puede contraer sin esperanza de restitution. El único caso en que es válida la fianza de un menor, es cuando la otorga para sacar á su padre de prision, mediante á que entónces cumple con un deber prescrito por la naturaleza; si bien esto ha de entenderse no pudiendo el padre obtener su libertad por medio de la cesion, ó no ocasionándose un perjuicio considerable en los bienes ó caudal del hijo. GOYENA, lib 2 tít. 50 secc. 4 n. 3479.

[\*] Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y así, segun decíamos poco ántes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente; puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

*gravámen añadido à la obligacion.* Se obligará en mas del primer modo, quando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo modo, quando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado, el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, quando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve tiempo que el que debia el principal. Y del cuarto, quando el fiador prometière pagar puramente, debiendo el principal bajo de condicion (15). Verdad es que, atendida la ley de la Recopilacion, que establece: que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentó obligarse (16), no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal, y así fué su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion, y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse; pero no, si por ignorancia ó equívoco se obligó á mas (av).

8—Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es quedar el fiador obligado á pagar, no haciéndolo el deudor en el tiempo que de-

(15) Ley 7 tit. 12 Part. 3.

(16) Ley 2 tit. 16 lib. 3 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(av) El fiador debe ser *lego, llano y abonado*, esto es, que no goce de fuero ni privilegio alguno y que posea bienes suficientes, de modo que pueda responder de la deuda, en defecto del deudor principal ante el juez que corresponda: ley 1 tit. 18 lib. 3 del Fuero Real. Y en caso de que el deudor obligado á dar fiadores no presente sujetos de las calidades requeridas, podrá el acreedor demandar la rescision del contrato con daños y perjuicios: leyes 3 tit. 6 Part. 3, y 14 tit. 10 lib. 9 del Fuero Real.

bia (17). Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion *simplemente*, esto es, prorata, ó cada uno por el todo; como fiadores ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar a proporción la parte que les toque; y si se obligan *por el todo*, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó a prorata á su eleccion, y pagándole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda (18).

9—Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la *division*, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos prorata, quedarán obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligado así (19). Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podran ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán: 1º Cuando renuncian tambien el beneficio de la *escusion*, pues entónces no necesita el acreedor hacer constar, para demandarlos, que el deudor no tiene bienes: 2º Cuando éste es notoriamente pobre; pues entónces deben absolutamente pagar por él (ax): 3º Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso, si piden término al juez para presentar-

(17) Ley 8 tít. 12 Part. 5.

(18) Leyes 8 y 10 tít. 12 Part. 5.

(19) Gregorio Lopez en la ley 8 tít. 12 Part. 5. Febrero, *Librería de escrib.* cap. 4 § 5 núm. 127.

(ax) Gomez, lib. 2 *Var.* cap. 43 núm. 13.

lo, se les concederá; y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado: 4º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado: 5º Cuando no oponen la escepcion de la *escusion* antes de la contestacion: 6º Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente, por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero (20).

10—Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda ajena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal y renunciando el beneficio de la *escusion* en sus bienes, pueden ser reconvenidos prorata antes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la división, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga á tanto queda obligado (21).

11—Los beneficios que competen á los fiadores, y de que ya hemos hecho mencion, son tres: 1º el beneficio de *division* (ay): 2º el de *orden* ó de *escu-*

(20) Ley 9 tít. 12 Part. 5. Febr. *Libr. de escr.* cap. 4 § 5 núm. 127.

(21) Ley 2 tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(ay) Algunos autores son de opinion que este beneficio no tiene lugar en el dia, porque ó los fiadores se obligaron *simplemente*, y entónces no pueden ser reconvenidos sino prorata, conforme á la ley 10 tít. 1 lib. 10 Nov., ó se obligaron *in solidum*, y entónces puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, segun la 8 tít. 12 Part. 5.; debiendo tenerse por inútil en el pri-

tion: y 3º el de *cesion de acciones*. El beneficio de la division tiene lugar, cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entónces si todos tienen con qué pagar, no estará obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará prorata la parte que le toque (22). El beneficio de orden ó de escusion, se diferencia bastante del anterior, pues con éste intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda (az).

mer caso la escepcion de la *division*, y por renunciada tácitamente en el segundo. Véase el Febrero de Goyena, lib. 2 tit. 50 secc. 5 n. 3494, en donde dice: Negamos absolutamente el beneficio de division á los fiadores y deudores principales cuando se obligaron *in solidum*; los eximimos de toda responsabilidad por la ausencia ó insolvencia de sus compañeros, cuando se obligaron *simplemente*."

(22) Ley 10 tit. 12 Part. 5.

(az) Además de los casos de renuncia del fiador é insolvencia del deudor, que se han indicado ya, no tiene lugar este beneficio cuando el acreedor del deudor principal, es al mismo tiempo deudor del fiador, y demandado por éste para el pago de su crédito particular, quiere compensarlo con el suyo contra el deudor principal; ni cuando la fianza recayó sobre una obligacion puramente natural, y á cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor en juicio; ni cuando el deudor principal obtuvo moratoria (hoy no puede concederla el príncipe); ni si el fiador negó serlo, ó puso algun impedimento para la escusion de los bienes del principal; ni tampoco, en fin, cuando tiene en su poder bienes del mismo, bastantes para cubrir la deuda, ó recibió de él anticipadamente la cantidad por que salió fiador: GOYENA, lug. cit. secc. 6 núm. 3501.

12—El tercer beneficio es, que el fiador no esté obligado á pagar, sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe, pues, el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales o hipotecarias; y asimismo dar poder al fiador para exigir del deudor principal y demas fiadores, lo que pagó por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto* (23); y tambien entregarle todos los titulos de legitimidad del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelación y seguridades; porque si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe, pues, el fiador ser compelido á pagar, hasta que se le dé el *lasto*, no obstante que esté condenado al pago por ejecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al que lo renuncia, y así solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio (ea).

13—Para que se entienda mejor el tiempo y mo-

(23) Ley 11 tít. 12 Part. 5. La palabra *lasto* viene, segun algunos autores, del verbo latino *luo*, que significa *pagar*.

(ea) La cesion de acciones solo tiene lugar cuando los fiadores son *solidarios*, es decir, cuando cada uno de ellos está obligado *al todo*; pues si son fiadores *simples* no estarán obligados sino cada uno por su parte, y así, el que cubrió la deuda por entero, no puede pretender la cesion de acciones para recobrar la mitad que pagó por el otro, porque si la pagó ignorando que solo estaba obligado á su parte, la podrá repetir del acreedor, como pagada indebidamente; y si lo hizo sabiéndolo, se juzgará que la quiso dar: leyes 11 tít. 12, y 43 tít. 13 Part. 5.

do con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga (eb). La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda, sin expresar por quién la satisface; si por el deudor principal, ó por sí, como tal fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entónces no lo hace, no puede pedírselo despues, si no es que antes pactasen que se lo habia de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y así solo tendrá contra éste el regreso por la accion *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal, le competirá únicamente contra él la ac-

(eb) Debe tenerse presente que la fianza no se acaba con la muerte del fiador, sino que pasa á sus herederos, los cuales no podrán ser reconvenidos sino en proporcion á la parte en que lo son: ley 16 tít. 12 Part. 5. Pero hay algunos casos en que el fiador puede pretender que el deudor le exonere de la fianza antes que pague algo de ella, y son los siguientes: 1º Cuando el fiador es condenado en juicio á pagar el todo ó parte de la deuda: 2º Si ha estado en ella mucho tiempo, lo cual ha de regularse por el prudente arbitrio del juez, aunque la ley única, al fin, tít. 18 lib. 3 del Fuero, señala un año, el cual corre. segun Gomez *Var.* lib. 2 cap. 13 n. 10, despues de la obligacion principal cumplida: 3º Si el fiador, creyendo que ha cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar, por no incurrir él mismo ni que el deudor incurra en pena, y el acreedor rehusa percibir su crédito; ó si por no hallarse éste en el lugar, deposita ó consigna con la formalidad correspondiente su importe en parte ó persona segura: 4º Si cuando hizo la fianza prefinió tiempo al deudor para que le libertase de ella y ya ha espirado; y 5º Si el deudor principal empieza á disipar sus bienes: ley 14 tít. 12 Part. 5.

cion, por la razon espuesta; y así en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga, espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagára por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor á que le dé lasto, para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ó prorata á los demas fiadores de la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto, sucede en el lugar y prelacion del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado, no se estingue ni espira la obligacion principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones (24) (ec).

(24) Leyes 11 tít. 12, y 45 tít. 13 Part. 5.

(ec) Es necesario observar, por último, 1º que todas las excepciones del principal deudor son comunes al fiador; lo que se verifica aun con respecto á las que son puramente personales del primero, cuando el fiador tiene recurso contra él; ley 15 y glos. 9 allí: 2º que cuando un deudor no dió fiador, sino por la mitad de la suma que debía, el primer pago que hiciere sin imputacion se entiende hecho en descargo de la fianza; Curia Filíp. lib. 11 *com. terr.* cap. 8 n. 39: 3º que cuando el acreedor deja de cobrar la deuda por culpa suya, pierda el recurso que tenia contra el fiador, pues no es justo que éste sea tambien responsable de la negligencia del acreedor: 4º que el fiador que paga por el deudor principal, queda subrogado tácitamente en las hipotecas y demas derechos que tenia el acreedor contra el principal obligado; leyes 11, 16 y 17 allí; y 5º que el acreedor que prestó su dinero bajo fianza, puede pe-



## TÍTULO XXII.

### DE LAS OBLIGACIONES DE LETRAS.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Razon del orden y definicion del contrato <i>literal</i> .                             | instrumento repetirlo.   |
| 2, 3, 4 Axiomas fundamentales de esta materia.   | 6 No obstante el transcurso de los dos años, en la practica es admisible la escepcion de la moneda no contada. |
| 5 Antes de dos años no nace accion de este contrato, y dentro de ellos debe el autor del | 7 Si podrá en tal caso despacharse la ejecucion.   |

**H**EMOS explicado ya todo lo perteneciente á los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: síguese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligacion decimos que es: *un contrato por el cual el que confiesa, por medio de un vale ú otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mútuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona* (1).

2—Podemos, pues, reducir esta materia á tres axiomas: 1º *El fundamento de esta obligacion son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor

dir otro fiador en el caso de que el primero llegase á ser insolvente cuando se trata de una deuda exigible, ó bien obligar al deudor á pagarle lo que le debe, aunque todavia no hubiese vencido el plazo. *ESCRICHE*, verb. *Fianza*.

(1) Ley 9 tit. 1 Part. 5.

por tanto tiempo el vale ó recibo, que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaria el dinero que necesitaba. Si se verificare, pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

3—2.<sup>o</sup> *Esta obligacion solo tiene lugar en causa de mútuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mútuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para inducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es, pues, muy fácil que el mutuuario se deje persuadir á dar el recibo ó instrumento, ántes de recibir la cantidad que solicita.

4—3.<sup>o</sup> *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

5—Del primer axioma se colije: 1.<sup>o</sup> Que ántes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace sí, accion de mútuo; pero entónces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion, en virtud del instrumento; pero ésta la destruye el reo fácilmente, oponiendo la escepcion de la *non numerata pecunia*. Pero la verdadera accion del contrato de letras que escluye toda escepcion, no compete, sino hasta pasados los dos años. 2.<sup>o</sup> Que el autor del instrumento, puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentándose al juez, pidiéndole mande al que tiene sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la cantidad de que

en ellas se daba por recibido (2). Mas esta queja, y cualesquiera protestas del reo no tendrán lugar, siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el acreedor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

6—Aunque nuestro derecho dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuuario ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se dá por entregado en ellas, con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla (ed). Y de aquí infieren nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la clausula

(2) Dicha ley 9, en el medio, tit. 1 Part. 5.

(ed) Si atendemos, en efecto, al testo de las leyes, debemos decir que el reo no puede proponer esta escepcion, ni ser admitido á probarla, porque espresa y absolutamente disponen que no habiendo hecho dentro de los dos años la reclamacion del dinero ó del vale, no la pueda hacer despues, y que en caso de pedirse los *maravedís*, esté obligado á entregarlos, *bien así como si los oviese rescebidos*. Varios autores, sin embargo, se esfuerzan en sostener que el deudor debe ser admitido en todo tiempo á proponer y probar esta escepcion, fundados en razones que Heineccio, Vinnio y otros autores combaten victoriosamente; pero Gomez lib. 2 *Var. cap. 6 n. 7*, y Lopez glos. 6 á dicha ley 9, si bien quisieran inclinarse *ex æquitate canonica*, á la opinion de aquellos, no pueden menos de confesar que *ex rigore juris*, debe desecharse la escepcion, aunque el deudor tome á su cargo la prueba, porque consideran que la ley 9 citada ha resuelto en este sentido la cuestion de un modo que no deja lugar á la mas pequeña duda.

*guarentigia* [\*], pues trae aparejada ejecucion, no obstante, si no han pasado los dos años prefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él.

7—Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se debería decir cuando confesase llanamente la deuda, y después del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque lo reconozca ántes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias

[\*] Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa *firmeza, seguridad*. Se reduce, pues, la cláusula llamada *guarentigia*, á dar el otorgante poder á todos los jueces, que del contrato que se habla, deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera: y así queda él obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello.

concedidos por derecho en el juicio ejecutivo (3); y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en vía ordinaria se le oirá, y probándola en ésta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido (4).

## TÍTULO XXIII.

### DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Por qué se llaman <b>consensuales</b> estos contratos. | los contratos.                                 |
| 2 Cosas particulares que tienen es-                      | 3 Cuales son los contratos de esta naturaleza. |

**L**A última especie de contratos nominados es de los que se llaman *consensuales*, los cuales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llámanse, pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mútuo consentimiento, y así en ellos nace la obligación luego al punto que se convinieron las partes. V. g., entre el comprador y vendedor, luego que convienen en la cosa, y en el precio, nace la acción de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuuario, mientras no se entrega la cosa funji-

(3) Leyes 2, 3 y 19 tit. 21 lib. 4 de la Rec. de Cast. Leyes 1, 2 y 12 tit. 28 lib. 11 Nov. Rec.

(4) Véase sobre este punto á Febrero. *juicio ejec.* lib. 3 cap. 2 § 1 n. 21 y sig. y § 4 n. 269 y 270. Gomez, tom. 2 *Var. resol.* cap. 6 al núm. 3; y á Sala en la nota al § único de este título.

ble, no nace la accion de mútuo, aunque aquel haya prometido darla; porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

2—Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente, todos son bilaterales, y así producen accion por una y otra parte: v. g., de compra y venta, de locacion conduccion, de mandato etc., ámbas directas, ó una directa y otra contraria. 2.º Todos estos contratos son de buena fé, por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mútuamente varios officios. Segun esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fé; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fé, siendo reales. 3.º Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mútuo consentimiento.

3—Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato.

## TÍTULO XXIV.

### DE LA COMPRA Y VENTA.

#### SUMARIO.

- |        |  |   |
|--------|--|---|
| 1      | Qué es <b>compra-venta</b> .   | den poner en este contrato, y primeramente del llamado de <b>retroventa</b> .   |
| 2      | Requisitos esenciales de este contrato.  |   |
| 3      | Cuántas cosas constituyen la esencia de este contrato.   | 30, 31 Del pacto comisorio, ó de la <b>ley comisoria</b> .  |
| 4      | Del consentimiento, y casos en que no basta éste.  | 32, 33 Del pacto de la <b>adición en día</b> , y condiciones que deben concurrir para su validez.                         |
| 5      | Si antes de perfeccionarse el contrato, será lícito à los contrayentes arrepentirse.                       | 34 Qué es <b>retracto</b> .   |
| 6      | Si podrán desistir estando perfecto, perdiendo las arras.  | 35 Cuántas especies hay de retractos.   |
| 7      | Se define el consentimiento, y se trata de los casos en que no puede tener efecto la espropiación forzosa. | 36, 37 Del retracto de <b>abolengo</b> ó <b>gentilicio</b> .  |
| 8, 9   | Efectos del dolo, engaño y el error.   | 38 Del de <b>comunion</b> ó <b>sociedad</b> .   |
| 10, 11 | Qué cosas pueden venderse.   | 39, 40 Continuación del mismo asunto.   |
| 12, 13 | Cuales no pueden venderse.   | 41 Concurriendo el señor y el superficiario ó enfitéuta y consanguíneo y demas que se espresan, quiénes serán preferidos. |
| 14, 15 | Del precio y condiciones que debe tener.   | 42 Cómo se define el <b>trueque</b> ó <b>cambio</b> .   |
| 16     | De la lesión, y quiénes no pueden reclamarla.  | 43 De cuantos modos puede celebrarse.   |
| 17     | Casos en que se tiene el precio por cierto.  | 44 Quiénes pueden ó no, celebrarlo.   |
| 18     | Otras cosas dignas de saberse acerca de este contrato.   | 45, 46 Continuación de la misma materia.  |
| 19, 20 | Quiénes pueden ó no, vender.   | 47 De la <b>alcabala</b> , y de que cosas debe pagarse.   |
| 21, 22 | Obligaciones del vendedor y del comprador.   | 48 Se esplican los casos en que se deben una ó dos alcabalas.   |
| 23, 24 | Del peligro y utilidad, y à quiénes pertenece.   | 49, 50 Casos en que se paga solo una, y en que no se paga ninguna.  |
| 25, 26 | Acciones que competen à los contrayentes.  | 51 En dónde debe pagarse la alcabala; deberes de los escribanos, etc.   |
| 28, 29 | De los pactos que se pue-  |   |

**E**L primero de los contratos que se perfecciona por el consentimiento es la *compra y venta*, la cual es: *un contrato consensual por el que convienen entre si los contrayentes de entregar una cosa determi-*

*nada por cierto precio* (1). Este contrato, pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ambas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa; pero si se transfiere ó nó el dominio, no es del caso en la compra y venta (ef).

2—De esta definicion se infiere claramente, cuáles sean los requisitos esenciales de este contrato. Obsérvese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales*, otras que se llaman *naturales*, y otras puramente *accidentales*. Cosas *esenciales* á un contrato, se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir, sin pasar á ser otra especie de negocio. V. g., sin precio no subsiste la compra, y así, no habiéndolo, pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga, y si falta ésta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. *Naturales* á los contratos son aquellas cosas que, segun las leyes, debe haber en cada uno, pero por pacto de los contratantes, pueden mudarse sin perjuicio de la esencia

(1) Ley 1 tít. 5 Part. 5.

(ef) Aunque las palabras *compra-venta* cuando forman una sola, ó simplemente la de *compra* ó la de *venta*, se emplean indistintamente para designar este contrato, no puede dudarse que en un sentido mas riguroso se llama *compra*, respecto al que paga la cosa, y *venta* con relacion al que la dá. Este contrato tomó su orijen de la *permuta*, como lo manifiesta la ley romana: *Origo emendi vendendique á permutationibus cœpit*; pues en efecto, ántes de la introduccion de la moneda, que es el signo representativo del valor de todas las cosas, no podia uno adquirir una cosa, sino cediendo en su lugar otra que le era superflua ó ménos útil que la que deseaba procurarse.



del contrato: v. g., en la compra quieren las leyes que el vendedor esté obligado al comprador á la evicción (2); con todo, se puede pactar lo contrario por los contrayentes. *Accidental* en los contratos se dice aquello, que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita, por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes: v. g., que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes; y así, en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

3—Con lo explicado hasta aquí, se viene en conocimiento, que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato. La 1ª el consentimiento: la 2ª una cosa vendible; y la 3ª el precio. Cualquiera de estas cosas que faltase, dejaría de ser contrato de compra y venta (3). De estos tres requisitos, trataremos en este título.

4—El primero es el *consentimiento*, el cual solo, es bastante para producir obligación, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfeccion que el consentimiento, de aquí es, que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa (4); y así no se requieren palabras solemnes, escritura ni aun tradicion de la cosa (5) (eg), por lo cual

(2) Leyes 32 y 33 tít. 5 Part. 5.

(3) Ley 1 tít. 5 Part. 5.—(4) Ley 6 del mismo tít. 5.

(5) Arg. de las leyes 6 y 8 de dicho tít. 5.

(eg) Por Decreto de 14 de enero de 1832 se dispuso, que sin escritura pública no pudiese reclamarse ni sostenerse judicialmente, la propiedad ni la posesion de los

este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas, ó procuradores (6). Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero ésta no es la que perfecciona el contrato, pues aun ántes de que se verifique están obligados los contrayentes; y así, la entrega es una parte de la obligacion del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra: no dirémos que hemos comprado una cosa, porque se nos ha entregado, sino que la mira que hemos tenido en comprar, ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consecretario admite algunas escepciones, y se dan varios casos en que con solo el consentimiento, no está perfecta la compra; v. g., si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ámbos (7). Si se celebra la venta bajo alguna condicion suspensiva, v. g., te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofrezca mas: no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año, sin que resulte mejor postor (8). Si la cosa vendida es de las funjibles y

bienes raices, que no escediendo de doscientos pesos, se hubiesen adquirido en virtud de alguno de los contratos en que se adeuda alcabala. Mas esta disposicion quedó abolida por el Decreto de 28 de octubre de 1843, cuyo art. 1º dice así: «Se deroga el Decreto del Gobierno del Estado, dado en virtud de facultades estraordinarias en 14 de enero de 1832, é igualmente la parte del artículo 3º del Decreto de 28 de agosto del mismo año, que exijia que los contratos de venta y trueque de bienes raices, debian pasar ante escribano para su validacion.»

(6) Ley 8. tit. 5 Part. 5.

(7) Ley 6 tit. 5 P. 5, y ley 3 tit. 10 lib. 3 del F. Real.

(8) Ley 40 del mismo tit. 5.

todavía no se ha contado, pesado ó medido (9). Finalmente, si fuere de aquellas cosas que se acostumbran gustar ántes de comprarse, no se perfeccionará la compra ántes de que se guste (10).

5—El segundo consecretario que se deduce de lo dicho, es que ántes de perfeccionarse el contrato, será lícito á los contrayentes arrepentirse; mas estando ya perfecto, de ninguna suerte, si no es por mútuo disentimiento (11). Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras, en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa (12).

6—Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él, siempre que éstas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato (13); pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuere inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar á lo pactado [\*].

(9) Ley 24 tít. 5 cit.—(10) Dicha ley 24.

(11) Ley 6 tít. 5 Part. 5.

(12) Leyes 7 tít. 5 Part. 5, y 2 tít. 10 lib. 3 del Fuero Real.

(13) Ley 7 tít. 5 Part. 5, v. *Pero si quando el comprador.*

[\*] Con la esplicacion dada, se concilian las leyes 7 tít. 5 Part. 5, y 2 tít. 10 lib. 3 del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley, lo 1º que habla del caso en que no está perfecta la compra; á lo cual dá márjen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2º que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir, que las arras serían dadas como para que sir-

7—Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consecutarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento, entendemos: *un acto de la voluntad, con el cual aprueba una cosa, cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento se inclina la voluntad á conseguirla*. De donde se deduce que impiden el consentimiento, el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho, que en estos casos no vale la venta ó compra (14), pues no aprobamos libremente aquello á que por fuerza ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse, ó la pública utilidad, ó alguna otra causa favorable (eh). 1º En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos, á que los venda por un precio justo (15). 2º En favor de la religion; v. g., si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3º en favor

viesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra, ó parte del precio. Véase á Hermosilla, en las adiciones á la glosa 1, y especialmente de la 3 sobre la 7, tít. 5 Part. 5, fol. 55. Véase tambien la glosa de Alfonso Diaz de Montalvo, en la ley 2 tít. 40 del Fuero Real ya citada, principalmente en las palabras: *pierda la señal que dió*.

(14) Véanse las leyes 3 y 57 tít. 5 Part 5.

(eh) Téngase presente en este lugar lo que dijimos en la nota (ag), pág. 422 del tomo II, en donde hablamos de la espropiacion forzosa por causa de utilidad pública.

(15) Véase á Febrero, cap. 7 de la *librer. de escrib.* §. 1 núm. 17, y á Hermosilla, en la ley 3 tít. 5, Part. 5 glos. 1. Véase tambien la ley 1 tít. 25 lib. 5 de la Recop., y nota 1 tít. 19 lib. 7 Nov.

de la libertad; v. g., cuando dos tienen un siervo, y uno de ellos lo quiere manumitir: en este caso, el otro está obligado á vender su parte (16). Tambien puede ser compelido á vender su siervo el señor, cuando lo trata con demasiado rigor, ó no le dà los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon (17). Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo [\*].

8—Acerca del dolo ó engaño, qué efectos producirá en la venta, se debe distinguir si el engañado estaba determinado á vender ó nó: si lo estaba, y solo padeció engaño en el valor ó estimacion de la cosa, subsistirá la venta, con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio; pues si lo fuere, tendrá accion el vendedor a que se le restituya la cosa, ó se le complete el precio (18). Mas si el que padeció engaño no pensaba vender, ni conocia lo que vendia é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas que le sugirió el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por ménos de lo que vale la cosa (19).

9—Finalmente, el error tambien impide el consentimiento; pues si yerro en la cosa, no consiento en aquella, sino en otra que entónces se presentaba á mi imaginacion. Pero el *error* no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental*. Si es esencial, el contrato es nulo (20): si accidental, subsiste la compra, y se dá al que erró, accion

(16) Leyes 2 tít. 22 Part. 4, y 3 tít. 5 Part. 5.

(17) Leyes 6 tít. 21 Part. 4, y 3 tít. 5 Part. 5.

(18) Ley 5 tít. 10 lib. 3 del Fuero Real.

(19) Véase la ley 57 tít. 5 Part. 5, y la ley 2 tít. 11 lib. 5 Rec. Ley 3 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(20) Ley 21 tít. 5 Part. 5.

[\*] Véase mas adelante la nota (en).

para que se le restituya todo aquello que vale menos la cosa (21). Llamaremos error esencial, cuando erramos en la cosa misma: v. g., comprando latón por oro (22); ó en el cuerpo de la cosa; v. g., por comprar á Ticio siervo, comprar á Estico (23). Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inútil: v. g., si compramos por sano un siervo que es loco ó tullido. Será finalmente accidental el error, cuando erráremos en otras circunstancias de la cosa, que no son de tanta entidad (24) (ei).

(21) Dicha ley 21 tít. 5 Part. 5.—(22) La misma ley.  
 (23) Ley 20 del mismo tít. 5.—(24) Ley 21 tít. 5 P. 5.  
 (ei) Es visto, pues, no ser válido el *consentimiento*, si se ha dado por *error*, si se ha arrancado por *fuerza*, ó si se ha sorprendido por *dolo*: leyes 3, 21 y 57 tít. 5 Part. 5. El *error*, es causa de nulidad de la venta cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa; pero no cuando recae solo sobre los accidentes; como si se vende oro malo por bueno, ó un pedazo de tierra de cien fanegas por de ochenta ó al revez; en cuyos casos y otros semejantes, ni aun habrá lugar á la disminucion ó aumento de precio, si la cosa se vendió *ad corpus* ó como cuerpo cierto, mas lo habrá si la venta se hubiese hecho *ad mensuram*, ó con respecto á la medida ó peso: GOMEZ. *var.* lib. 2 cap. 2 n. 16, 21 y sig. Es tambien causa de nulidad, la *fuerza* ó *violencia* capaz de hacer impresion á una persona razonable, inspirándole el temor de esponer su persona ó su fortuna, ó bien la de su cónyuge, ascendientes ó descendientes. á un mal considerable y actual; ley 56 allí: bajo el supuesto de que para valuar la fuerza, se ha de atender á la edad, al sexo y á la condicion de las personas, y de que no podrá atacarse el contrato por causa de violencia, si despues que ésta hubiere cesado, se aprueba ó consiente la venta, sea espresa, sea tácitamente, sea dejando pa-

10—Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: síguese el segundo, que es *la cosa vendible*. Acerca de esto sea 1.<sup>o</sup> axioma. *Todas las cosas que están en el comercio se pueden vender, ahora existan, ó haya esperanza de que existirán* (25). Según esto, se pueden vender las cosas futuras, v. g., los frutos ó caza del año venidero (26) (ej), las cosas incorporales, v. g., el derecho á una herencia (27) (ek); y aun las co-

sar el tiempo de la restitucion *in integrum*, fijado por la ley 7 tit. 33 Part. 7. Es, por fin, motivo de nulidad el *dolo ó engaño* que dió causa á la venta, cuando son tales las maniobras hechas por la una de las partes, que sin ellas no hubiera contratado la otra; pero nó lo es el dolo incidente, como que no impidió el consentimiento, y por ello solo produce accion para que se resarza el daño: ley 57 citada, y glos. 2.

(25) Ley 11 tit. 5 P. 5.—(26) Dicha ley 11 y 12 tit. 5.

(ej) La venta de las cosas futuras, lleva la condicion tácita de *si llegan á existir*, y sin ella no vale, á ménos que el comprador reciba sobre sí el peligro y aventura: ley 11 tit. 5 Part. 5. En las ventas de frutos que han de existir, se puede demandar el diezmo eclesiástico á cualquiera de los contrayentes, y exigirlo al vendedor si el comprador no tiene con qué pagarlo. La iglesia no debe dar su poder al vendedor para que lo cobre, ni cederle su accion para que repita del comprador: ley final, tit. 20 Part. 1, y Tapia tit. 4 cap. 2 n. 3.

(27) Ley 13 tit. 5 Part. 5.

(ek) Ninguno puede vender el derecho que espera tener á los bienes de sujeto determinado, nombrándolo, si no es que lo haga con licencia y beneplácito de éste; y si los vende, á mas de ser nula la venta, queda privado de suceder en ellos. Pueden, sin embargo, venderse todas las ganancias y derechos que se adquieran por razon de herencia, de cualquiera persona que sea, con tal que no se nombre ninguna: ley 13 tit. 5 Part. 5.

sas ajenas por razon de estar en el comercio, pueden ser vendidas (28). No se quiere decir por esto, que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho á salvo para vindicar su cosa, en donde quiera que la encuentre; sino porque de este contrato nace accion y obligacion, entre el comprador y el vendedor (el).

11—Puede tambien venderse la cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciéndosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division (29) (em).

12—2º axioma. *No pueden venderse las cosas que están fuera del comercio.* De aquí se deduce la

(28) Leyes 9 tít. 5 P. 5, y 6 tít. 10 lib. 3 Fuero Real.

(el) Y así, si el comprador ignora que la cosa es ajena, el vendedor debe restituírle el precio con todos los daños y menoscabos que se le hayan irrogado; pero si lo sabe, no solamente se le obliga á restituír la cosa á su dueño, sino que perderá el precio por su mala fé, y el vendedor no tendrá obligacion de volverse lo; á no ser que hayan pactado lo contrario, y éste se haya obligado á la eviccion: leyes 19 tít. 5 Part. 5, y 6 tít. 10 lib. 3, Fuero Real.

(29) Ley 55 tít. 5 Part. 5.

(em) El fisco puede vender ó dar su parte, aunque sea módica, á quien quisiere, aun contra la voluntad de sus consocios, y vender tambien la cosa íntegra, pagando á éstos sus partes: leyes 53 v. *Otrosí decimos*, y 55 tít. 5 Part. 5, y Hermosilla glos. 7 de dicha ley 53. Puede asimismo vender la hipoteca, satisfaciendo sírdeuda al acreedor anterior, y reteniendo el residuo para sí: pero si no tiene mas derecho sobre la cosa que el de hipoteca y puede reintegrarse de otros bienes, no podrá venderla. Tampoco podrá vender sino su parte, cuando no tenga mas que el usufructo de la cosa: HERMOSILLA lug. cit., n. 4, 8 y 9; PEREGRIN. *de jure fisc.* tít. 4 lib. 6 n. 23; y CASTILL. lib. 3 *controv.* cap. 6 n. 26 y 27.



razon porque no pueden venderse las cosas sagradas, si no es que se vendan como accesorias á algun territorio ó señorío (30), ó por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia (31); ni las cosas públicas, como las calles ó plazas (32), ni tampoco el hombre libre (33) (en).

13—3.<sup>o</sup> axioma. *Tampoco se puede vender ni comprar, todo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido.* Por esta razon no se pueden vender armas, municiones ni víveres á los enemigos del reino (34): las cosas venenosas, si no es que se vendan para formar de ellas medicamentos (35). Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio, alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado

(30) Ley 15 del mismo tít. y Part. 5.

(31) Leyes 2 tít. 14 Part. 1.

(32) Dicha ley 15 tít. 5 Part. 5.

(33) La misma ley 15 y la 8, tít. 10 lib. 3 Fuero Real.

(en) Tampoco pueden venderse los mármoles, pilares, piedras ni otros materiales que constituyen parte de los edificios, segun la ley 16 tít. 5 Part. 5; ni las cosas estancadas por el Gobierno, si no es por sus mismos agentes; ni las que no son susceptibles de propiedad privada, en cuyo número se cuentan las sagradas, aunque hay varios casos en que si pueden venderse, y son los siguientes: 1.<sup>o</sup> Por deuda grande, que la iglesia no pudiese pagar de otra manera: 2.<sup>o</sup> Para redimir de cautiverio á sus parroquianos ó feligreses, no teniendo éstos como hacerlo: 3.<sup>o</sup> Para dar de comer á los pobres en tiempo de hambre: 4.<sup>o</sup> Para edificar la iglesia: 5.<sup>o</sup> Para comprar lugar cercano á ésta, con el fin de aumentar el cementerio: 6.<sup>o</sup> Por bien de la iglesia, como si vendiese ó cambiase alguna cosa para comprar otra mejor: leyes 1 tít. 14 Part. 1, y 15 tít. 5 Part. 5.

(34) Ley 22 tít. 5 Part. 5.—(35) Ley 17, allí.

el comprador como encubridor de hurto (36) (eo).

14—Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato que es el *precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamente la palabra *precio*, se pueda llamar así todo aquello que se dá por otra cosa, con todo, en su rigurosa significacion, se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe (37). De aquí sacamos la diferencia que hay entre la compra y el

(36) Leyes 16 tít. 14 lib. 5, y 5 tít. 20 lib. 6 de la Rec. de Cast. Ley 16 tít. 1, y 6 tít. 12 lib. 10 Nov. Rec.

(eo) No deben venderse los créditos ilíquidos, ni los bienes litigiosos: leyes 10 y 21 tít. 4 lib. 5 del Fuero Juzgo, y 13 y sig., tít. 7 Part. 3; mas la enajenacion de éstos no será nula: 1º cuando los bienes se dan por casamiento, ya sea con título de dote ó de donacion *propter nuptias*: 2º cuando pertenecen á muchos, y quieren partírlos y enajenarlos unos á otros: 3º cuando se legan en testamento ú otra última disposicion; y 4º, cuando se dan con título de transaccion, y no interviene fraude: GREG. LOPEZ, en la ley 14 tít. 7 Part. 3. En los dos primeros casos, el que recibe los bienes enajenados, debe contestar á la demanda; y en el tercero, el heredero del testador y no el legatario, quien tendrá derecho á ellos, si el pleito se gana. Es nula la enajenacion hecha por quien receloso de que le han de emplazar sobre alguna cosa que posee, la vende ántes del emplazamiento á persona mas poderosa que su contendor por razon del oficio, para molestarlo, ó á sujeto de otro fuero ó revoltoso: leyes 15 y 16 tít. 7 Part. 3. Finalmente, puede un individuo vender todos sus bienes presentes y futuros cuando no hay prohibicion legal, como en la donacion gratuita, por quanto el precio sucede en lugar de ellos, y no se priva de testar, pues podrá hacerlo del dinero que recibe: ley 13 tít. 5 Part. 5. GOMEZ, lib. 2 var. cap. 2 n. 35.

(37) Prólogo y ley 1 tít. 6 Part. 5.

cambio ó permuta: si se dá dinero contado por la cosa, será compra; y si se dá una cosa por otra, será cambio ó permuta (38).

15—A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato *compra* y *venta*, ha de tener tres condiciones: esto es, ha de ser *verdadero*, *justo* y *cierto*. Por *verdadero*, tendrémos á aquel precio que es real y no imaginario ó simulado; como sería si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda: lo cual no se debería llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien, que el precio debe ser *justo*. Es verdad que cuando éste no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido dañado, se rescindirá ó nó el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valía diez se vendió por ménos de cinco pesos, estará obligado el comprador á una de dos, ó á suplir el precio justo que valía la cosa al tiempo que la compró, ó á volvérsela al vendedor, tornándole el precio que recibió (39). La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues (40). Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna, ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fé en su celebracion (41), y siendo los

(38) El mismo prólog. y ley 1 tít. 11 lib. 3 Fuero Real.

(39) Ley 56 tít. 5 Part. 5, y ley 1 tít. 11 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 2 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(40) La misma ley de Rec., al fin.

(41) Ley 2 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

contrayentes mayores de veinte y cinco años [\*] (ep).

16—Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes (42); ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á com-

[\*] Para mejor inteligencia de lo dicho, se advierte, que el justo precio, es de dos maneras: uno legitimo, y otro natural. *Legítimo* es, el que por ley, príncipe, ó república es determinado, y así, consiste en punto indivisible. *Natural* es, el que tienen las cosas con atención á la estimacion que de ellas se hace, y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo, é infimo: v. g., el *medio* será diez, el *supremo* once, y el *infimo* nueve. Para graduar estos precios, no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimacion del precio, que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciere, ahora se gane ó pierda mucho.

(ep) Esta accion por lesion enorme, debe intentarse por los mayores de 25 años, dentro de los cuatro primeros siguientes al dia en que se celebró el contrato ó remate, y no despues: ley 2 tít. 1 lib. 10 Nov. D'icha accion no podrá tampoco intentarse, cuando la alhaja está perdida, muerta, ó muy deteriorada: ley 56 tít. 5 Part. 5. Si alguno de los contrayentes es pupilo, no vale el contrato, aunque sea jurado; pero si es menor de 25 años y jura no pedir restitucion por su menor edad, lesion ni otro motivo, no se rescindirá el contrato: ley 36 tít. 5 Part. 5. Mas cuando preceda la relajacion ó relevacion del juramento para comparecer en juicio sin ser perjuro, podrá intentar la accion dentro de los cuatro años siguientes á los 25 de su edad. La demanda por lesion enormísima, tiene lugar hasta veinte años despues del dia en que se celebró el contrato ó remate: ley 5 tít. 8 lib. 10 Nov. Rec.

(42) Ley 3 tít. 11 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 4 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

prar (43); como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales (44) (eq). Pero en estos casos tendra lugar la *lesion enormísima*, aun cuando se hubiese renunciado; y se llama así, cuando el precio es dos ó tres tantos ménos de la mitad del justo, á diferencia de la *enorme*, que es aquella en que por la cosa se dá poco ménos de la mitad del justo precio (45) [\*].

17—Finalmente, debe ser *cierto* el precio, ó por convencion de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse, y así: 1º Sera cierto el precio de la cosa si se deja á arbitrio de un tercero y éste lo señala, á cuya decision se debe estar, si no es que fuese desproporcionado; en cuyo caso, se debe enmendar á juicio de hombres buenos (46): 2º Tambien será válida la venta, si el vendedor se conviniere á recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco etc., si allí se encontrase alguno; pero no, si nada hubiese (47): 3º Será á mas de esto

(43) Ley 6 tít. 11 lib. 5 Rec. Ley 2 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(44) Leyes 18 y 20 tít. 7 lib. 9 Rec. de Cast. Estas leyes no se insertaron en la Nov. Rec.

(eq) Ni en las transacciones ó concordias, sino en los casos que se puntualizarán al tratar de esta materia.

(45) Leyes 16 al fin, tít. 11 Part. 4, y 56 tít. 5 Part. 5. Véase la Curia Filipica lib. 1 *Comerc. terrestre*, cap. 12 núm. 28, 29, 32, 33 y 34.

[\*] Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormísima que se ha indicado ya y es, que para remediar la primera, solo hay accion hasta cuatro años despues, conforme á la ley 1 tít. 11 lib. 5 de la Rec. de Cast., ó ley 2 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.; pero para la segunda, la hay hasta 20 años, como accion personal que es, segun la ley 6 tít. 13 lib. 4 Rec. Ley 5 tít. 8 lib. 11 Nov. Rec.

(46) Ley 9 tít. 5 Part. 5.—(47) Ley 10 del mismo tít.

cierto el precio, si se vendiere la cosa en cuanto se compró, habiéndose verdaderamente comprado por algun dinero (48): Pero 4º, no valdrá la venta en el caso de que el precio se deje á arbitrio de una de las partes, ó de un sujeto incierto (49) (er).

18—Restan todavía varias cosas dignas de saberse, acerca de este contrato: 1º quiénes pueden comprar y vender: 2º qué obligacion nace de la compra y venta: 3º á quién pertenece el peligro de la cosa vendida; y 4º, qué acciones nacen de dicho contrato.

19—1º Como, segun hemos dicho, la compra y venta se perfecciona por el consentimiento, es evidente, que todos aquellos pueden comprar y vender, que pueden consentir libremente (50) ya sea por palabra, por carta ó mensajero (51). Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores no pueden comprar, ni los mercaderes venderles (52): como tampoco a los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio (53). Se exceptúa el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses, ó cuási castrenses, que val-

(48) Dicha ley 10 ya citada.—(49) Dicha ley 9.

(er) Cuando el comprador y el vendedor discordaren en el precio, la ley 20 tít. 5 Part. 5, distingue el caso en que sea el vendedor el que quiera mas, ó por el contrario, el que quiera ménos, diciendo: que en el primero no hay venta, y sí en el segundo; sin duda porque en éste concurre la voluntad de ámbos, pues es de creer que no desecha la cosa por ménos precio, el que daba por ella otro mayor.

(50) Ley 2 tít. 5. Part. 5.

(51) Leyes 8 y 48 del mismo tít.

(52) Ley 22 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 17 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(53) Ley 4 tít. 7 lib. 1 de la Rec. de Cast. Ley 1 tít. 8 lib. 10 Nov. Rec.

dría por haberse en éstos como padre de familias (es). Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno, no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial (54); y aun de esta suerte, ha de redundar la venta en su utilidad, pues si no, pueden reclamarla á los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad (et); y si dichos tutores etc., los compran pública ó privadamente, estan obligados á restituirlos con el cuatro

(es) Mas no pueden vender los adventicios, y aunque la venta de éstos sea jurada, no vale. SALA mejicano, lib. 2 tít. 10 n. 38.

(54) Entiéndese de los raices y muebles preciosos.

(et) Los menores no pueden comprar ni vender, sino por medio de sus guardadores y con licencia judicial, prévia informacion de utilidad ó necesidad grave, pues sin conocimiento de causa, el juez no dede conceder la licencia. Si de la venta, que siempre será en asta pública, no resulta utilidad á los menores, pueden reclamarla dentro del término indicado; pero esto se entiende respecto de los bienes raices ó muebles preciosos, que guardándolos pueden conservarse, pues para la venta de los demás bienes muebles, basta la licencia ú otorgamiento del guardador, sin cuyo requisito será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa de cualquier poseedor: leyes 59 y 60 tít. 18 Part. 3; 18 tít. 16 Part. 6, y 17 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec. La misma solemnidad se requiere en el contrato hecho por los que son totalmente sordo-mudos de nacimiento, pródigos, locos, fátuos, ó desmemoriados. Sobre las ventas de los bienes de los que se llaman *indios*, véase la ley 27 tít. 4 lib. 6 de la Recop. de Indias, segun la cual para la enajenacion de tales bienes, se necesita del decreto del juez, y de que se verifique en almoneda pública; cuya ley se manda observar espresamente en el Decreto de la A. C. de la República de 31 de octubre de 1834, art. 3.º

tanto, y es nula la venta (55) (eu).

20—Los clérigos están privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canónico (56), como por el real (57). El adelantado y juez tampoco puede comprar por sí, ni por medio de otro, durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado (58), ni casa, heredad ú otra alhaja raiz, en el lugar en que ejercen jurisdicción; pero sí vender las que tienen en él (59) (ev).

(55) Ley 4 tít. 5 Part. 5. y ley 23 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 12 lib. 10 Nov. Rec.

(eu) Acevedo, en el comentario de dicha ley 23 n. 12 y sig., examina al n. 3 si esta ley es ó no correctoria de la 4 tít. 5 Part. 5, la cual permite á los guardadores la compra con ciertas circunstancias, y se inclina á la afirmativa contra Matienzo y Gutierrez, poniendo algunas escepciones.

(56) Concil. Trid. ses. 22 *de reform.* cap. 4, y la *Bul. Apostolicæ servitutis* de Bened. XIV.

(57) Ley 46 tít. 6 Part. 4.

(58) Ley 5 tít. 5 Part. 5.

(59) Ley 24 tít. 8 lib. 2 de la Rec. Ley 2 tít. 26 lib. 5 Nov. Rec.

(ev) Y tambien pueden retraer las cosas que venda algun consanguíneo suyo, porque se subrogan en el lugar del comprador, y cesan los motivos de la prohibicion de comprar: GOMEZ, en la ley 70 de Toro, n. 12. HERMOSILLA, en la ley 5 tít. 5 Part. 5. Tampoco pueden comprar los ropavejeros cosa alguna en las almonedas; ley 4 tít. 12 lib. 10 Nov. Rec.: ni los corredores, mercadería alguna por su cuenta, bajo la pena de perderla, y de diez mil maravedís aplicados por tercias partes al fisco, juez y denunciador; ley 4 tít. 6 lib. 9 Nov.: ni por fin, persona alguna puede hacer compras al fiado para cuando se case ó herede ó suceda en algun mayorazgo, bajo nulidad; de manera que el vendedor no po-



21—2º La obligacion que nace de este contrato es, de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con él al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagándolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de él. De aquí es, que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de él, no se transfiere el dominio, aunque haya intervenido tradicion (60); y así, no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

22—El vendedor está obligado á entregar la cosa, y mientras que no la entrega, no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar á otro á un contrato que rehusa él mismo cumplir por su parte (ex). De lo dicho

drá reclamar en juicio el pago de lo que así hubiere vendido; ley 17 tít. 1 lib 10 Nov. Rec.

(60) Ley 46 tít. 28 Part. 3.

(ex) Así como el comprador está obligado, perfeccionada la venta, á pagar al vendedor el precio convenido, ó á la persona que éste le designe, en el dia y lugar señalados en el contrato; de la misma manera, éste debe entregar á aquel la cosa comprada, tal cual se halla al tiempo de la venta con sus acciones, entendiéndose por tales las destinadas al uso permanente de ella, como los materiales que constituyen parte del edificio, ó cosas unidas á él, de modo que con facilidad no puedan separarse, pero no las demas muebles y semovientes: leyes 28, 29, 30 y 31 tít. 5 Part. 5. Y así, si la cosa vendida fuere casa, serán del comprador las canales, caños, acueductos y todo lo demas que le pertenece; y tambien los ladrillos, piedra, tejas y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueren de

se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ámbos contrayentes, pues aunque el comprador recibe la cosa, paga el justo precio de ella; y el vendedor aunque recibe el precio, se deshace de su cosa. Ahora, pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ámbos contrayentes, se prestan mutuamente hasta la culpa leve, se sigue, que en este contrato estarán obligados el comprador y vendedor al dolo, culpa lata y leve (61) (ey).

ella, mas no si no lo fueren ni hubieren estado puestos. Lo mismo debe decirse de las pérticas ó palos para levantar las vides; pero no se comprenden en la venta los peces que se hallaren en alguna fuente, ni otras aves ó bestias que hubiere en la casa ó heredad, ni las mesas, sillas, tinajas etc.; y se advierte, que los aparejos se entienden vendidos si se pusieron á la caballeria para el fin de venderlos, y no de otra manera; y que el parto no entra en la venta de su madre, ni en otro contrato ó acto en que se transfiere el dominio, y si entra en los que no se transfiere. SALA, *Ilustracion al derecho real*, lib. 2 tít. 10 n. 24.

(61) Ley 23 tít. 5 Part. 5.

(ey) El vendedor está obligado á la *eviccion* y *saneamiento* de la cosa vendida, es decir, á defender á sus espensas al comprador si le fuere movido pleito sobre la propiedad, posesion ó goce de ella; ó bien á restituirle el precio y todas las costas, gastos y perjuicios con sus intereses, que se orijinen con motivo del pleito, y pagará además la pena del doble, si lo hubiesen convenido: leyes 32 y 33 tít. 5 Part. 5. Estas dos palabras, atendida su etimología, son diferentes: *la eviccion*, es la privacion forzosa que tiene que sufrir el poseedor de una cosa que ha sido reivindicada por un tercero en un pleito fallado á su favor, pues que *evincere* es *vincendo aliquid auferre*: *saneamiento*, es la indemnizacion que debe dar el que vendió ó traspasó por título oneroso una cosa, al que fué vencido judicialmente respecto á

23—3º Veamos ahora á quién pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por *peligro* entendemos, un acontecimiento por el cual parece la

ella. La obligación de la evicción y saneamiento, cesa: 1º si el comprador no requiere al vendedor ántes de la publicacion de probanzas: 2º si pone el pleito en manos de árbitros sin consentimiento del vendedor, y lo pierde; á no ser que éste se hubiese obligado de cualquier modo que se quitase la cosa: 3º si pierde por su culpa ó por un caso fortuito, la cosa ó su posesion: 4º si no opuso en el juicio la defensa de la prescripcion, pudiendo: 5º si no apeló de la sentencia que se dió, en ausencia del vendedor: 6º si adquirió la cosa por compra, ó de otro modo estando jugando el vendedor: 7º si el juez diere sentencia injusta á sabiendas, pues entónces éste es el responsable: 8º si siendo la cosa vendida una herencia ú otra generalidad, fuese vencido en juicio el comprador, solo con respecto á una cosa determinada de ella, y no á toda ó á la mayor parte: 9º si consiente que la cosa se haga eclesiástica; ley 36, allí: 10º si el Gobierno se apodera de ella; ley 37 sig.: 11º si se pactó que el vendedor no habia de estar á la evicción, á no ser que lo fuese de mala fé: 12º si el comprador lo fué de mala fé, sabiendo que la cosa era ajena, pues en semejante caso debe restituirla á su dueño, sin que el vendedor esté obligado á devolverle el precio, á no ser que espresamente lo estuviere á la evicción; leyes 19 allí, y 6 tít. 10 lib. 3 Fuero Real. Se advierte, finalmente, que la evicción compete en todos los contratos onerosos, mas no á aquellos que tienen las cosas por título lucrativo, salvo respecto del legatario á quien se legó una cosa en general y habiéndola recibido se le quita, pues entónces deberá dársele otra; y lo mismo sucederá siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo, tiene derecho á pedirla de nuevo, ó su equivalente: ANTONIO GOMEZ, lib. 2 var. cap. 2 n. 36; y GUZMAN *de eviction, quæst.* 27 n. 3.

cosa (62). Por *utilidad*, todas aquellas ventajas ó aumentos que nazcan de la cosa vendida (63). El sentido pues, de la cuestion, es éste: si una cosa se ha vendido y aun no se ha entregado, y en este intermedio parece por acaso ó se empeora, ¿á quién pertenece este daño? Mas: si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y ésta misma recibe algun aumento ó mejora; v. g., si en la casa vendida se encontrase un tesoro, ¿a quién pertenecera esta utilidad, al comprador ó al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente: que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro y utilidad de la cosa comprada (64). Pero se exceptúan cuatro casos: 1º Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor (65): 2º Si se pactase que el peligro sea del vendedor (66): 3º Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbran gustar previamente, pues ántes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato (67) (ez), aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio [\*]: 4º Si el vende-

(62) Ley 3 tít. 2 Part. 5, v. *E por ocasion*.

(63) Ley 24 tít. 5 Part. 5, v. *Otro si decimos*.

(64) Ley 23 tít. 5 Part. 5.—(65) Arg. de dicha ley 23.

(66) Ley 39 tít. 5 Part. 5.—(67) Ley 24 del mismo tít.

(ez) En cuyo caso no pertenece al comprador el peligro del deterioro ó pérdida, aunque sí el aumento ó baja del precio, respecto á que la venta de estas cosas no se entiende perfecta en cuanto al peligro, hasta que se verifica el peso ó medida; á no ser que la cosa se hubiese vendido por mayor ó *á ojo*, sin pesarse ni medirse; leyes 24 y 25 tít. 5 Part. 5.

[\*] Acerca de este tercer caso, se debe advertir, que si habiéndose señalado dia para gustar, medir ó pesar

dor fuere moroso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por éste ante testigos (68).

24—De esta suerte dispone nuestro derecho, acerca del peligro y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podría alguno objetar ser esto manifiestamente contrario a los principios del mismo derecho. Estos establecen que *la cosa perece para su dueño*; que antes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor; y que éste no pasa al comprador, hasta verificarse la entrega: ¿cómo, pues, ha de perecer la cosa para el comprador, no siendo todavía éste dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce; siendo, pues, del vendedor la cosa antes de la tradicion, ¿cómo ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde: que el peligro y comodidad pasan al comprador, atendido otro principio

la cosa, el comprador no viniere, desde entónces es de su cuenta el peligro, y no señalándose dia, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiéndole citado ante testigos, no comparezca á medirla, pesarla etc. A mas de esto, tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Véase la ley 24 del mismo tit. 5. que tambien faculta al vendedor para alquilar á costa del comprador otros vasos ó cubas, si necesita de aquellos en que está el vino vendido; y si no los hallare ni tuviere donde poner aquello que necesita echar en sus vasos, podrá arrojar lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo ántes.

(68) Ley 27 tit. 5 Part. 5.



igualmente constante en derecho: éste es, *que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie*, conviene á saber; de la cosa vendida. Ahora, pues, como el deudor de cierta especie, pereciendo ésta, se libra de toda obligacion y nada mas debe (69), se sigue, que el vendedor, si perece la cosa vendida, que era la que debia entregar, se libra al instante; y así, el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños, pertenezcan las utilidades, infirieron legitimamente los jurisconsultos, que debian ser del comprador cuantas hubiese (70) (ia).

25—4º Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral; y así, se obliga uno y otro contrayente. Nacen, pues,

(69) Arg. de la ley 41 tít. 9 Part. 6.

(70) Ley 23 tít. 5 Part. 5.

(ia) Si vendiese alguno cierta cosa á dos en diversos tiempos, no habiéndose entregado á ninguno ó no constando de la entrega, será preferido el primer comprador: si se dió á ámbos la posesion, será preferido el que pagó primeramente el precio; pero si solo el uno ha tomado posesion, hace suya la cosa con tal que haya pagado su valor, aunque sea el comprador posterior. Mas en uno y otro caso, tiene derecho el otro comprador para reclamar el precio que dió, con los daños y perjuicios que se le hubieren seguido: ley 50 tít. 5 Part. 5. GOMEZ, *var.* lib. 2 cap. 2 n. 20. Cuando uno compra para sí con dinero ajeno, hace suyo lo comprado; salvo si el dinero es de persona ausente por el servicio del Estado ó de menor, cuya guarda está encomendada al comprador, ó de persona ó de corporacion de que éste mismo sea administrador, todos los cuales pueden elejir ó tomar la cosa comprada ó los dineros, segun la ley 49 de dicho tít. y Part. 5.

de él dos acciones. La obligacion de ámbos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aquí se sigue, que ambas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra ó venta*. Estas acciones se distinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa, se llamará *accion de compra*; y si el vendedor solicita que se le pague el precio, se llamará *accion de venta*. Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se dá al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se dá á efecto de conseguir todo lo que se le debe, en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el día del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La accion de venta, se dá al vendedor que ya entregó la cosa ó á su heredero, contra el comprador ó su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga, y la restitution de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

26—A mas de las dos acciones ya esplicadas, hay otras dos peculiares del comprador, y son la *redhibitoria* y *estimatoria*. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad, ya sean raices, v. g., heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe ser-

vidumbre, ó tributo; ó muebles, v. g., mercaderías, libros; ó semovientes como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ó maldad oculta, lo cual no habiéndosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al día de la celebracion de la venta, dicha accion llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndosele el precio y volviendo él la cosa (71).

27—No intentándose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria ó quanto minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el ménos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio, que le ocultó; de suerte que en el preciso término de un año, contando desde la fecha del contrato (ib), ha de usar de ellas, y pasado, ninguna puede intentar (72). Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrá des-

(71) Ley 63 tít. 5 Part. 5.

(ib) Segun Gregorio Lopez, glos. 11 de la ley 65 tít. 5 Part. 5, y Serna y Montalvan, en sus *Elementos* citados, lib 4 tít. 3 secc. 3 §. 4 n. 9. los términos de seis meses y un año deben contarse desde el día de la venta, si desde entónces se tuvo noticia del vicio ó defecto de la cosa; y mas explícito el autor del Diccionario de legislacion, dice: que deben contarse *desde que el comprador supiere la carga ó vicio* de la cosa que se vende. Cesan estas acciones, si el vicio estaba á la vista, puesto que competen para precaver que sean engañados los compradores: ley 66 tít. 5 Part. 5. Finalmente, si el comprador empeñó la cosa, y se deshizo despues la venta, el que la tiene debe volverla al vendedor, quedándole facultad para pedir á aquel lo que le dió: ley 67, allí.

(72) Ley 65 tít. 5 Part. 5.



pues pretender cosa alguna (73) [\*].

§. 1.

*De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta.*

28—No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento, bajo de ciertas calidades que podemos llamar *pactos añadidos*.

29—Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados *de retrovendendo, comisorio y additionis in diem* (74). Por el primero, se verifica la venta con la precisa calidad y condicion, de que para cierto dia, mes y año, ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin deterioro alguno, volviéndosele el precio; y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar, hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato (75), y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enajenarla, hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con obliga-

(73) Ley 66 del mismo tít. 5.

[\*] Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa, la vendiere con buena fé, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero sí á volver el mas valor que recibió por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febrero, *lib. de escrib.*, cap. 7 §. 1 núm. 56.

(74) Leyes 38, 40 y 42, tít. 5 Part. 5.—(75) Ley 42.

cion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor (ic).

30—Por el pacto *comisorio* se obliga el comprador, á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato (76), y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elejir uno de los medios, que son: ó pedir todo el precio, y que entón-

(ic) *Por cierto precio, dice la ley 42 citada, vendiendo un ome á otro alguna cosa, poniendo tal pleito (pacto) entre sí en la vendida que cuando quier que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador ó á los suyos, que fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que así vendiese, dezimos que si tal pleito fuere puesto en la vendida, que debe ser guardado.* Segun se vé, por esta ley no se prefine término alguno para la restitucion de la cosa vendida con el pacto de *retrovendendo*: este vacío ha dado lugar á varias dudas, y los autores se dividen queriendo unos que la restitucion deba tener lugar hasta los veinte años, conforme á la ley 63 de Toro que manda que la accion personal prescriba por este tiempo; miéntras que otros, fundados en la ley de Partida, sientan que si no se prefine término, jamas prescribirá. A las ventas que se hacen con el pacto de *retroventa*, se les dá tambien el nombre de *ventas á carta de gracia*, porque la duracion de los efectos de la venta, pende precisamente de la gracia que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió.

(76) Ley 38 del mismo tít. 5.

ces subsista el contrato, ó no querer que éste valga y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion (77) (id).

31—Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole éste la señal ó parte del precio que recibió y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al acreedor su decremento (78).

32—Cuando se añade el pacto de *adicion ó señalamiento de dia*, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador, que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndosele el precio que entregó y el de las mejoras *útiles* que tenga, mas no las *precisas* para su conservacion (ie). Mas si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que

(77) Dicha ley 38 tít. 5 cit.

(id) Este pacto se llama propiamente de la *ley comisoria*; y no debe confundirse con el llamado *comisorio*, de que ya hemos hablado en las notas (bb) (ss). Aquel se llama de la *ley comisoria*, porque los pactos son leyes de los contratos y llegado el caso convenido por el comprador y vendedor, se vuelve á éste la cosa vendida: *res venditori committitur*.

(78) Ley 38, al fin.

(ie) Llámanse *mejoras útiles*, aquellas por las cuales

sea necesaria nueva tradicion (79).

33—Este pacto será válido, concurriendo las circunstancias siguientes: 1ª Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado: 2ª Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero, el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvinga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido: 3ª Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte, no se rescindirá el contrato (80).

## §. II.

### *Del retracto ó tanteo.*

34—El retracto en general, se puede decir que es: *un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer á sí por el mismo precio, dentro del término prefijado por derecho, la finca ó posesion vendida á otro.*

35—En España se conocen cuatro géneros de retracto, á que en castellano se llama *tanteo* (if). El primero es *conrencional*, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer

se aumenta el valor de la cosa y renta: *necesarias ó precisas*, las que se hacen en ella para que se conserve, y no se arruine ni deteriore; y *voluntarias*, las que le dan el mayor adorno ó lucimiento, ó con las cuales no se aumenta el valor de su renta ni propiedad: ley 10 tit. 33 P. 7.

(79) Ley 40 del mismo tit. 5.—(80) Idem, al fin.

(if) Aunque esta palabra se tiene como sinónima de la de *retracto*, y aun las leyes usan indiferentemente de ámbas, tienen no obstante, distinta significacion. *Retracto* es, *la facultad que á algunos compete para adquirir para sí la cosa comprada por otro al mismo*

la finca dentro de cierto término, ó cuando quiera, restituyéndole el precio recibido; y este es el pacto de *retrovendendo* de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar, cuando el que posee algun castillo ó fortaleza, intenta venderlo o permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del Rey, é informarle del comprador y precio que por él dá, para que si lo quiere, lo retraiga por el tanto (81). El tercero, se llama de *comunion ó sociedad* (ig), y le está concedido al sócio o partícipe, en el dominio de algun bien raiz (82). El cuarto, finalmente, es el de consanguinidad o *gentilicio* (ih), del que trataremos primeramente, y es el

*precio, rescindiendo el contrato celebrado; mas el derecho de tanteo es, la prelación de comprar la cosa por el tanto, al tiempo de la celebracion del contrato.* Éste, pues, como se ha visto, se refiere al tiempo de la celebracion del contrato, que desde luego se perfecciona con el tanteo. Aquel, hace relacion á un contrato celebrado, y dejándole sin efecto, subroga á otro comprador en lugar del primero. SERNA y MONTALVAN, *Elementos* cit., lib. 4 tít. 4 § 1 n. 2, 3 y 4.

(81) Leyes 1 tít. 18 Part. 2, y 2 tít. 10 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 7 tít. 5 lib. 3 Nov. Rec.

(ig) Y se define: *el derecho que tiene cualquiera de los comuneros, sócios ó condueños de una cosa indivisa para sacar ó retraer la parte que alguno de ellos vendiere ó quisiere vender á un extraño, dando el mismo precio que éste ofreciere ó hubiere dado; leyes 55 tít. 5 Part. 5, y 9 tít. 13 lib. 10 Nov. Rec.*

(82) Ley 55 tít. 5 Part. 5.

(ih) Retracto de *abolengo*, que tambien se llama *legítimo, gentilicio y de sangre* es, *el derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado civil, para redimir los bienes de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio que le cuestan: leyes 2, 4, 7 y 9 tít. 13 lib. 10 Nov.*

que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su orden, dentro del cuarto grado civil, recto y transversal, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes, sus apoderados con poder especial (83).

36—La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la afición que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores; ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia (ij). Concede, pues, el derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos la misma razon; pero no á los espúrios, por no reputarse por conocidos sus padres (ik).

37—En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de alguna finca, ó alhaja inmueble patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de

(83) Ley 13 tít. 10 lib. 3 del Fuero Real, y leyes 6 y 7, tít. 7 lib. 5 del Ordenam., y 230 del Estilo.

(ij) Pero se advierte, que si se venden muchos de estos bienes juntamente por un solo precio, todos se han de redimir, ó ninguno; mas si á cada cosa se señaló su precio, podrá el pariente retraer la que quisiere; bien que si el comprador no hubiera tomado las unas sin las otras, tendrá que llevarlas ó dejarlas todas al pariente, aunque cada una tenga su precio: ley 5 tít. 13 lib. 10 de la Nov. Rec.

(ik) En todo caso los parientes legítimos, deberán ser preferidos á los naturales, pero no dá preferencia el doble vínculo, aunque tiene lugar la representacion como en las sucesiones intestadas. La proximidad del parentesco, debe considerarse con respecto al vendedor: pueden usar del derecho de retracto los hijos desheredados, y los que renunciaron con juramento la herencia de su ascendiente; debiendo tenerse presente, que en

contado á extraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, poseerla, es preferido por el tanto al comprador extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella, si ocurre dentro de los primeros nueve dias siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo, ni con fraude. Y si entónces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre si; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano (84).

38—Por lo que hace al retracto de *comunion ó sociedad*, es constante que no solo puede el sócio ó partícipe en la finca, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á extraño; sino tambien despues de vendida ésta, acudiendo dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues (il); con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude

la venta de bienes inmuebles que adquirió el vendedor por compra, permuta, donacion ó de otra manera que no sea por sucesion de sus ascendientes, no tiene lugar el retracto gentilicio, pues para que lo tenga es preciso que los haya heredado de su padre, madre ó abuelos: leyes 2, 3, 4 y 9 tít. 13 lib. 10 Nov.

(84) Ley 7 tít. 11 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 1 tít. 13 lib. 10 Nov. Rec., que es la misma ley 13 tít. 10 lib. 3 del Fuero Real.

(il) Estos nueve dias son *fatales*, y corren contra los menores y los ausentes, y aun contra los ignorantes á no

ni dolo (85). Mas esto se entiende cuando ámbos poseen la cosa *pro indiviso*, pues si está dividida real y demostrativamente y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son sócios, ni tienen comunion en ella.

39—Siendo muchos los sócios, puede cada uno *in sólido*, retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si el sócio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla, ni quitarla por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador (im).

40—Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion, el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el haber fraude, y no se concede el remedio de la restitucion *in integrum*: deben contarse en las ventas judiciales, desde el siguiente al del remate; en las simples, desde el siguiente al de su celebracion y perfeccion, y en las condicionales, desde el dia siguiente al del cumplimiento de la condicion: leyes 1, 2 y 4 tít. 13 lib. 10 Nov., y GOMEZ en la 70 de Toro.

(85) Ley 55 tít. 5 Part. 5.

(im) En este retracto la cosa puede ser mueble ó inmueble, á diferencia del gentilicio, en que debe ser precisamente raiz; y puede tener lugar no solo respecto de aquellas cosas, sino tambien en las servidumbres de casa ó fundo, en el derecho de apacentar ganado en prado ó dehesa ajena, y en la accion ó derecho á alguna cosa inmueble comun á los sócios; y no solo en la venta, sino tambien en la transaccion, en la dacion en pago y en el arrendamiento hecho á muchos, de algun fundo, diezmo ú otras rentas. ESCRICHE, hablando de este retracto.



que tiene edificio sobre suelo ajeno, por el que paga pension al de éste, y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores, cierto rédito ó pension anual. Ahora, pues, si el señor del dominio directo, ó de la area ó suelo lo vende á estraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ninguna pension anual le paguen, pues si la pagan deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez para tantearlo, y sí solo al laudemio que por la venta se cause.

41—Si el señor y el superficiario ó enfiteuta, concurren con el consanguíneo ó con el sócio, ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario, y al enfiteuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca; y al sócio, el superficiario y el enfiteuta. Y si estos tres, y el señor concurren con el consanguíneo, le preferirán por el órden con que quedan nominados; de modo que el consanguíneo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concurra con todos juntos, ó con cada uno solo: el sócio cede al superficiario y al enfiteuta, y éstos dos al señor del suelo (86).

(86) Ley 13 tit. 11 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 8 tit.

## §. III.

*Del trueque ó cambio.*

42—El trueque ó cambio, que tambien se llama permuta (in), es: *un contrato por el cual se dá una cosa cierta, por otra tambien cierta* (87). Se diferencia de la venta, en que por ésta se dá precio en dinero contado y por el cambio no, sino una cosa por otra (88); y en que la venta es válida aunque sea de cosa ajena, lo que no sucede en el cambio (89).

43—Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera, por palabras simples sin otorgamiento ni promesa; la segunda, por palabras recíprocas de ámbos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera es, cuando se hace el cambio por palabras, y la cumple uno de los dos ó ámbos, y de la misma manera que los que venden, están obligados los que cambian, á la

13 lib. 10 Nov. Rec.

(in) Aunque estas tres voces son tenidas por sinónimas en la acepcion comun, la mas propia de este contrato, es la de *trueque*. La palabra *cambio*, se aplica con especialidad á ciertas operaciones de comercio, y la voz *permuta* ó *permutacion*, corresponde mas bien á los empleos y prebendas. Sobre este particular, debe tenerse presente la Real cédula de 14 de febrero de 1796, que prohíbe por punto general las permutas de curatos por capellanías ó beneficios, para cerrar todo camino á negociaciones y simonías paliadas. La permuta de toda clase de empleos es nula si no interviene licencia Real. TAPIA, lib. 2 tit. 4 cap. 15 n. 8.

(87) Prol. y ley 1 tit. 6 Part. 5.

(88) Ley 1 tit. 11 lib. 4 del Fuero Real.

(89) Leyes 1 y 4 tit. 6 Part. 5.

evicción y saneamiento de lo que truecan (io).

44—Todos los que tienen potestad de comprar y vender, la tienen también de hacer trueques; y todas las cosas que pueden ser vendidas, se pueden trocar, y al contrario [\*]. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiásticas, ha de intervenir licencia del prelado eclesiástico en cuya diócesis están (90) (ip).

(io) Cuando el cambio se hace con prometimiento de cumplirlo, la ley 3.ª tít. 6.ª Part. 5.ª dispone, que á ninguno de los contrayentes le sea permitido arrepentirse contra la voluntad del otro, y que el que no quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieren. Lo contrario dice respecto de los cambios hechos por palabras simples, sin otorgamiento ni promesas; bien que Gregorio Lopez glos. 4.ª á dicha ley 3.ª, se inclina á que deberá suceder lo mismo que con el anterior, en virtud de lo dispuesto en la ley 2.ª tít. 16.ª lib. 5.ª de la Recopilacion de Castilla, que transcribimos en la nota (aj). Hay otra division de la permuta y es, en *simple* y *estimatoria*: *simple* es, cuando no se determina el precio de ninguna de las dos cosas; y *estimatoria*, cuando se hace valuacion de ellas. En el primer caso, ninguno de los contrayentes puede quejarse de *lesion*, no habiendo fuerza, dolo ú otra justa causa para reclamarla, pero siendo el cambio estimatorio sucede lo contrario, á causa de haberse apreciado las cosas permutadas. HEINECCIO, *Elemen. jur. natur.* lib. 1.º §§. 33 y siguientes.

[\*] Véase el número 42 en donde se sienta, que en el cambio no pueden trocarse las cosas ajenas.

(90) Leyes 63 al fin, tít. 5.ª Part. 1.ª, y 2.ª tít. 6.ª Part. 5.ª.

(ip) En este contrato, como útil á ámbos otorgantes, deberá prestarse la culpa leve: manifestado esto, fácil es conocer á quien pertenece, cuando no la hay, el peligro de la cosa permutada. Como aquí se transfirió la pro-

45—No se perfecciona el trueque hecho con palabras simples, hasta que ámbos contrayentes se apoderan recíprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, si no entrega al otro la suya no queda perfecto y puede disolverse, y por no entregarla no incurre en pena, á ménos que en la escritura se la impongan, ó que el otro contrayente haya sido dañado (91) (iq).

46—Si el trueque se hace con palabras y promesa, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil; lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples (92).

piEDAD, es claro que el peligro de la cosa entregada será del que la habia recibido como dueño: el de la no entregada es del que la debe recibir, pues que su señor, como que es deudor de especie, pereciendo ésta se liberta.

(91) Leyes 2 tít. 11 lib. 3 Fuero del Real, y 3 tít. 6 Part. 5.

(iq) Si uno se obliga á dar una cosa por dinero y por efectos ¿será compra-venta ó permuta? Nuestro derecho no decide esta cuestion, pero nos parece que la voluntad de los contrayentes es la que debe resolverla. Segun esto, si el precio se fijó en cantidad determinada de dinero y se convino en que parte de él se pagara en efectos que se justipreciaron, habrá una verdadera compra-venta: por el contrario, si los contrayentes se propusieron principalmente cambiar una cosa por otra, y para igualar su diferencia ó por cualquier causa diferente, convinieron en que uno diese ademas una cantidad, será permuta. SERNA y MONTALVAN, lug. cit. tít. 3, secc. 4 n. 12.

(92) Ley 3 tít. 6 Part. 5, y 2 tít. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

## §. IV.

## De la alcabala.

47—Alcabala (ir) es, el derecho que tiene la hacienda pública sobre todo lo que se vende ó permuta, para exigir un cuatro por ciento del valor de la cosa raiz vendida ó permutada (93). Perfeccionados estos contratos y los demas en que se adeuda, debe pagarse la alcabala, aunque los contrayentes los deshagan; y tiene lugar tantas veces, cuantas se enajenen las cosas sujetas á su pago (94). Lo estan, pues, toda especie de censos, ya sean enfitéuticos, consignativos ó reservativos; la locacion conduccion, si es por tiempo indefinido ó muy dilatado, de suerte que pase de diez años (95); las ventas necesarias y jurídicas en almonedas y públicos remates; todos los contratos y daciones *in solutum* y las ventas clandestinas, aunque no se formalice instrumento público (96).

48—Si los contrayentes, ademas de haber perfeccionado el contrato con su mútuo consentimiento,

(ir) Esta palabra es árabe, compuesta de *cabala* ó *cabale*, que significa recibir, cobrar ó entregar, antepuesto el artículo *al*. Otros le dan distintas etimologías, y el Escriche opina que es mas probable que viene de la latina *gabella*, pues que con este nombre era ya conocido entre los romanos el impuesto sobre las ventas.

(93) Ley 11 tít. 12 lib. 10 Nov. Rec. Art. 10 del decreto de 28 de agosto de 1832.

(94) Ley 12, allí

(95) Real cédula de 21 de agosto de 1777. Art. 3 y 62 de dicho decreto.

(96) Circular de 5 de setiembre de 1791, y art. 3 cit. Véase la ley 22 tít. 13 lib. 8 Rec. de Ind. y cédulas de 5 setiembre de 1735, y 20 de noviembre de 1786.

pasaron adelante, haciendo entrega del precio ó de la cosa, ó de uno y otro, se han de distinguir dos casos: 1º cuando la hubo solamente de parte del uno; y 2º cuando de parte de los dos. En el primero, si se disuelve el contrato por voluntad de ellos, devolviendo el uno lo que habia recibido, al otro que lo acepta, se debe una sola alcabala: en el segundo se deben dos alcabalas, porque hay dos ventas, á diferencia de que en aquel no hubo mas que una con su disolucion (97). En las permutas se deben dos alcabalas, que paga cada uno de los contrayentes, segun el valor de sus respectivas cosas permutadas; y en las ventas la paga siempre el vendedor, aunque no se espresé, salvo que se convenga lo contrario, en cuyo caso se deberá tambien lo que llamamos *alcabalilla*, que es la alcabala de la alcabala (98).

49—Se adeuda una sola alcabala de la venta hecha con el pacto de *retrovendiendo*, si bien esto se entiende haciéndose el pacto incontinenti, pues habiendo habido intervalo despues de perfeccionado el contrato, serán dos ventas, y por consiguiente se deberán dos alcabalas (99). Tambien se debe una alcabala en la venta hecha con el pacto de *adicion en dia*, cuando por fin se queda con la cosa el primero ó segundo comprador; pero no en la hecha con el pacto de la *ley comisoría*, si se deshace en virtud del mismo (100).

50—Cuando se verifica retracto *legítimo*, se debe solo una alcabala, porque el retrayente queda

(97) Ley 11. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

(98) Dicha ley 11. Curia Filip. lib. 4. Comer. terr. cap. 14. n. 72.

(99) Goyena citado, tit. 47. secc. 10. n. 3319.

(100) Escriche, palabra *Alcabala*.

subrogado en lugar del primer comprador. Lo mismo sucede en las ventas que se rescinden por beneficio de la ley, como si hubo lesion, dolo ó miedo incidente en el contrato, y por la accion redhibitoria (101); mas no se causa alcabala en las de los menores que se rescinden por la restitucion *in integrum* (102). Las ventas que se hacen á censo redimible, causan una sola alcabala, que han de pagar por mitad los contrayentes (103).

51—La alcabala de bienes raices que se venden ó permutan, se paga en el lugar donde estan situados, y la de los muebles y semovientes, en el lugar donde se venden y entregan (104), y ha de consistir precisamente en dinero y no en otra cosa (105); debiendo los escribanos ante quienes pasen estos contratos, dar aviso prévio á los administradores respectivos de rentas, para que se satisfaga este derecho, y no entregar antes los testimonios, bajo su responsabilidad (106) (is). En caso de fraudes ó con-

(101) Gutierrez *de gabell.* q. 14 lib. 7, y Parladorio lib. 1 *rer. quot.* cap. 3 § 5.

(102) Curia Filíp. lib. 1 cap. 14 *com. ter.* n. 65.

(103) Real céd. de 17 de junio de 1793, ó ley 21 tit. 12 lib. 10. Nov. Aunque esta ley declara que no se debe alcabala de la redencion, en esta parte está derogada por el art. 3 del decreto de 28 de agosto ya citado, que dice se causa por la imposicion y *redencion* de censos.

(104) Leyes 12 y 13 tit. 12 lib. 10 Nov.

(105) Ley 11 allí, y Real órden de 10 de julio de 1815.

(106) Ley 14 tit. 12 cit. y su nota.

(is) Los escribanos están obligados á manifestar sus protocolos, á lo ménos una vez cada año, al administrador general, para ver si contienen fraude; sin dejarlos en la administracion, pues á su presencia y con su intervencion deberá el administrador hacer el reconoci-

tratos simulados para ocultar el verdadero valor de lo vendido, se procederá á hacer las averiguaciones correspondientes, y á imponer las penas establecidas por derecho (107).

miento, que será únicamente de los instrumentos de compra y venta y demas que causen alcabala, para lo que se deberá gobernar por sus membretes; y solo en el caso de que haya justificacion de fraude en el protocolo y aparezca malicia en el escribano, se inspeccionarán por su interior todos los instrumentos, pero no por el administrador, sino por el Presidente, como Superintendente general de rentas, con mucha reserva y sigilo, sin publicar mas especie que la que fuere precisa al intento. Cédula de 6 de mayo de 1770. Véase el art. 142 de la Ordenanza de Intendentes.

(107) Ley 19 tit. 12 lib. 10 Nov. y nota 7 de la ley 14 citada. Véase el decreto de 28 de agosto de 1832, y particularmente los art. 63 y 64.



## APÉNDICE.

### DEL COMERCIO EN GENERAL Y DE LAS CONTRATAS MERCANTILES.

#### SUMARIO.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Razon del órden.   | 20  |
| 2 Definicion del <b>comercio</b> y sus divisiones.   | 21 De las que se ajustaren sobre muestras.  |
| 3 Qué se entiende por comerciante, y quiénes no pueden serlo.  | 22 De las que se hicieren sin muestras, y resultare diferencia al tiempo de la entrega. |
| 4 Libros que han de tener los comerciantes por mayor.  | 23 Del caso en que un comerciante vendiere a dos los efectos contratados.               |
| 5 Los que han de tener los comerciantes por menor.   | 24 De la interpretación de las escrituras.  |
| 6 Lo que debe hacer el comerciante por mayor no sabiendo leer ni escribir.                                 | 25 Dentro de qué plazo deberán pagarse los efectos, si no se profijó.                   |
| 7 Modo de salvar el error que por descuido se cometiere, y de las penas en que incurren en caso de fraude. | 26 Observaciones respecto de las personas de los <i>contrayentes</i> .                  |
| 8 La buena fé es el alma del comercio.   | 27 Qué es <b>letra de cambio</b> , y de los requisitos que debe tener.                  |
| 9 Como deben efectuarse las contratas entre comerciantes.  | 28 Obligaciones de los aceptantes.  |
| 10 De las que se celebran sin intervencion de corredor.  | 29 Del <b>protesto</b> , sus divisiones y tiempo de formalizarlo.                       |
| 11 De las que se hacen entre au-   |   |

**D**ESPUES de haber tratado de las compras, ventas y permutas, parece ser este lugar el mas propio para dar una idea de lo que es el *comercio*, cuya palabra, atendida la acepcion que la dá el derecho civil, es mas lata que la que recibe del derecho mercantil. Segun el primero, son objeto del comercio todas las cosas que estan en el dominio de los hombres, capaces de enajenacion; y conforme al segundo, lo son únicamente las muebles, designadas con el nombre de *géneros ó mercancías*.

2—En tal concepto el *comercio* se define: la negociacion y tráfico que se hace comprando, ven-

diendo ó permutando unas cosas con otras, ó bien: *la negociacion de los productos naturales é industriales, con el objeto de realizar una ganancia* (1). El comercio se divide: 1º en marítimo y terrestre: 2º en interior y exterior: 3º por mayor ó menor; y 4º en comercio de mercaderías, en dinero y en papel (2). *Marítimo* es el que se hace en todas las regiones del mundo á donde puede aportarse por mar, ya sea el Océano, ya el Mediterráneo, ó ya otros mares menores, como el mar Rojo: *terrestre* es, el que se hace de pueblo á pueblo, ó de nacion á nacion, por medio de carruajes ó bestias de carga y tambien en pequeñas embarcaciones por los rios, lagos y canales: *interior* es, el que hacen entre sí los pueblos de una misma nacion, ya por tierra ó ya por mar, en cuyo caso recibe el nombre de *cabotaje*: *exterior*, el que hace una nacion con otra, y se subdivide en comercio de *importacion*, que es el que se emplea para importar ó introducir géneros de una nacion á otra para el consumo; de *esportacion*, para esportarlos ó estraerlos para el consumo del extranjero, y de *fletes* ó *de tránsito* ó *transporte*, que tiene por objeto conducir ó transportar géneros extranjeros de unos puertos á otros de diferente nacion. Comercio *por mayor* se dice, cuando los géneros se venden por cargas, quintales, fanegas, pesos ó medidas mayores; *por menor*, cuando las mercaderías se venden en tiendas ó en almacenes por varas, libras, etc. (3). Finalmente, comercio de *mercaderías* es el que consiste en la compra, venta ó

(1) Curia Filip. lib. 1 *com. terr.* cap. 1 n. 2.

(2) Tapia, Febrero nov. *Tratado de jurisprudencia mercantil*, cap. 1 n. 2, 3, 4 y 5.

(3) Véase la nota 6 tit. 12 lib. 10 Nov. Rec.

cambio de éstas; el comercio *en dinero*, el que ejercen los prestamistas y ajiotistas (it), y el comercio *en papel*, el que hacen los banqueros y cambistas, librando, tomando ó descontando letras ú otros papeles semejantes. Hay, además, otro género de comercio llamado *de neutralidad, habilitacion de bandera ó asilo*, y es el que hacen los comerciantes de una nacion con los de otra enemiga, por medio de los de otra tercera que es neutral, y consiente en que se valgan de su suelo, nombre ó pabellón para hacerle (4).

3—*Comerciante* es el que, siendo capaz para contratar y obligarse, tiene por ocupacion habitual y ordinaria el tráfico mercantil (iu). Tienen capacidad

(it) Aunque el *ajio*, que consiste en la diferencia de valor de las monedas y papel moneda, es una negociacion licita, puede convertirse en usura cuando el ajiotista ó especulador compra por mitad ú otra grande pérdida el papel que emite é introduce el Estado en sus urgencias, y luego lo dá por todo su valor á las personas que por el fatal estado de sus negocios, ó por su mala conducta, se ven en la precision de recurrir á un medio tan ruinoso de tener dinero, sacando á éstos de nuevo el mismo papel con pérdida, bajo nombres supuestos. *Ajiotista ó ajiotador* es el que se emplea en el *ajiotaje*, esto es, en el cambio de letras y efectos públicos por metálico, ó al reves. TAPIA, lugar citado n. 5. Véase el Escribe en esta palabra.

(4) Tapia, allí, n. 6.

(iu) Se llaman *banqueros* los que por cierto precio y por medio de letras de cambio ponen la cantidad que reciben, en una poblacion distinta: *fabricantes ó manufactureros*, los que convierten primeras materias en objetos de otra forma ó calidad: *negociantes*, los que venden géneros por mayor en los almacenes; y *mercaderes* los que tienen tiendas y en ellas venden por menor.

legal para ejercer el comercio todos aquellos à quienes no se les ha prohibido: estan, pues, comprendidos en esta prohibicion los clérigos: los hijos de familia que estan bajo el poder de sus padres: los menores que tienen curador, sin licencia de éste (5); pero si no le tuvieren podrán contratar, aunque en los negocios mercantiles no se les concede el privilegio de restitucion (6): la muger casada, à menos que tenga licencia de su marido, ó por su defecto de la justicia, con conocimiento de causa necesaria ó útil; siendo de advertir que basta la licencia tácita del marido, como si éste se hallase presente á la contratacion y no la contradijere; y una vez dada dicha licencia por el marido ó por el juez, no pueden revocarla (7): el esclavo, sin consentimiento de su señor, à ménos que sea comunmente tenido y reputado por mercader ó tratante (8): los quebrados ó fallidos fraudulentos (9): los empleados de hacienda (10): los corredores (11); y los demas de que ya hemos hecho mencion en el título anterior.

4—El comerciante por mayor debe tener cuatro libros de cuentas (12), à saber: *un libro borrador* ó

(5) Véanse los núm. 19 y 20 del título anterior.

(6) Curia Filip. tomo 2 *com. terr.* lib. 1 cap. 1 n. 38.

(7) Leyes 11, 12, 13, 14 y 15 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.; y Curia Filip. lug. cit. n. 26 al fin.

(8) Ley 6 tít. 4 lib. 10 Nov.

(9) Leyes 5, 6 y 7 tít. 32 lib. 11 Nov.

(10) Ordenanza de navegacion n. 27, y leyes 53 tít. 4, y 9, 35, 46 y 48 tít. 4 lib. 8 Recop. de Indias. Véase la real orden de 4 de agosto de 1794, que deroga los artículos 88 y 91 de la Ordenanza de Intendentes, que permiten á los empleados que espresa, puedan hacer tratos y granjerías.

(11) Ley 4 tít. 6 lib. 9 Nov.

(12) Ley 14 tít. 4 lib. 9 Nov., y Ordenanzas de Bil-

*manual*, que estará encuadernado, numerado, foliado y forrado, y servirá para asentar la cuenta individual de todo lo que se entrega y recibe diariamente, con espresion de dia, cantidad, calidad, peso, medida, plazos y condiciones, escribiendo consecutivamente todas las hojas, sin dejar blanco alguno y con el aséo posible. El *libro mayor*, que tambien estará encuadernado, forrado, numerado y foliado, servirá para pasar á él todas las partidas del manual, con puntualidad y limpieza; formando con cada individuo sus cuentas particulares con cita de las fechas y fólíos del manual de donde dimanán, abreviadas ó sumariamente, nombrando el sujeto ó sujetos, su domicilio y vecindario, con *debe* y *ha de haber* (13): bajo la inteligencia, que concluido un volúmen, se cerrarán todas las cuentas, con los restos ó saldos que resultaren en pro ó en contra, los cuales pasarán al nuevo volúmen que se forme. El *libro de facturas ó cargazones*, que contendrá por menor el asiento de todos los géneros que se reciban, remitan ó vendan con espresion de marcas, números, pesos, medidas, calidades, valor, importe de gastos, personas á quienes se vendieren ó remitieren, accidentes de naufragios ú otros que padezcan hasta su despacho. Y finalmente, el *libro copiadador de cartas*, que estará igualmente encuadernado, servirá para escribir en él por copia á la letra, con puntualidad y consecutivamente, todas las cartas de negocios dirigidas á los corresponsales. Ade-

báo cap. 9; cuyas Ordenanzas estan mandadas observar en la República por la Real Cédula erectoria del Consulado, de 11 de diciembre de 1793 y Decreto de 13 de agosto de 1839 que lo restableció.

(13) Véanse las leyes 12 y 13 tit. 4 lib. 9 Nov. Rec.

mas de estos libros el comerciante por mayor debe tener un cuaderno rubricado de su mano, en que conste con claridad y formalidad, el balance ó cuenta de sus créditos y débitos, que debe hacer por lo menos de tres en tres años (14), y tambien otros libros particulares llamados *auxiliares*, para sus anotaciones ó asientos privados, formándolos en partidas dobles ó sencillas, segun su arbitrio (15).

5—En toda tienda ó lonja donde se venda por menor, deberá tenerse por lo ménos un libro con los requisitos indicados, con su abecedario, en el cual se vayan formando todas las cuentas de los géneros que se compraren y vendieren al fiado, con toda especificacion y sin dejar hojas en blanco. Mas los que no tuvieren disposicion para esta formalidad de libro, deberán á lo ménos tener un cuaderno foliado, en el que haràn que el vendedor les asiente los géneros que recibieren de él y los pagos que hicieren al mismo, manifestando luego dentro de ocho dias el referido asiento á una persona de su confianza, para reclamar las diferencias que por dolo ó error pudiere haber entre el asiento y la contrata (16).

6—El comerciante por mayor que no supiere leer ni escribir, debe nombrar un sujeto inteligente que cuide de los cuatro libros que debe llevar, y otorgarle poder en forma ante escribano público para que intervenga en las negociaciones, firme letras de cambio, vales, contratas y otros instrumentos relativos al comercio (17).

7—En caso que por descuido se haya escrito con error alguna partida de los libros en cosa sustancial,

(14) Ordenanzas citadas, cap. 9 n. 13.

(15) Id. núm. 6.—(16) Id. n. 8 y 9.—(17) Id. n. 7.

no podrá enmendarse la misma, sino contraponiéndola enteramente, con espresion del error ó equivocacion y su causa, cuya operacion en el lenguaje de la teneduría de libros se llama *estorno* (18). Mas si en alguno de dichos libros se notare haberse arrancado ó sacado alguna hoja, no será oido el comerciante tenedor de ellos, en razon de diferencias de sus cuentas, sino que se dará entero crédito al otro con quien litigare, con tal que tenga los suyos en debida forma (19). El comerciante que exhibiere libros recién fabricados, en lugar de los corrientes ó fenecidos, será castigado como fraudulento (20).

8—La buena fé es el alma del comercio y por esta razon se ha creado una legislacion particular sobre los asuntos de este ramo, ya para abreviar los procedimientos de justicia, ya para procurar la prontitud y seguridad de los pagos, ya en fin, para evitar y castigar el fraude; procediendo en todo *atenta veritate et bona fide servata*.

9—En consecuencia, está prevenido que todas las ventas, compras, ajustes ó contratas que se celebren entre dos ó mas comerciantes, al contado ó á plazo, trueque ó de otro cualquier modo, deben efectuarse y cumplirse segun las calidades y circunstancias del ajuste, á ménos que de comun convenio de los contratantes se varíe en parte ó se anule en el todo lo contratado: que las contratas que se reduzcan á escrito han de hacerse usando de voces

(18) Ordenanzas citadas, n. 10.—(19) Id. n. 11.

(20) Dichas Ordenanzas, núm. 12. Téngase presente, que con arreglo al art. 4 de la ACTA CONSTITUTIVA de 19 de octubre de 1851, quedan suspensos los derechos de ciudadano por el estado de fallido, mientras no se declare la quiebra inculpable, ó por ser *deudor fraudulento*, declarado por sentencia.

claras é inteligibles y con espresion individual de todas las condiciones, cantidad, calidad, marcas, números y forma de los pagamentos; y que interviniendo corredores jurados, han de ser tan válidas como si fuesen hechas por instrumento público, habiendo de estarse, en caso de diferencia, á lo que constare del libro del corredor, siempre que se halle conforme con el asiento de una de las partes. Y porque acontece que al comprar ó vender porcion de mercaderías, hace cabeza y concluye el negocio uno, y despues se dividen los géneros en otros; en este caso se estará á la razon de los que de una y otra parte hicieren el tal negocio, para el cotejo en caso de diferencia con el libro del corredor, sin que sirva la de los demas interesados (21).

10—Siempre que las contratas se hicieren sin intervencion de corredor, estarán obligadas las partes á reducir la estipulacion por escrito en papel reciproco, para que cada una de ellas sepa á lo que se obliga. Si no se redujere á escrito, será de cargo del que vende dar al comprador un trasunto ó memoria del valor de la partida, y el comprador deberá volverla rubricada de su puño con la espresion de haberla pasado de acuerdo (22).

11—Los negocios que se hicieren con personas ausentes, se han de justificar por lo que constare de los libros y cartas originales recibidas, y copias de las que hubiesen escrito (23).

12—Cuando se negociare sobre muestras en géneros que deben venir por mar ó por tierra, debe-

(21) Ordenanzas citadas cap. 11 n. 1, 2, 3 y 4. Véase la ley 73 tít. 46 lib. 9 Rec. de Indias, que permite, que cada uno pueda contratar por su persona sin corredor.

(22) Ordenanzas, lug. cit. n. 5 y 6.—(23) Id. n. 7.



rá el vendedor entregar dentro del tiempo convenido, los efectos de la misma calidad de las muestras, conservando una de ellas el comprador, otra el vendedor y otra el corredor, para que en caso de diferencia se esté á lo que resulte del cotejo; entendiéndose que dichos géneros serán de las calidades y condiciones en que convengan dos de las referidas tres muestras. Mas si el negocio se hiciere sin muestras, y resultare diferencia al tiempo de su entrega, se estará á lo que contenga la contrata de su razon; y si aun insistiere el comprador en que los géneros no son de la calidad contratada, se deberá estar á la declaracion de peritos nombrados por las partes, y en caso de no quererlo hacer éstas, lo hará el Consulado de oficio (24).

13—Siempre que habiéndose negociado con muestras ó sin ellas, tambien sobre géneros á venir por tierra ó por mar, se reconociere al tiempo de entregarlos, ó despues de haberlos recibido, que no corresponden en calidad ó cantidad á lo estipulado en materia sustancial, sin que el defecto provenga de fraude del comprador ó vendedor, quedará disuelta la negociacion, como si no se hubiese celebrado, devolviéndose mutuamente los géneros y el dinero que hubiesen recibido. Pero si se viese que la diferencia de los géneros contratados resulta de fraude del vendedor, estará éste obligado á cumplir el ajuste segun sus circunstancias, y á indemnizar al comprador de todos los daños y perjuicios; así como si se hallase que el comprador cometió el fraude despues que recibió los géneros, deberá cumplir con la obligacion que contrajo en el ajuste, y uno y otro, en caso de delito, serán castigados á arbitrio del juez (25).

(24) Ordenanzas cit. n. 8 y 9.—(25) Id. n. 10 y 11.

14—Si algun comerciante hiciere contrata ó negocio con otro, y antes de verificar la entrega de los efectos contratados, celebrare segunda venta de ellos con otro entregándoselos, subsistirá esta segunda negociacion; pero el primer contratante tendrá acción contra el vendedor por los daños y perjuicios que se le hubiesen seguido; incurriendo ademas en las penas que merezca, á proporcion de la malicia que se le justificare haber tenido en faltar á la primera contrata (26) (iv).

15—Siempre que en los instrumentos ó escrituras que se hicieren en razon de dichos contratos, hubiere alguna confusion por oscuridad de sus cláus-

(26) Ordenanzas n. 12.

(iv) En la nota (bb) pág. 52, hablamos de varios pactos reprobados, y ahora parece oportuno decir algo respecto de otro conocido en derecho con el nombre de *mohatra*. Este es un contrato simulado de venta por el cual compra uno de un comerciante algunas mercaderías á crédito y á muy alto precio, para volverlas á vender en el mismo instante al propio comerciante á dinero contado y á precio mas bajo. Vende, por ejemplo, un mercader á una persona que necesita dinero, cierta cantidad de mercancías por quinientos pesos, haciéndose dar un vale á pagar dentro de un año, siendo así que las mercancías no valen á lo mas sino trescientos; y luego despues el comprador las vuelve á vender al mismo mercader por doscientos al contado. Esto es lo mismo que si el mercader prestase á usura doscientos pesos, para recibir quinientos al cabo de un año. Los mercaderes pues, que hicieren tales contratos directa ó indirectamente, por sí ó por otras personas, pierden sus oficios y el dinero prestado, y ademas incurren en la multa de cincuenta mil maravedís, con aplicacion al fisco, juez y denunciador: leyes 3 tit. 8 lib 10 y 5 tit. 22 lib. 12 Nov. Rec., y 3 tit. 2<sup>1</sup> lib. 4 Rec. de Indias.

sulas; deberán interpretarse en todo tiempo contra el vendedor, á quien se ha de imputar la falta, por no haberse explicado con la debida claridad (27).

16—Cuando entre vendedor y comprador no se hubiere estipulado plazo determinado, para el pago, se deberá entender el de cuatro meses, desde el dia de la entrega de los géneros (28).

17—Respecto de las personas que contratan, deben tenerse ademas presentes, las observaciones que siguen: 1ª Todo contrato se considera radicado en la sola persona del contratante, aunque la utilidad redunde en favor de un tercero, por cuyo beneficio de haya estipulado: 2ª La accion directa ó útil que nace de un contrato, no compete á aquel en cuyo nombre se ha estipulado, sin que preceda la cesion del contratante, á ménos que proceda de mandato espreso del principal, ó cuando el contrato recae sobre cosas pertenecientes á éste: 3ª Siempre que cualquiera intente proceder en virtud de un contrato dolosamente estipulado, se entenderá dolosa la accion deducida, aunque el actor no haya cometido el dolo: 4ª El contrato hecho por cualquiera de los sócios obliga á todos los demas, aunque en el acto de la estipulacion no haya hecho mencion alguna de ellos, siempre que en la escritura de sociedad conste haberse pactado que la misma haya de administrarse bajo el nombre de los sócios: 5ª Un negociante que tenga orden de su corresponsal para contratar, y ejecutare la comision sin espresar por quien contrata ni exhibir el mandato, se entenderá haber contratado por sí mismo, y esto procede aun cuando pueda probarse que el que contrató con el procurador hubiese sabido estrajudicialmen-

te el mandato del principal comitente: 6ª Cualquiera que contrata con quien se tiene por mandatario de un tercero, no está obligado á indagar la realidad del mandato, y mucho ménos cuando se intenta contratar sobre un negocio que el mismo mandatario haya administrado generalmente á nombre de su principal, á fin de obligar á éste por el hecho de aquel: 7ª El contrato estipulado con un factor ó cualquiera otra persona prepuesta ó destinada al manejo de una negociacion, aun despues de revocada por su principal la facultad de contratar, será válido, siempre que el sujeto que contrate con él, ignorese la revocacion del mandato: 8ª El contrato del factor fallido ó próximo á quiebra, es válido aun en perjuicio de su principal, si se ignoraba tal situacion; pero sucederá lo contrario, si el contratante era sabedor de ella: 9ª Los contratos hechos por un negociante dentro del término prefijado por cualquier estatuto, para poderse uno suponer en inminente quiebra, se presumen siempre fraudulentos, y por consiguiente nulos; salvo que la quiebra haya procedido de causa posterior al contrato, ó si al tiempo de celebrarse éste, gozase el mismo negociante de buen crédito en la plaza, aunque en realidad estuviese insolvente; y por último, para interpretar la mente de los contrayentes, deben siempre atenderse la costumbre y los usos del lugar en que el contrato dudoso se hubiese celebrado, entendiéndose sus palabras segun los estilos y usos recibidos en el comercio (29).

18—Letra de cambio es, *una orden ó mandato dado por un negociante á su corresponsal, para*

(29) Véase el Febrero de Tapia, en el *Tratado de jurisprudencia mercantil*, cap. 5.

que pague cierta cantidad á otro negociante, ó á la orden de éste. Debe contener los requisitos siguientes: 1º La firma del *librador*: 2º el nombre del sujeto que dá su importe y se llama *tomador*: 3º El de la persona contra quien se libra, el cual se llama *aceptante* luego que se compromete á pagarla: 4º La fecha del día en que se jira: 5º El nombre de la plaza en que se saca, y el del pueblo ó paraje en que ha de pagarse: 6º La cantidad que ha de satisfacerse, y tambien el precio del cambio, cuando la letra se ha de pagar en plaza estrangera donde no tiene curso la moneda nombrada en aquella: 7º El término ó plazo á que ha de pagarse: 8º El cambio ha de ser real y efectivo, esto es, que la letra se jire en una plaza para ser pagada en otra; pues la orden dada por un negociante para pagar cierta suma en el mismo pueblo de su domicilio, no se llama *letra de cambio*: 9º El librador ha de tener una cantidad igual á la que recibe del tomador en poder de la persona contra quien vá jirada la letra, ó bien ha de librar sobre su crédito, pues de otro modo no sería la letra, sino una simple orden ó mandato: 10ª La letra de cambio ha de estar concebida en la forma generalmente prescrita, esto es, ha de espresar el valor recibido, sea en dinero contante, ó mercaderías ú otros efectos (30). Todos aquellos á cuya orden está pasada ó endosada una letra de cambio, son *portadores* ó *tenedores* de ella, y el último portador tiene por fiadores *in solidum* á todos los endosantes, al librador y aceptante (31).

19—Las personas á quien se presentan las letras para su aceptacion, deben devolverlas con ésta ó sin

(30) Ordenanzas cit. cap. 13 n. 12.—(31) Id. n. 3.

ella al portador, dentro de veinticuatro horas contadas desde la presentacion que éste hizo, para que tenga tiempo de usar de su derecho; y reteniéndolas mas, han de tenerse por aceptadas y corriendo sus términos (32). El aceptante está obligado á satisfacer la cantidad de la letra al vencimiento de su plazo, en el lugar donde es pagadera; y no haciéndolo así, tiene que pagar los gastos de protesto, de viaje, de cambio, recambio é intereses, sin que pueda oponer el no haberle suministrado fondos el librador, ó el haber quebrado despues, ni tampoco que solo es un comisionado del librador, y que únicamente por este título aceptó (33).

20—Finalmente, por *protesto* se entiende el requerimiento que se hace al que no quiere aceptar ó pagar una letra, protestando recobrar su importe del dador de ella, con mas los gastos, cambios y recambios, y otros cualesquiera daños que se causaren, ó bien: *el testimonio con que el tenedor de una letra de cambio hace constar la falta de aceptacion ó de pago de parte de la persona á cuyo cargo está jirada*. De esta definicion se deduce, que el protesto es, ó por *falta de aceptacion ó de pago*: el efecto del primero es, que el tenedor de la letra puede proceder contra el librador, no para hacerle entregar el importe de ella, lo cual no debe exigirse hasta despues de haber hecho protestar la letra por falta de pago, sino tan solo para obligarle á que haga aceptar la misma, o que dé fianza de que en caso de no pagarse á su vencimiento, restituirá el importe con los cambios, recambios y costas de protesto. El protesto por falta de pago se ha-

(32) Ordenanzas citadas, n. 35.

(33) Tapia, lug. cit. cap. 7 núm. 32.

ce al vencimiento de las letras cuando las personas contra quienes se han jirado rehusan pagarlas, ya las hayan aceptado ó no, ya sean pagaderas á la vista, á dia señalado etc., segun el plazo que tengan. En las que no contémgan la espresion *sin mas término*, ó prefijo, aunque se señalen en ellas dias para sus pagos, ha de gozar el pagador de los dias corteses que concede la Ordenanza (34).

## TÍTULO XXV.

### DE LA LOCACION CONDUCCION.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Definicion de la <b>locacion conduccion</b> .        | 11 El conductor no está obligado al caso fortuito, á ménos que venga por su culpa ó se obligue á él. |
| 2 Cómo se divide.                                      | 12 No debe pagarse arrendamiento, si los frutos se destruyen por caso fortuito.                      |
| 3 Distincion entre arrendamiento, flete y alquiler.    | 13 Caso en que si debe pagarse.  |
| 4 Requisitos esenciales de este contrato.              | 14 Las obligaciones reciprocas del dueño y arrendatario, pasan á sus herederos.                      |
| 5 Del consentimiento.                                  | 15 De las acciones que nacen de este contrato.   |
| 6 De la cosa ú obra.                                   |  |
| 7, 8 De la merced ó alquiler.                          |  |
| 9 Obligaciones que nacen de este contrato.             |  |
| 10 Ambos contrayentes estan obligados á la culpa leve. |  |

**L** segundo contrato consensual es la *locacion conduccion*; por él se dá el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga (1). Decimos que la locacion es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade,

(34) Cap. 13 n. 44 y siguientes. Véase el Tapia, lug. cit. cap. 7.

(1) Ley 1 tít. 8 Part. 5.

que por él solo se concede *el uso*, porque aquí no se trata de transferir el dominio, como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo, ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir *alquiler* ó paga determinada, porque si no es así, no será locacion conduccion, sino comodato, ú otro contrato innominado (2).

2—Por lo que hace á la division, este contrato se divide en locacion conduccion *de cosa*, y se verifica cuando se concede el uso de alguna, por cierta merced, v. g., una casa, un vestido: *de obras*, cuando se hacen algunas mecánicas, conviniéndose en el estipendio; como cuando un sastre cose un vestido por tantos reales en que se convino; ó *de obra*, cuando se promete hacer alguna por cierta merced, v. g., si la República contrata con un arquitecto que le haga un puente por tantos pesos. Mas en estas especies de locacion se debe observar, que las personas de los que conducen ó alquilan tienen diversos nombres: así, el que toma alquilada una casa, se llama *inquilino*; el que un campo, se llama *colono* ó *arrendatario*; el que tributos ó alcabalas, *publicano*, y el que obras, *redemptor*.

3—A mas de esto, nuestras leyes distinguen *arrendamiento*, *flete* y *alquiler*. Arrendamiento se dice, la paga que se dá por el uso de una heredad: flete, la que se dá al dueño de un navío por transportar algunos bienes en él de un lugar á otro; y alquiler la paga que se dá por el uso de cualquiera otra cosa (3). Generalmente hablando, en este contrato, el que dá la paga se llama *conductor*, y el que

(2) Dicha ley 1, en el medio.—(3) Ley 1 ya citada.



la recibe, *locador* (ix).

4—Pasemos á los requisitos esenciales de este contrato, que son del todo semejantes á los de la compra y venta. Así, pues, como para ella eran necesarias tres cosas, á saber, consentimiento de las partes, cosa cierta, y precio; del mismo modo, para la locacion conduccion se requiere consentimiento, cosa ú obras que se presten, y alquiler ó merced. Para mayor claridad trataremos separadamente de cada uno de estos requisitos.

5—El primero es el *consentimiento*, porque como hemos dicho, este contrato es consensual, que recibe su perfeccion por solo el mútuo consentimiento.

(ix) La voz *arrendar* se toma en nuestras leyes activa y pasivamente, esto es, significa á veces dar y á veces recibir en arrendamiento; no obstante que, segun Gregorio Lopez, se deriva de las latinas *ad redditum dare*, dar á renta. Por eso, el sustantivo *arrendador* se aplica tambien indistintamente á las dos personas que hacen el contrato; y los autores, queriendo evitar confusiones, y particularmente en vista de que la ley llama *arrendador* al que recibe, han adoptado y castellanizado las palabras *locator conductor*, llamando *locador* al que dá el arriendo, y *conductor ó arrendatario* al que lo recibe. El arrendamiento de contribuciones ó rentas del Estado, se llama *asiento*, y el que las toma *asentista* ó publicano: *Publicani dicuntur qui publica vectigalia habent conducta*. El de *trabajo personal*, que tiene por objeto una obra manual, una industria mecánica, un servicio iliberal, se dice propiamente *logamiento* ó *alogamiento*, de la voz antigua *logar*, que viene de *locare*, arrendar ó alquilar; y tambien *ajuste* y *concierto*.—*Jornalero* se denomina el que presta estos servicios por dias; y *sirviente* ó *criado*, el que lo hace sin intermision en labores rurales ó en usos domésticos, mediante una retribucion que se llama *jornal* ó *salario*.

to, de donde nacen los consecutarios siguientes: 1º Que nace la obligacion y accion de este contrato al momento que convienen entre sí las partes acerca de la cosa, y de la merced ó alquiler. 2º Que pueden celebrar este contrato todos aquellos que pueden comprar y vender, porque pueden disponer libremente de sus cosas (4) (iy). Pero á los caballeros y oficiales de la corte está prohibido tomar en arrendamiento heredades ajenas (5), porque no se aparten del servicio del Rey, á que estan destinados. Asimismo, los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores mayores, sus oficiales, y los de la real casa, comendadores, alcaides, regidores, alguaciles, oficiales del consejo y otras personas poderosas, no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas reales ni concejiles de las ciudades en que ejercen sus officios (6) (iz).

6—Otro requisito esencial para la locacion, es la *co-*

(4) Ley 2 tít. 8 Part. 5.

(iy) Adviértase que el derecho de arrendar es mas estenso que el de vender; y así vemos que lo tienen el enfitéuta, el usufructuario, el guardador, el administrador de corporaciones ó particulares, sin estar especialmente autorizados al efecto, el padre en los bienes adventicios de sus hijos, y el marido en los de su muger.

(5) Dicha ley 2 tít. 8 Part. 5.

(6) Leyes 12 tít. 4 lib. 3, 4 tít. 5 lib. 7, y 4 5, 7 y 9 tít. 10 lib. 9 Rec. de Cast. Ley 2 tít. 10 lib. 10 Nov. R.

(iz) Ni tampoco pueden ser fiadores, aseguradores ó abonadores de rentas reales ni concejiles, pena de privacion de los officios y perder la cuarta parte de sus bienes; así como tampoco pueden arrendar los eclesiásticos si no dan fianzas legas, llanas y abonadas: leyes 7 tít. 9 lib. 7, y 1 y 2 tít. 10 lib. 10 Nov. Rec. Además, los facultativos que tasaren las obras públicas de construccion de puentes, su reparacion y otras, no deben ser admiti-

sa ú obra que se alquila. Tales son: 1º todas las que estan en el comercio, sean muebles ó raices, y aun mas las cosas eclesiásticas, y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad: 2º Pero las cosas que han de servir de materia á este contrato no deben ser funjibles, pues entónces no será el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio: 3º Pueden darse en locacion toda especie de obras, con tal que sean honestas (7); pero no las liberales ó que se ejercitan con el ingenio, porque éstas no admiten estimacion; y así no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias, ni los abogados (oa).

7—El tercer requisito esencial de este contrato, es la *merced ó alquiler*. Mas así como decíamos, tratando de la compra y venta, que el precio de e-

dos á las posturas y remates de dichas obras, bajo ciertas penas: Cédula de 17 de junio de 1786.

(7) Ley 3 tit. 8 Part. 5.

(oa) Las cosas que estan en el comercio pueden arrendarse y esto tener efecto por tiempo limitado ó por la vida de alguno de los contrayentes ó de ambos: leyes 2 y 3 tit. 8 P. 5. Y por ningun transcurso de tiempo puede el conductor prescribirlas ni dejar de pagar la renta, por ser un *mero detentor*: leyes 5 tit. 30 Part. 3, y 4 tit. 8 lib. 11 Nov. No deben arrendarse los oficios públicos de jurisdiccion, ni los de escribanos: leyes 4, 8 y 9 tit. 6, y 19 tit. 15 lib. 7 Nov. La disposicion pontificia que prohibe arrendar los bienes eclesiásticos por mas de tres años fructíferos, sin autoridad apostólica, no está admitida y así se arriendan como los bienes profanos: TAPIA, lib. 2 tit. 4 cap. 5 n. 6. Las cosas funjibles podrán arrendarse, siempre que el objeto no sea el de consumirlas, sino de ostentacion ó lujo, y tambien pueden serlo las servidumbres reales como adherentes á la cosa misma á cuyo favor estan impuestas. SERNA Y MONTALVAN lib. 4 tit. 6 secc. 2 n. 2.

Ha de consistir en dinero contado; del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. De suerte, que conviniéndose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo, v. g., en frutos ó en ganado, ya no será locacion, sino contrato innominado, que podrá ser *do ut des*, ó *do ut facias* (8). Pero sí lo sería, si despues de haberse tratado y concertado la paga que se habia de hacer en dinero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entónces no se variaría la naturaleza del contrato. Del mismo modo, así como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, así tambien el alquiler en la locacion conduccion debe ser *verdadero*, porque si no, dejenerará en donacion ó comodato. Debe ser *justo*, porque si no, habrá accion para rescindir el contrato (9). Finalmente, debe ser *cierto*, ó por sí ó por relacion á otra cosa: v. g., te alquilo por la paga que Ticio estimare justa (10). La razon es, porque de otra suerte no convendrían los contrayentes en una misma cosa (ob).

8—Para que el importe del alquiler ó paga sea *justo*, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del

(8) Ley 1 tít. 8 Part. 5.

(9) Ley 1 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 2 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec. Véase lo que queda espuesto sobre esta materia, en el título de la *compra venta*, núm. 14, 15, 16 y 17, pág. 124 y sig.

(10) Ley 1 tít. 8 Part. 5.

(ob) Si el precio se estipulare, no en cierta parte *aliquanta* de los frutos de la heredad, como en diez, veinte, treinta fanegas de granos, sino en cierta parte *aliquota*, como en la mitad ó en la tercera ó cuarta parte de los frutos que se cojieren, el contrato entónces será mas bien contrato de sociedad que de arrendamiento. ESCRICHE, en esta palabra.

lugar; y si no la hubiere, se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes (11). Y por lo que hace á los *jornales* de los obreros, está dispuesto, que se tasen por los concejos y que se les paguen cada dia, si ellos los pidieren (12) (oc).

(11) Ley 4 tít. 8 Part. 5.

(12) Leyes 3 y 4 tít. 11 lib. 7 Rec. de Cast. Leyes 2 y 4 tít. 26 lib. 8 Nov. Rec. Véase la ley de Córtes de 8 de junio de 1813, cuyo art. 2 dice así: «Los arrendamientos de cualesquiera fincas serán tambien libres á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. *Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase, podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion*; aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesion ó engaño, con arreglo á las leyes.»

(oc) Todo jornalero que se alquila debe trabajar desde que sale el sol hasta que se pone, bajo la pena de que no se le pague el cuarto de su jornal; y si se hubiese de emplear en alguna obra fuera del pueblo, debe partir á hacer sus labores al salir el sol y dejarlas por la tarde, en tiempo que pueda llegar al pueblo al ponerse el sol: ley 1 tít. 26 lib. 8 Nov. Los menestrales ó artesanos, que son los que ganan la subsistencia con el trabajo de sus manos, ejercitándose en algun oficio mecánico, tienen accion á pedir el precio ó estipendio de su trabajo hasta tres años, con el interes mercantil del seis por ciento desde el dia de la interpelacion judicial, y los criados con el de un tres por ciento, por el menoscabo y perjuicio que les causa la demora: leyes 10, 12 y 13 tít. 11 lib. 10 N.; cuya ley 12 deroga todo fuero y privilegio para el cobro de estos réditos, ménos el de los militares, *estando incorporados en los cuerpos y residentes en los lugares del destino de éstos*. Derogado el decreto de 3 de noviembre de 1829, por el de 8 de abril de 1837, quedó establecido, que no pueda obligarse á ninguna clase de trabajos á los jornaleros que los rehusen, si no es por un contrato precedente entre ellos y los propietarios: que

9—Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que trataremos en varias conclusiones: 1<sup>a</sup> *El locador debe dar el uso de la cosa prometida*: 2<sup>a</sup> *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no habiéndolo, al fin del año (13)*: 3<sup>a</sup> *No pagando al plazo tratado, puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado (14) (od).*

todo el que reciba habilitaciones ó cantidades adelantadas por su trabajo, será compelido á devolverlas ó á cumplir la contrata en la misma clase de trabajos á que se obligó; y que el que fuere comprometido de esta manera, y citado por su acreedor le faltare al dia señalado, sin escusa legitima, quedará sujeto á una prision correccional que no pase de quince dias.

(13) Ley 4 tít. 8 Part. 5.—(14) Ley 5, allí.

(od) El locador está obligado á manifestar al arrendatario los vicios ocultos de la cosa arrendada y cumplir en todo la convencion hecha, de suerte que por su culpa no esperimente perjuicio, y de lo contrario devolverle el precio del arrendamiento, y le ha de abonar las utilidades que con esto podia adquirir y los daños que se le orijen, aunque no se hubiese espresado; si no es que se pacte lo contrario: ley 24 tít. 8 Part. 5. Está obligado tambien á satisfacer las cargas y tributos públicos que por razon de la cosa conducticia se deben, y á repararla, de modo que el arrendatario pueda usarla cómodamente; y no haciéndolo tiene éste accion para pedir que la repare ó le minore á proporcion el precio. Asimismo tiene el dueño obligacion de abonar al arrendatario las espensas y mejoras hechas en la cosa arrendada, que han de subsistir despues de concluido el arrendamiento; y no queriendo abonarlas, tiene facultad de llevárselas, si pueden quitarse sin deteriorar la finca, y cuando nó, para retener ésta por via de compensacion, el tiempo preciso para su reintegro: ley 24 allí,

Mas siendo puntual en pagar, no puede ser despo-  
seido de la casa alquilada, si no es en cuatro casos:  
1º Cuando al locador se le cae la casa en que mora  
y no tiene otra, ó está enemistado en aquella vecin-  
dad, ó si casase á alguno de sus hijos ó los hiciere  
caballeros: 2º Si despues de alquilada, apareciere  
que amenazaba ruina si no se reparaba. Pero en  
estos dos casos debe el dueño de la casa dar al al-  
quilador otra en qué more, ó descontarle del alqui-  
ler tanta parte, cuanta importe el tiempo que deje  
de habitar en ella. El 3º cuando el alquilador usase  
mal de la casa, con perjuicio de la vecindad. Y 4º  
cuando hubiese sido el contrato para cuatro ó cinco  
años, con condicion de dar la paga determinada ca-  
da año, y pasaren dos sin pagarla (15) (oe).

y GOMEZ *Var.* lib. 2 cap. 3 núm. 20. Pero si cuando  
celebran el contrato pacian lo contrario, ó hay otra cos-  
tumbre en el lugar en que se halla la finca, ó no han de  
durar las espensas ó mejoras mas que el tiempo del ar-  
rendamiento, á causa de haberlas hecho el conductor  
solo por su comodidad, no debe el dueño ser compelido  
á su abono: ley 24 citada. Cuando el locador vende la  
cosa locada, durante el periodo de la locacion, debe res-  
tituir al arrendatario tanto precio del arrendamiento,  
cuanto falte para cumplirse el término en que se arren-  
dó, y tambien los intereses y daños que se le causen:  
ley 19 tít. 8 Part. 5 y glos. 4. El fisco no está obligado á  
estos pagos: TAPIA, lib. 2 tít. 4 cap. 5 n. 29.

(15) Ley 6 tít. 8 P. 5.

(oe) Gregorio Lopez, esplicando en la glosa 5 de di-  
cha ley 6 las palabras, *ó si los ficiere caballeros*, dice que  
tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de  
España, los *caballeros* (soldados) solian habitar separa-  
dos de sus padres, y añade: que por esta razon deberá  
decirse lo mismo, si el hijo por ser juez ó abogado necesi-  
tate casa separada de la de su padre. GOMEZ, lug. cit.

10—4º *Ambos contrayentes estan obligados á la culpa leve, por ser este un contrato que cede en utilidad de los dos* (16). Pero está obligado á la culpa levisima el que se ofreciese á transportar de un lugar á otro alguna cosa fácil de derramarse, como vino, aceite; ó de quebrarse, como cristales ó mármoles; y así deberá poner para el transporte, todo aquel cuidado y diligencia que pondria un hombre exactísimo (17).

11—5º *Al caso fortuito nunca estará obligado el conductor, si no es que lo quiera tomar en sí, ó venga por su culpa* (18) (of).

n. 6. opina, que para ser causa de espulsion el no poder el dueño continuar viviendo en la casa de su morada, es menester que esta necesidad sobrevenga despues de hecho el arrendamiento. La ley de Córtes de 8 de junio citada, dice en el art. 5º lo siguiente: «Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos por tiempo determinado, fenecerán con éste sin necesidad de nuevo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato: pero si tres dias ó mas, despues de concluido el término, permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año, con las mismas condiciones. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos; y el dueño, aun con el pretesto de necesitar la finca para sí mismo, *no podrá despedir al arrendatario*, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas.»

(16) Ley 7 tít. 8 P. 5.—(17) Ley 8.—(18) Dicha ley 8.

(of) Se duda si en los casos fortuitos se comprenden los llamados *insólitos ó raro contingentes*, que jamas se han oido ni visto en alguna parte por espacio de cuarenta años, ni era presumible que acaeciesen naturalmente



12—Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito, como son llúvias escesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo, etc. ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; pero si coje algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó si no entregarle todos los frutos que haya logrado, deducidas las espensas hechas en sus labores (og). Mas si la pérdida viniese por su culpa, como si fuese por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yerbas que en ella nacieren, ó porque dió causa á que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente; y el peligro y daño será de su cuenta, y no de la del locador (19) (oh).

en ella, y tambien si habiendo esterilidad debe pagar ó no el conductor el arrendamiento; y los autores convienen en que estos casos no estan comprendidos en los fortuitos, á ménos que se espresen. TAPIA, lugar citado, núm. 18. Véase la nota (z) pág. 50.

(og) Bien que se suele decidir esta cuestion bajándose la tercera ó cuarta parte del precio, segun el arbitrio del juez. Véase á Covarrúbias, *pract. quæst.* cap. 30, y Molina, *de just. et jur.* tract. 2 disp. 495.

(19) Ley 22 del mismo tít. 8 Part. 5.

(oh) Debe observarse, que si se pacta que ha de hacerse la paga del arriendo en pan ó vino, debe estarse á la medida de Avila para la del pan, y á la de Toledo para la del vino, y de otra manera es nula la escritura, aunque intervenga juramento, y el escribano pierde el oficio y ha de pagar diez mil maravedís: ley 2 tít. 9 lib. 9 Nov. Si son muchos los arrendatarios ha de ser reconvenido cada uno solamente por su parte, á no ser que se obliguen *in solidum*, en cuyo caso puede el dueño repetir por el arrendamiento contra el que le parezca. Dudándose si el arrendatario pagó la renta de los años pre-

13—A mas del caso dicho, deberá el conductor pagar el arrendamiento, aunque no se logren los frutos, si de dos años, v. g., por los que tomó el fundo, en el uno de ellos cojiese tan abundantemente, que alcanzase para satisfacer las espensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniere por acaso, y no por industria estraordinaria del conductor (oi).

cedentes, cumple con manifestar los recibos de los tres últimos, pues no basta la prueba por testigos, y queda libre no probando el dueño lo contrario: GOYENA cit., tít. 45 secc. 3 n. 3125 á 3127. Finalmente, se advierte, que aunque el dueño está obligado á remitir el todo ó parte del arrendamiento, en caso de esterilidad ú otros casos fortuitos, cesa esta obligacion: 1º cuando el arrendatario da al dueño, por razon de arrendamiento, alguna parte de los frutos, como tercera, cuarta ó mitad, porque en este caso se reparte entre los dos la utilidad ó pérdida: 2º cuando en la nacion ó provincia hay costumbre de no remitir cosa alguna al arrendatario: 3º cuando la esterilidad es de la que suele haber ó proviene de vicio intrínseco de la cosa arrendada, y el conductor lo sabía; y 4º cuando el daño ú esterilidad es leve: leyes 5 tít. 2 Part. 1 y 22 tít. 34 Part. 7.

(oi) El arrendatario puede *subarrendar* lo que á él se le arrendó, con tal que no se le haya prohibido por pacto; y siendo finca, debe ser el subarrendatario igualmente idóneo que el arrendatario, y destinarse la finca al mismo uso para que se le dió á éste, y por el mismo tiempo ó ménos, teniendo la finca cómoda division si arrienda parte de ella, y en el supuesto de que no resulte perjuicio al dueño ni á otro inquilino, ó colono: ley 1 tít. 1 lib. 10 Nov. y auto 6 c. 3 al fin tít. 21 lib. 4 Rec. GOMEZ, lib. 2 *Var.* c. 3 n. 11, y allí AYLLON. Mas téngase presente el art. 7 del decreto de 8 de junio ya citado, que dice así: «El arrendatario no podrá *subarrendar* ni traspasar el todo ni parte de la finca, sin apro-

14—Si el arrendador ó arrendatario, murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones recíprocas pasan á los herederos de entrambos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arrendada fuese el usufructo de una heredad; pues todo lo que es personal espira con la persona. (20) (oj).

bacion del dueño; pero podrá sin ella vender ó ceder al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.» En vista de esta disposicion, algunos autores han creído ver resuelta la duda sobre subarriendos de casas, opinando estar comprendidas en la palabra general *fincas*, de que habla la precitada ley de Cortes. Véase la nota 1.<sup>a</sup> de los reformadores del *Sala mejicano*, tomo 2 pag. 248, y la ley 8 tit. 10 Nov., que prohíbe todo subarriendo de las habitaciones sin consentimiento de los dueños ó administradores, art. 4.<sup>o</sup> Para evitar dudas, dicen los Doctores Serna y Montalvan en sus *Elementos* citados lib 4 tit. 6 secc. 2 § 1 núm. 6, *parecenos conveniente que se obtenga siempre el consentimiento del dueño.*

(20) Leyes 2 y 3 tit. 8 Part. 5.

(oj) No solamente pueden arrendarse las cosas, sino tambien la industria de las personas. A esta clase de arrendamientos corresponden las convenciones celebradas con un arquitecto ó maestro de obras para la construccion de un edificio. Para que éste se reputé bien hecho debe subsistir quince años despues de concluido, sin falsear, y si lo contrario sucediere, no habiendo sido reconocidos los trabajos, y no siendo por caso fortuito, deberá reedificarle á su costa el que le hizo ó sus herederos, pudiendo disponer que sea reconocido por peritos. Los que se encargan de estas obras, como por lo respectivo á su oficio tienen obligacion de saber el valor de las que ajustan, no pueden alegar lesion ó engaño: leyes 21 tit. 32 Part. 3 y 16 tit. 8 Part. 5.

15—Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como él, *de locacion conduccion*. Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato: el primero á dar el uso de la cosa, ó á practicar las obras prometidas; y el segundo a pagar la pension ó alquiler (ok).


(ok) Ultimamente, en los arrendamientos de rentas nacionales, de propios y arbitrios de los pueblos, y de las fincas de los hospitales y demas establecimientos públicos, hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiere aumentar el precio, de modo que llegase á *diezmo entero*, esto es, la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo ménos á la mitad del diezmo, que llaman *media puja entera*, cuyo aumento ó puja ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres para el erario, propios ó establecimientos respectivos, y la otra para aquel á cuyo favor se habia hecho el remate, y que queda excluido por la puja. Despues del segundo ó último remate, ya no puede admitirse puja, sino por convenio de las partes, ó tan grande que montase la cuarta parte de la renta, y esta es la que suele llamarse *cuarta puja*. La puja del diezmo ó medio diezmo debe hacerse precisamente dentro de los quince dias siguientes al del remate, y la del cuarto dentro de los tres meses próximos al segundo remate. Véase el tít. 13 lib. 9 de la Recop. de Castilla, y en la Novisima las leyes 25 y 26 tít. 16 lib. 7; la Ordenanza de Intendentes, art. 31 y sig., y la Curia Filip. lib. 1 *com. terr.* cap. 15 núm. 37 á 41. Sobre remates de estancos véase el art. 6 del decreto de 30 de abril de 1834.

## APÉNDICE.

## DE LOS CENSOS.

## SUMARIO.

- |    |  |                |  |
|----|--|----------------|--|
| 1  | Cómo se define el censo.   | 15             | Cómo se funda.   |
| 2  | Cómo se divide.  | 16             | Definición de este censo.  |
| 3  | Qué es <b>enfiteusis</b> .   | 17             | Se explica esta definición.  |
| 4  | Cuales son los derechos del enfiteuta.   | 18, 19         | Divisiones de este censo.  |
| 5  | Obligaciones del mismo.  | 20             | Cosas principales á que debe atenderse en este censo.                            |
| 6  | Modos por los cuales se acaba este contrato.   | 21             | El precio debe ser justo.  |
| 7  | Acciones que nacen de él.  | 22             | La pension debe consistir en dinero.   |
| 8  | Qué es censo <b>reservativo</b> .  | 23             | Ley que permite la costumbre de pagarla en frutos.                               |
| 9  | Diferencias entre éste y el enfiteutico.   | 24, 25         | Pactos reprobados en este censo, por ilícitos ó usurarios.                       |
| 10 | Qué se hará si se duda si es este contrato enfiteutico ó reservativo.                                      | 26             | La condicion de retracto es permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso. |
| 11 | De la justicia y licitud de este contrato.   | 27, 28, 29, 30 | Modos por los cuales se extinguen los censos.                                    |
| 12 | De qué manera se constituye este censo.  | 31             | La redencion del censo no puede hacerse por partes.                              |
| 13 | Cómo se extinguirá.  | 32             | El acreedor no tiene facultad para obligar al deudor á que redima el censo.      |
| 14 | El censo <b>consignativo</b> se llama así porque se consigna ó impone sobre los bienes del que lo concede. |                |  |

 UNQUE esta palabra *censo* (ol), tiene diversos significados, aqui se toma: por *un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual, procedente de la*

(ol) Esta palabra viene del verbo latino *consere*, que significa *valuar ó tasar*, por la estimacion y aprecio que antiguamente se hacia de los bienes de los ciudadanos, para computar la proporcion con que personal y pecuniariamente debian contribuir á soportar las cargas públicas; mas en el sentido juridico significaba antes de la estincion de los señoríos, la cuota que se pagaba al señor en reconocimiento del vasallaje, y tambien y mas comunmente, la institucion de que aquí nos ocupamos.

*traslacion del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito.*

2—El censo, así definido en general, se divide en *enfiteútico, consignativo y reservativo*, y de cada uno trataremos separadamente.

### §. I.

#### *Del censo enfiteútico.*

3—Censo *enfiteútico* ó *enfiteúsis* (om) es: *un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar a otro perpétuamente ó para largo tiempo, el dominio útil de alguna alhaja raíz por cierta pension anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que con-*

*Censo en general, pues, es: el derecho de exigir cierta pension anual, á la seguridad de cuyo pago está hipotecada alguna finca ajena.* Esta definicion conviene con el verdadero censo, porque no es la misma cosa, que se hipoteca á su seguridad, ni la pension anual que se paga, sino el derecho de percibir ésta. Compete á aquel á cuyo favor se constituye, el cual se llama *censualista*, á diferencia del *censuario* ó *censatario*, que es el que tiene la carga y la obligacion de pagarla.

(om) Las palabras *emphiteusis* ó *emponema* son griegas y significan *nuevo cultivo, plantacion ó mejora*, porque al principio no se daban en enfiteúsis sino las heredades estériles ó incultas, con el objeto de que el que las tomaba las mejorase y las hiciese fructíferas, por medio del cultivo, de la plantacion y de la siembra; pero luego fueron tambien y son objeto de este contrato las heredades fértiles y que no necesitan de mejora. El que dá la cosa en enfiteúsis se llama *propietario* ó *dueño directo*: el que la toma se denomina *enfiteúta* ó *dueño útil*; y así el predio ó campo, como el derecho del enfiteúta, se dice *enfiteútico*.

*cède el enfiteúsis* (1) (on). Decimos que es un *contrato consensual*, porque por solo el consentimiento está perfecto; y así, aunque se requiere escritura, es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal (2). Decimos que es un contrato por el cual *se promete entregar el dominio útil*, porque no nace el dominio de solo el

(1) Ley 28 tít. 8 Part. 5.

(on) El enfiteúsis se divide: 1º en eclesiástico y laical; 2º en perpétuo y temporal; y 3º en hereditario, familiar y misto. *Eclesiástico* es, el que se constituye sobre bienes pertenecientes á una iglesia, monasterio ú otro lugar pío: *laical*, el que recae sobre bienes cuya propiedad pertenece á cualquiera persona particular. *Perpétuo* es, el que se concede, no para cierto tiempo ni á favor de ciertas personas, sino para que pase sin limitacion á los herederos: *temporal*, el que se otorga solo por tiempo determinado ó por la vida de una ó mas personas, ó bien para cierta generacion ó familia. *Hereditario* es, el que se concede á uno con facultad de transferir los bienes en que consiste á cualesquiera herederos legitimos ó estraños: *familiar ó gentilicio*, aquel en que solo suceden los hijos y demas descendientes, sean ó no herederos, aunque repudien la herencia paterna; y así, el hereditario se trae á colacion y el familiar no: del hereditario se debe sacar tercio y quinto, y no del familiar, que se ha de dividir con igualdad entre todos los hijos. El *misto* es, el que está concedido á uno, para él y sus herederos descendientes; en cuyo caso se requiere para la sucesion una y otra calidad de descendiente y heredero. Añádese por algunos el enfiteúsis de *pacto y providencia*, en que no se sucede por derecho hereditario, sino segun los pactos y condiciones prescritas en su concesion ó investidura. ESCRICHE, palabra *Enfiteúsis*.

(2) Dicha ley 2 tít. 8 Part. 5.

contrato, sino que el enfitéuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente: se añade en la definicion, *que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio útil*, en las cuales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion conduccion y el enfitéusis. El conductor paga alquiler, y el enfitéuta pension. El alquiler debe ser proporcionado a los frutos y utilidades que produce la cosa: la pension por lo regular es bien corta [\*]. El primero se paga por el uso de una cosa ajena; y la segunda se da de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior ó directo, que reside en el que concede el enfitéusis (op).

[\*] El Febrero refiere, que en Madrid cada solar que tiene cincuenta pies de frente y ciento de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una área plana de cinco mil pies cuadrados ó superficiales, se dá á censo enfitéutico por dos ducados y dos gallinas.

(op) El enfitéusis es un contrato medio entre la compra venta y el arrendamiento, aunque sus analogías son mas íntimas con éste. No obstante, notaremos aquí las principales diferencias que hay entre éste y otros contratos. Se diferencia el enfitéusis del arrendamiento: 1º en que por el enfitéusis se transfiere al enfitéuta el dominio útil de la cosa, y por el arrendamiento no se transfiere al arrendatario sino el uso ó la percepción de los frutos: 2º en que el primero solo puede constituirse en las cosas inmuebles que son capaces de mejora por el cultivo, y el segundo recae tambien sobre las cosas muebles: 3º el arrendamiento puede ser por ménos de diez años, y el enfitéusis no suele otorgarse ni admitirse sino á lo ménos por un decenio: 4º la pension es mayor en el arriendo que en el enfitéusis, porque aquel contrato debe tener alguna proporcion con los frutos, y en éste no es mas que una señal de reconocimiento del dominio; y 5º que el enfitéusis debe constituirse



4—Hemos visto qué es el enfitéusis: veamos ahora cuales son los derechos del enfitéuta. Éstos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, y parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea, pues, el 1º que el enfitéuta percibe todos los frutos hasta los extraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades: 2º El enfitéuta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condicion de que ántes de venderla lo avise al señor del fundo (3). Mas esta noticia no se le dá porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro alguno; y así, sino declara su voluntad entre dos meses, puede el enfitéuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfitéuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al *laudemio*, que es la cincuentena parte del precio por el cual se vende la cosa ó ménos, segun se haya pactado en la escritura pública, aunque no se escluyen otros medios de probarlo, miéntras que no es necesaria en el arrendamiento. Se diferencia de la venta, en que por ésta se transfiere al comprador, no solo el dominio útil, sino tambien el directo, y en que pueden venderse no solamente las cosas raices, sino tambien las muebles; al paso que el enfitéusis no traslada mas que el dominio útil y solo recae en las cosas raices. Se diferencia tambien del mútuo, de la donacion y demas contratos por los cuales se transfiere la propiedad y el uso, y no queda sobre la cosa entregada derecho alguno en poder del que la entrega. Diferenciase, por último, del *feudo*, porque en el enfitéusis se paga todos los años una pension real, miéntras que en el feudo solo se presta por el vasallo al señor algun servicio personal, si es que el feudo no vá acompañado, como sucede á veces, del enfitéusis.

(3) Ley 29 tít. 8 Part. 5.

critura de otorgamiento del enfitéusis (4) (oq): 3º Así como el enfitéuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa; así debe sufrir sus cargas, y pagar los tributos que tenga impuestos: 4º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio, que el señor pueda vindicar la cosa de cualquiera poseedor, se sigue, que el enfitéuta tiene el mismo derecho; y así, puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfitéusis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil, del señor del dominio directo à quien no pertenece (or).

5—Las obligaciones del enfitéuta consisten: lo

(4) Dicha ley 29 tít. 8 Part. 5.

(oq) Si la cosa enfitéutica se vendiere judicialmente, para pagar las deudas del enfitéuta, se ha de requerir tambien al dueño directo, por si quisiere quedarse con ella, usando del derecho de *fádinga* ó retracto que le concede la ley 29 citada. Véase la glosa 3ª de esta ley. *Luisimo* ó *laudemio* es el dos por ciento que se paga al señor del dominio directo, cuando se enajenan las cosas enfitéuticas, cuyo derecho debe pagar el nuevo poseedor. La voz *laudemio* viene del verbo antiguo *laudar*, que significa alabar ó aprobar, y así el derecho de *laudemio*, es derecho de *aprobacion*. El *laudemio* se paga en los mismos casos que la *alcabala*. SALA mejicano, tomo 2 pág. 218.

(or) Tambien puede el enfitéuta, acabado el enfitéusis, repetir las mejoras que sin haber precedido pacto espreso, hubiese hecho en utilidad de la cosa enfitéutica, sea con aprobacion ó contra la voluntad del dueño directo, pues celebrado este contrato sin restriccion, el enfitéuta puede hacer todas aquellas mejoras que le convengan, las que, siendo de utilidad al predio mismo, y por consiguiente del dueño directo, no hay razon para que éste rehuse la compensacion, pues que *jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*.

1º en pagar el cánon ó pension anual en el tiempo y modo pactado (5). De otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfiteúsis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años continuos no pague la pension; pero si el enfiteúta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla; y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso (os): 2º Debe el enfiteúta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad: al contrario de lo que dijimos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste, en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa ajena, el cual cesando, debe tambien cesar el alquiler; mas el cánon ó pension, se paga por el enfiteúta, en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba frutos ó nó; luego en todo caso debe pagar la pension. De aquí mismo se infiere, que pereciendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar la pension, pues de una cosa que ya no existe no hay señor, ni tampoco dominio que reconocer (6); pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte

(5) Ley 28 tít. 8 Part 5.

(os) *Caer en comiso*, es perder el enfiteúta su derecho enfiteútico y las mejoras hechas en la cosa enfiteútica. *Comiso*, en su acepcion mas estensa, significa toda especie de confiscacion, y viene de la palabra latina *commisum*, que se emplea en el mismo sentido en el cuerpo del derecho romano.

(6) Dicha ley 28, al medio.

del fundo en que consiste el enfitéusis (ot).

6—Los modos por los cuales se acaba este contrato, se deducen de su misma naturaleza. El 1º es, la pérdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2º es la consolidacion; y así, sea que el señor directo adquiriera el dominio útil, sea que el señor de éste, adquiriera el directo, se acaba el enfitéusis por consolidarse ó unirse en una sola persona ámbos dominios (ou). El 3º por prescripcion; de suerte, que si el enfitéuta no paga la pension ó cánon el tiempo de diez años, estando presente el señor y no reconveniéndolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4º es, la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo prefinido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya (7) (ov). El 5º es, por enajenacion de la finca sin noti-

(ot) Si la cosa enfitéutica se pierde por culpa del enfitéuta, como si la casa se cae porque no tuvo cuidado de hacer en ella oportunamente los reparos que eran de su cargo, tiene que responder de todo el daño el enfitéuta mismo, porque en todo contrato que se celebra por utilidad de ambos contrayentes, hay obligacion de prestar la culpa lata y leve. *ESCRICHE*, lugar citado.

(ou) Si el dueño del dominio directo ha usado del tanteo, no puede exigir el derecho de laudemio, porque en semejante caso se consolidan ambos dominios y espiran el censo y la obligacion del enfitéuta. *TAPIA* lib. 2 tít. 4 cap. 7 n. 5.

(7) Véase la citada ley 28 tít. 8 Part. 5.

(ov) Para que el censualista use del derecho de tomar la cosa, no es necesario que haya pedido la pension, pues basta que se hayan cumplido los plazos; mas Gregorio Lopez en la glosa 15 de la ley 28 citada, pone cuatro limitaciones, á saber: si el enfitéuta resistiere la ocupacion del dueño directo: si éste hubiese acudido

cia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta (8) (ox).

7—Las acciones que nacen de este contrato son dos, y ámbas directas, porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato: el señor á entregar el fundo, y el enfiteúta á pagar la pension. A mas de esto, como es contrato nominado, las acciones tienen su mismo nombre.

al juez sin protestar á salvo el derecho de ocupacion: si el enfiteúta negare el cargo de no haber pagado: si él mismo dijere que no habia pasado el tiempo de la paga. Además, el enfiteúta no puede ser privado de la cosa enfiteútica: 1º cuando dejó de pagar el cánon por ignorancia ú otra causa legítima: 2º cuando el mismo dueño directo debia al enfiteúta por otra razon, igual suma, pues entónces quedó compensada una deuda con otra: 3º cuando el dueño directo no quiso recibir el cánon, que en su tiempo y lugar le ofrecia el enfiteúta: 4º cuando el dueño directo, despues de haber incurrido el enfiteúta en la pena de comiso, por no haber pagado las pensiones atrasadas, recibe las siguientes *ESCRICHE*, lug. cit.

(8) La misma ley 28 tít. 8 Part. 5 y la 13 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 8 tít. 13 lib. 10 Nov. Rec., y Febrero, *Libr. de escrib.* cap. 5 § 1 núm. 11.

(ox) Se advierte, por último, que los censos perpétuos enfiteúticos pueden amortizarse y extinguirse en cuanto á su perpetuidad, y reducirse á temporales y redimibles, interviniendo unánime consentimiento de los interesados; pero si pertenecen á capellania ó memoria pia, se requiere el de los patronos y capellan, y licencia del juez eclesiástico; y si á mayorazgo, facultad real. En otros términos, no vale, al modo que tampoco vale la dacion á enfiteúsis de bienes vinculados, sin real permiso, porque es enajenacion. *TAPIA*, lugar citado, núm. 13.

§. II.

*Del censo reservativo.*

8—Este censo se verifica: *cuando uno dá á otro una cosa raiz transfiriendo en él todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y útil reservándose una pension anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario (oy).*

9—Entre este censo y el enfitéutico hay varias diferencias. La 1ª que por éste se transfieren ambos dominios, directo y útil, y por el enfitéusis solo el útil pasa al enfitéuta, quedando el directo en el concedente. La 2ª diferencia es, que en el enfitéusis, si en dos ó tres años no paga la pension el enfitéuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede así, aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años, caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho (9). La 3ª diferencia entre el enfitéusis y el censo reservativo

(oy) Censo reservativo ó retentivo es, *el derecho que tenemos de exigir de otro cierta pension anual en frutos ó en dinero, por haberte transferido el dominio directo y útil de alguna cosa raiz.* Llámase *reservativo*, porque trasladándose el dominio pleno, se reserva el censalista solo la pension anual, y es de origen antiquísimo, pues ya le usó José, cuando á nombre de Faraon concedió campos á los egipcios con la obligacion de pagar la quinta parte de sus frutos: Cap. 47 del Génesis.

(9) Ley 4 tít. 15 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 15 lib. 10 Nov. Rec.

es, que en el primero no puede el enfitéuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso, y á mas de esto está obligado a pagar laudemio del precio de la venta, todo lo cual falta en éste censo.

10—Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ámbos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo ó de enfitéusis. En este caso se deberá decidir la cuestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo, quedare la duda en pié, se deberá juzgar el contrato ántes de censo reservativo, que de enfitéusis. La razon es, porque en caso de duda debe ser mejor la condicion del que posée, cuando se trata de gravarlo, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener (oz).

11—La justicia y licitud de este censo reservativo es bien clara; porque como el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pension anual á que se obliga, es muy justo que la pague, para que se guarde entre ámbos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

12—Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa raiz fructifera, reservando una pension anual que se pague á sus herederos, ó á otro que señale. Puede tambien

(oz) Covarrub. lib. 3 *Var.* cap. 7; Molina *de just. et jur.* tract. 2 disp. 383 v. *Contrarius*; Tapia lib. 2 tit. 4 cap. 9 núm. 2.

fundarse, ó perpetuo ó redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ú otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, ántes se deberá juzgar perpétuo que redimible, así porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa, reservándose una pension, retiene el derecho á percibirla, el cual como sucede en lugar del dominio que tenia ántes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio (ua).

13—Finalmente: como este censo se puede fundar redimible segun hemos dicho, se redimirá ó extinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado ántes, se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redencion es una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, se deberá pagar por ella alcabala siempre que se verifique (10).

### §. III.

#### *Del censo consignativo.*

14—Este censo se llama así, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto el dominio así útil como directo, que tenia ántes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó ilícito de este censo, como veremos despues.

15—Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entónces es una verdadera compra

(ua) Avend. tract. *de censibus* cap. 14; Feliciano *de censib.* tom. 2. lib. 1 cap. 10 n. 8 v. *Denique*; Molina lug. cit. disp. 382 v. *Secundus*.

(10) Febr. *libr. de escr.* cap. 5 § 3 núm. 49.



y venta, que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos como permutacion, donacion ó en compensacion de algunas obras ó por última voluntad; y segun varie el título, variará mas ó ménos su naturaleza. Por ahora trataremos de él como fundado mediante compra y venta, así porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

16—Se define, pues, el censo *consignativo*, que aprueban tanto las bulas pontificias, como nuestras leyes, diciendo que es: *una compra por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere derecho de percibir una pensión anual, ú otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes como antes lo era.* Se dice que el derecho se compra, dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta (11).

17—En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pensión anual, mas no la misma pensión; y así, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se dá dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra, pues no es la pensión lo comprado, sino el derecho a percibirla.

18—Se divide este censo, por razon de la cosa que se paga, en *pecuniario*, cuya pensión consiste

(11) En el censo *vitalicio* la exige verdadera la ley 8 tit. 13 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 6 tit. 13 lib. 10 Nov. R.

en dinero, y en *fructuario*, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite, etc. Pero este censo, consistente la paga en frutos, está espresamente prohibido por nuestro derecho (12). Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo cuya pension se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en *perpétuo* y *temporal*. Estas dos especies se subdividen: el perpétuo en *irredimible*, que es absolutamente perpétuo, por lo cual se le dá este nombre; y en *redimible*, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo *al quitar*, el cual tambien se llama perpétuo, porque no se acaba por tiempo determinado. El *temporal* se subdivide en uno que dura cierto número de años, v. g., diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama *vitalicio*.

19—Otra division traen algunos del censo consignativo, en *personal* y *real*: personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en solo persona y no en cosa; y aunque algunos opinan que el día de hoy estan aprobados los tales censos personales por una real cédula (13), espedida á consulta de los cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la Real cé-

(12) Ley 4 tít. 15 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 15 lib. 10 Nov. Rec.

(13) Real cédula de 10 de julio de 1764. Ley 23 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec.

dula solo es aprobar los contratos por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo, en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia [\*]. Pero estos contratos en realidad no son de censo, sino de una cierta especie de compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la ne-

[\*] Para mayor claridad insertaremos aquí lo dispositivo de dicha cédula de 10 de julio de 1764, que dice así: «Por los diputados de los cinco gremios mayores de Madrid, se representó á S. M. que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion destinada para el jiro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos, etc., y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los gremios, obligándose éstos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el interin el interes de un tres ó dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fé habian estado muchos años así los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de julio de 1764, señalado de su real mano, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda: que son legitimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales.»

gociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante convencion.

20—En el censo consignativo se deben atender tres cosas, que son las principales. La 1ª es la *suerte*, ó el precio por el cual se compra, á que llaman *capital*: la 2ª la pension ó rédito que se paga; y la 3ª la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó *capital*, el Papa S. Pio V, por un *motu proprio* espedido el año de 1569, mandó espresamente, que consista en *dinero contado*. Mas aunque éste no se recibió en España, segun una ley de la Recopilacion (14), con todo, es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frequentísimos en esta especie de contratos (15).

21—Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad segun los tiempos, y las circunstancias de los lugares. En España se ha regulado el tres por ciento, y en América el cinco (16), siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en él mayor el precio, es decir, debe ser

(14) Ley 10 tít. 15 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 7 tít. 15 lib. 10 Nov. Rec.

(15) Ley 8 tít. 15 lib. 5 Rec. Ley 6 tít. 15 lib. 10 Nov. Rec., de donde se saca argumento para probar que debe ser el precio de todo censo en *dinero contado*.

(16) Leyes 15 y 16 tít. 15 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 8 y 9 tít. 15 lib. 10 Nov. Rec.; y para América la Real cédula de 13 de marzo del año de 1786.

menor la pension, y señalarse con atencion á los tiempos y provincias en que se funde (ub).

22—Por lo que hace á la pension ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, ésta debe consistir tambien en dinero (17), y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley citada, muchos censos con nombre de perpetuos ó irredimibles, en los cuales la pension no consistía en dinero sino en trigo, vino, ú otros frutos, se mandó por otra ley (18), que todos éstos se reputasen redimibles y asi los comprende la citada ley; la que aunque solo habla de los redimibles ó *al quitar*, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

23—Mas aunque esta disposicion es utilísima al público y tan general que comprende aun á los censos fundados ántes de su publicacion, con todo, se halla permitida por otra ley (19) la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la

(ub) Por el art. 7º del decreto de 16 de octubre de 1840, está mandado, que las pensiones de los censos *consignativo y reservativo*, continúen á razon de cinco por ciento anual sobre el valor del capital fincado. El mayor premio de que se habla respecto del censo irredimible, no debe fijarse temeraria é inconsideradamente, sino por dictámen de hombre bueno y justo moderador, debiendo ser mayor el aumento en un tercio, segun enseñan Covarrubias lib. 3 *Var.* cap. 10 n. 1; y Molina *de just. et jur.* disp. 385 v. *Secundum*; aunque los mismos autores añaden, que no debe reprobarse con facilidad lo que sobre esto se halle recibido por el uso en algun lugar.

(17) Ley 4 del mismo tít. Ley 3 tít. 15 lib. 10 N. R.

(18) Ley 7 de dicho tít. 15. Ley 5 tít. 15 lib. 10 N. R.

(19) Ley 16 tít. 15 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 9 tít. 15

hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

24—Hay varias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aquí para mayor inteligencia de esta materia. El 1.º es, que el censo se constituya y funde sobre cosa mueble ó semoviente; y así, debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raices (20), los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca a su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos a otro acreedor. El 2.º pacto reprobado es, que el censuario debe pagar los réditos anticipados; el cual se prohíbe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospecha de usura; y así, cumple el censuario con satisfacerlos luego que estén devengados. El 3.º es, que el imponedor se obligue directa ó indirectamente a los casos fortuitos, de suerte, que aunque la alhaja perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y así, si la finca perezca total ó parcialmente, debe perecer con igual proporción la renta, y extinguirse su capital, y si en parte es infructífera, ir en diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga en la cosa (21).

25—Otro pacto que se reprueba en este contrato

lib. 10 Nov. Rec.

(20) Leyes 1 y 2 tit. 15 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tit. 15 lib. 10 Nov. Rec.

(21) *Motu proprio de San Pio V*, § 10.

es, el de que no se pueda enajenar la cosa sobre que se impone el censo; y así, no se puede quitar ni restringir al censatario la facultad de vender ni enajenar por contrato entre vivos ó última voluntad, la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligación de pagar mas pensión, sino solamente el mismo rédito; pero sí será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendría obligación de pagarlo.

26—La condicion de retracto por la cual el censatario queda con obligación de avisar un mes antes al censalista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque ésta solo tiene lugar en el censo enfiteútico (22).

27—Falta ahora tratar de los modos por los cuales se estinguen los censos. El 1º es, por destruccion de la cosa, al cual es semejante el 2º que es, por volverse la cosa total y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciere ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se estingue el censo por defecto de la cosa, con todo, puede el señor del censo repetir el precio y los daños ó perjuicios que se le hayan seguido, por el descuido ó dolo del poseedor.

28—Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa; porque como el censo sea una carga pegada á la cosa á manera de la

(22) § 6 de la Bula de Pio V. Tapia lib. 2 tit. 4 cap. 8 n. 13.

servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librará luego que suelte la posesion de ella. El 4º modo de acabarse el censo, es por prescripcion de treinta años, esto es, cuando el poseedor de una cosa sujeta á censo la tiene todo ese tiempo con buena fé, como libre de toda carga, lo que es conforme á la ley de Recopilacion (23), que pide todo ese tiempo para prescribir, ó extinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fé, porque ésta en el dia parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

29—Esta prescripcion que estingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los réditos ó pension: esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora, si estinguido el censo por prescripcion, se entiendan estinguidas tambien todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demas, desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es cuestion de grande dificultad: puede decirse á ella, que por la misma prescripcion, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. La razon es, porque el censo es lo principal ó la raiz y origen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal, falta lo accesorio (uc).

(23) Ley 6 tít. 15 lib. 4 Rec. Ley 5 tít. 8 lib. 11 N. R.  
 (uc) Téngase presente, que los capitales de los censos



30—Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion: esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion; el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre, pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió al acreedor y de este modo extinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tienen es, porque las Estravagantes de Martino V y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de *parte* de que usan dichas Estravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta, que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es lícito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad

*al quitar*, jamas prescriben, aunque el censalista no pida los réditos en muchos años, pero éstos sí; y solo pueden exigirse ejecutivamente los devengados en los nueve años y medio ó nueve y dos tercios últimos, segun los plazos de la escritura de constitucion, aun cuando hayan pasado cuarenta, ochenta, ó mas; y el importe de los restantes hasta veinte años, en via ordinaria, que con los nueve y dos tercios de la ejecutiva, son veinte y nueve y dos tercios, por la acción mista que se prescribe en treinta años: ley 63 de Toro. TAPIA, lib. 2 tit. 4 cap. 8 n. 23 y 24.

del capital (ud).

31—A mas de esto asientan varios autores, que no solo no se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun valdría el pacto de lo contrario, si no es que este gravámen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes; cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para improbar todos aquellos pactos que por ser demasadamente molestos y gravosos, producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia, para que no se haga algun

(ud) *Redencion del censo es, la satisfaccion al censalista del capital que impuso y de los réditos que se le adeuden.* La regulacion del capital debe hacerse en los términos convenidos en la escritura de imposicion, y por la cantidad que conste: en su defecto, ha de arreglarse á las leyes que lo regulan, y en su silencio á las costumbres de cada pueblo. Si se estipuló la redencion por partes, deberá guardarse el contrato; pero cuando nada se conviniese, podrá satisfacerse por mitad el capital que no exceda de cien mil reales, y por terceras partes, si fuere mayor, aunque se haya pactado lo contrario: ley 16 tít 15 lib. 10 Nov. Rec. Debe aquí advertirse, que estan derogadas las disposiciones que se habian prescrito en algunas leyes, contrarias al libre convenio de los particulares: Real cédula de 3 de agosto de 1818, derogatoria de la ley 24 de dicho título y libro. Si el censalista rehusare recibir el dinero y otorgar la escritura de redencion, el juez, á peticion del censuario, lo declara redimido, despues de hacer depositar á riesgo del censalista, y con su citacion, el dinero de la redencion del censo. SERNA Y MONTALVAN, lib. 4 tit. 7 n. 17.

contrato ilícito ó usurario (ue).

32—Finalmente, se debe advertir: que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor á redimir el censo cuando se le antoje pedirselo (uf), pues admitido esto, el

(ue) Hay otra especie de censos consignativos que se llaman *juros*, en los cuales el Gobierno es el censuario. Viene de la voz latina *jure*, es decir, *derecho*, y es cierta especie de consignacion ó pension concedida por el Gobierno sobre las rentas públicas, particularmente sobre las salinas ú otros derechos, á favor de algunas personas, en remuneracion de sus servicios ó méritos. Cuanto se ha dicho respecto de los censos tiene lugar en los juros, con la diferencia de que en la venta de los censos se paga alcabala, y no en la de los juros: Notas 1 y 2 tít 13 lib. 10 Nov. y Larrea *alegal.* 23. Del censo *vitalicio* ó contrato de renta vitalicia, hablaremos mas adelante, en el apéndice de contratos aleatorios, y aquí diremos: que el depósito *irregular*, de que hicimos mencion en la nota (kk) pág. 61, celebrado por escritura guarentigia con especial hipoteca de alguna finca, se parece al censo *consignativo*, no al *reservativo*, pues el dominio de la finca queda todo en el depositario; y hay tambien la diferencia de que en el censo no se fija tiempo, como en el depósito, para la devolucion del capital. Si el depósito irregular se hace sin hipoteca, y solo por la buena fé de los contrayentes, se parece á la *compañia*, en que el lucro se consigne por una parte con el dinero del capitalista, y por otra con la industria del depositario. Véase á Carleval, *de judic.*, tít. 3 disp. 7 n. 17 á 21.

(uf) Aunque por regla general no puede compelerse al censuario á que redima, porque no se le puede obligar á renunciar el beneficio introducido á su favor, esta doctrina tiene dos limitaciones: 1ª cuando no manifestó las cargas á que estaba afecta la finca en que se hizo la imposicion: 2ª cuando el censuario, despues de

censo degeneraría sin duda alguna en contrato de mutuo, en el cual, pasado algun tiempo, se puede pedir la cantidad dada para cierto uso, de lo que resultaría que las pensiones que se pagasen serían usurarias, por no provenir de censo sino de mutuo, en el cual, está rigurosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal (ug).

citar al censalista para la redencion, quiso retraerse. TAPIA, lib. 2 tít. 4 cap. 8 n. 17 y 23.

(ug) Para concluir esta materia, hablaremos ligeramente del reconocimiento, reduccion y subrogacion de los censos. *Reconocimiento* de censo es, *un contrato por el cual el censuario renueva la obligacion real que él ó sus predecesores, poseedores de las hipotecas del censo, hicieron á favor del censalista.* La escritura de reconocimiento, aunque no es título de censo, acredita y prueba que no está redimido. A no constar expresamente otra cosa, no debe creerse estensiva la obligacion mas que con relacion á la finca poseida, y no personalmente. Puede ser compelido al reconocimiento todo el que legítimamente tenga constituido un censo sobre cosa que posea: AVEND. *de censib* cap 99 n. 3. TAPIA lug. cit. cap. 9 n. 7.—*Reduccion* de censo es, *la disminucion de sus productos anuales:* puede ser obra de la ley, ó de la voluntad de los particulares. De la primera tenemos un ejemplo en la providencia adoptada por Felipe V, que redujo al tres por ciento, en 1705, los censos que hasta allí pagaban al cinco: la segunda es un contrato en cuya virtud se reduce la pension, lo que puede hacer el censalista, que como señor, tiene la facultad de renunciar parte de su derecho. A pesar de la reduccion, el capital permanecerá en el estado que tenia, y si fuere del capital, vendria á ser lo mismo que una redencion parcial del censo: TAPIA, allí, n. 1.—Finalmente, *subrogacion* de censo es, *un contrato por el cual el censalista pone y constituye en su propio lugar y grado, á otro individuo que*

## TÍTULO XXVI.

### DE LA COMPAÑIA.

#### SUMARIO.

- 1 Diferencia entre la compañía y la **comunicacion de cosas.**
- 2 Cómo se define la **compañia.**
- 3 División de la compañía.
- 4 La compañía se contrae por el consentimiento de los socios.
- 5 Pacto que puede establecerse si uno de los socios es mas hábil ó mas instruido.
- 6 Obligaciones de los socios.
- 7 Gozan del beneficio de competencia.
- 8 Otra de las obligaciones de los socios, en cuanto á la división de las pérdidas y utilidades.
- 9 Si no hubo ganancias y uno de los socios solo puso su industria, nada llevará del capital.
- 10 11 Modos de disolverse la sociedad.
- 12 Acciones que nacen de este contrato.
- 13 De la **compañia de comercio.**
- 14 Especies que hay de estas sociedades comerciales.
- 15 Este contrato debe hacerse ante escribano por escritura pública, la cual debe presentarse al Consulado.
- 16 Si durante la compañía faltare algún socio, la viuda y herederos deberán pasar por lo obrado hasta entónces.
- 17 Los efectos introducidos en cuenta del capital, se estimaran como dinero efectivo.
- 18 En qué proporción pertenece á la compañía el adeudo de un socio que tomare efectos y pagare parte en dinero.
- 19 Responsabilidad de los socios en los negocios que hicieron con otras personas.
- 20 Cómo deben decidirse las cuestiones de los socios, por razon de la compañía.
- 21 Noticia que los socios deben dar de la disolucion de la compañía.
- 22 Del **contrato trino.**
- 23 Es un verdadero mútuo con intereses.
- 24 Si será lícito este contrato de parte del que recibe el capital.

#### §. I.

**E**L cuarto contrato consensual es la compañía. Pero ántes de que veamos su definicion, es menes-

*le paga el capital de su censo, cediendo á éste todos sus derechos y acciones, y dándole facultad para percibir anualmente sus réditos, y cuando se redima, el capital de él.* Es claro que á éste debe entregarse la escritura primordial de la constitucion del censo y la de subrogacion; y no alterándose, á escepcion de la persona, el primer contrato, que es continuacion de él en un tercero, por ella no se causa alcabala. TAPIA, allí, núm. 6.

ter distinguirla de la *comunicacion de cosas* que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen, pues, en que la compañía es contrato, y la comunicacion de cosas *cuási contrato*, y así para aquella se requiere consentimiento verdadero, y ésta puede acaecer aun invitas las partes: v. g., si se dona á Ticio y á mí una casa. Del contrato de compañía nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion llamada *communi dividundo*, que es mista de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

2—Es, pues, la compañía: *un contrato consensual por el cual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes, ó sus obras para utilidad comun* (1). Decimos que es *un contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura, ni otra cosa, de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo, ú otra cosa de precio estimable, para su comun lucro, aun cuando no se haya verificado la tradicion (uh).

(1) Ley 1 tít. 10 Part. 5. *Compañía es ayuntamiento de dos omés ó de mas, que es fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayuntandose los unos con los otros.*

(uh) Para que la compañía sea válida, se requieren cinco condiciones: 1<sup>a</sup> que se haga sobre negocio lícito: 2<sup>a</sup> que los sócios junten su caudal ó industria, para su utilidad comun: 3<sup>a</sup> que se guarde entre ellos igualdad proporcional, segun el mas ó ménos caudal ó industria que cada uno ponga, de modo que sean iguales así en la utilidad como en los daños y espensas: 4<sup>a</sup> que la suerte puesta en la compañía sea á pérdidas y ganancias, de

3.—La compañía se divide en *universal*, *general* y *singular*. La primera se verifica cuando los socios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes, como los futuros, por cualquier título que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos, que habia hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno tenia cosa que fuese suya solamente (2). *General* se llama la sociedad, cuando los socios se comunican entre sí todo lo que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte, ó por beneficio de la fortuna: tal es la sociedad conyugal. Finalmente, *compañía singular*, es aquella que se reduce á bienes y negocios señalados (3); y esta es frecuentísima entre los comerciantes (ui).

modo que esté sujeta á todo y no á una cosa sola; y 3<sup>a</sup> que se observeu los justos pactos que los socios se impongan: FERRARIS, *Biblioth.* palabra *Societas*.

(2) Act. Apost. cap. 4 v. 32. — (3) Ley 3 tit. 10 P. 5.

(ui) La sociedad *singular* se subdivide en tres especies, á saber: ó para un solo negocio, ó simplemente sin espresar bienes sobre que se hace, ó sobre las ganancias que se hicieren. En la primera especie únicamente son comunes las ganancias ó pérdidas del negocio que forma su objeto, y si alguno de los socios tuviere ganancias por otro respecto, serán propias del mismo y no de los demas. En la segunda especie se han de partir las ganancias que provinieren del ejercicio, comercio ó tráfico que usaren los socios, esto es, solamente las ganancias ó beneficios procedentes de su industria ó trabajo: leyes 3 y 7 tit. 10 Part. 5. En la tercera, se comprenden todas las adquisiciones que se hicieren así por industria ó trabajo, como por herencia ú otro título semejante; de manera que esta tercera especie, mas bien puede llamarse sociedad *general*, que *singular*. ESCRICHE, palabra *Societas*.

4—La compañía se contrae por el consentimiento de los socios, segun hemos explicado ya. Infiérese, pues, de aquí: lo 1º que vale la compañía desigual (4); y así, v. g., si Ticio lleva á la compañía veinte mil pesos, y Sempronio solo diez mil, será tan válida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera será legitima la compañía, aunque uno solo ponga el capital y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir, que las obras á que se obligan el socio ó socios, han de ser lícitas y honestas, de otra suerte no valdrá la compañía (5); y así, si uno de los socios promete emplearse en engañar á los compradores, ó en defraudar los tributos ó alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañía (6). Finalmente, no es válida la sociedad llamada *leonina* en la cual se pacta que toda la utilidad sea para uno, y nada de pérdida, ó al contrario (7); y se le dió este nombre con alusion á la fabula de Fedro (8), en la cual se cuenta, que habiendo hecho compañía un leon con el asno y la zorra para cazar, se llevó él solo toda la presa (uj).

(4) Ley 4 tít. 10 Part. 5.—(5) Ley 2 del mismo tít. 10

(6) Arg. de la ley 2 ya citada.

(7) Ley 4 al fin, tít. 10 Part. 5.—(8) Fábula 5 lib. 4.

(uj) Puede hacer compañía el que no es loco, fátuo, desmemoriado, ni menor de catorce años; y si el mayor de catorce y menor de veinte y cinco entiende que se le sigue daño de ella, ó que le hicieron entrar fraudulentamente, puede pedir al juez que le exonere y le restituya á su primer estado. Puede hacerse por cierto tiempo ó por toda la vida, y si algunos la hicieren tanto por sí como por sus herederos, valdrá en cuanto á la vida de aquellos, mas no respecto á éstos, salvo si fuese sobre arrendamiento de rentas reales ó del comun de algun



5—No obstante lo dicho, si alguno ó algunos de los socios fueren más hábiles ó estuvieren más instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ó se espusieren á mayores riesgos que los consocios, podrán pactar que les toque más parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido (9).

6—Síguese ver la obligacion que tienen los socios, la cual se reduce á dos capítulos: 1º. Que un socio para con otro, está obligado a prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun: 2º. Que la utilidad y el daño, se divida con equidad entre todos los socios. Por lo que hace á la primera obligacion, se debe notar que el socio está obligado á la culpa leve, pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve, no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el socio pone en sus propios negocios (10). La razon es, porque á sí mismo se debe imputar su daño ó pérdida, el socio que contrajere con un hombre descuidado ó negligente.

7—Es tanta la union que debe haber entre los socios, que el derecho quiere se vean como hermanos; y así, les concede el beneficio de *competencia*, esto es, que por razon de deuda no pueda el uno reconvenir al otro, mas que en lo que pueda, quedándole lo preciso para mantenerse (11). A mas de

Concejo, y tambien cuando el testador les manda subsistir en ella por tiempo determinado: leyes 1, 2 y 10 tit. 10 Part. 5. TAPIA, lib. 2 tit. 4 cap. 12 n. 4, 5 y 6.

(9) Ley 4 tit. 10 P. 5. GOMEZ, lib. 2 var. cap. 5 n. 5.

(10) Ley 7 al fin, tit. 10 Part. 5. —(11) Ley 15, allí.

esto, si alguno de los socios tomase alguna cosa de la compañía sin conocimiento de los demas, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que hubiese pruebas evidentes de ello (12).

8—La otra obligacion de los socios, consiste en la igual division de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad *universal*, en la cual no se requiere igualdad; y así, si Ticio tiene de caudal cincuenta mil pesos, y Mevio doce mil y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y éste tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto, habiendo contraido compañía universal. Mas en la sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones: 1ª Que si al tiempo de celebrar el contrato determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdrá, aunque las partes sean desiguales (13). Mas, si nada se pactó ántes, se guardará proporecion *geométrica*, esto es, cuanto mas de capital puso uno, tanto mas llevará de utilidad y de daño (14). Esta proporecion la sacan los aritméticos con la regla que llaman de compañía: v. g., si Ticio puso 18000, Mevio 9000, y Sempronio 3000, y con toda esta suma ganaron 15000, ¿cuánto le tocará á cada uno?

9—Si uno de los socios pone el dinero ó la materia, y otro el trabajo, participará de la ganancia segun el pacto que preceda, el cual deberá dar la ley; pero disuelta la sociedad nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo (uk).

(12) Ley 17 tít. 10 Part. 5.

(13) Ley 4 tít. 10 Part. 5.—(14) Ley 3 de dicho tít. 10.

(uk) La division de las utilidades y existencias ha de ser hecha, como ya se ha indicado, con proporecion geométrica.

10—Hemos dicho de qué modo se contrae la compañía, y las obligaciones de los socios: veamos ahora como se disuelve. Para esto hay muchos modos: 1º Por muerte aunque sea de uno de los socios, y ya sea natural ó civil (15): 2º Otro modo es el mútuo disenso, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebró: 3º El tercer modo es la renuncia de alguno de los socios; pero si ésta se hizo ántes del tiempo convenido, ó ántes de fenecerse el negocio para que se formó la compañía, debe satisfacer á los otros los daños y perjuicios ocasionados por este motivo (16) [\*]

trica, y así si el caudal de uno fueren 300 y el de otro 200, importando la ganancia 40, tendrá 6 el de 300 y 4 el de 200. Si uno puso tan solo la industria ó trabajo y el otro el caudal, es claro que se hace comun la ganancia, mas no el capital; pero si el trabajo puesto por el uno fuere de mas importancia que el caudal puesto por el otro, éste se hace comun, de suerte que disuelta la sociedad se divide en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. SALA, *Derecho real*, lib. 2.º tít. 15.º n. 5 y 6.

(15) Ley 10 tít. 10 Part. 5.—(16) Ley 11.

[\*] Este modo de disolverse, es particular en el mandato y sociedad; en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligación invito el otro. En el mandato es la razon, porque se elije la industria de la persona, y si ésta no se encuentra en la elejida, es necesario revocarlo. En la sociedad milita otra razon, y es porque este contrato es orijen de muchas discordias, y así las leyes favorecen la libertad de cada socio, ántes que dar ocasion á pleitos y mayores daños; *quia communio lites et jurgia generare solet*. A que se agrega que de ningun provecho seria á los demas de la compañía, el tener un socio contra su voluntad.

11—Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal, se hacen comunes las ganancias desde aquel dia entre los otros, y las pérdidas son particulares al que renunció con engaño (17): 4º El cuarto modo es por acabarse el negocio á cuyo efecto se contrajo la sociedad, ó el tiempo porque se contrajo: 5º El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los sócios, hallándose cargado de deudas: 6º El sexto por destruccion de la cosa que era objeto de la compañía (18): Y el último, por mala condicion ó genio de uno de los sócios, ó por no guardarse los pactos del contrato (19) (ul).

12—La accion que nace de este contrato se llama *pro socio*, porque de un contrato nominado cual es la compañía, debe nacer accion de su mismo nombre. Es directa por ámbas partes, porque segun la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro; y así, se dá esta accion á cada uno, á efecto de conseguir del otro todo aquello á que está obligado por razon de este contrato.

(17) Ley 12 tít. 10 Part. 5.

(18) Ley 10 tít. 10 Part. 5.

(19) Ley 14, allí.

(ul) Tambien se acaba la compañía tácitamente, si un compañero muda la forma de escribir los libros de cuentas, sin hacer mencion de los sócios, y cuando contrata separadamente por sí, sabiéndolo éstos: *Cur. Fil.* lib. 4 cap. 3 n. 43. De la misma manera se renueva tácitamente la sociedad despues de concluida, cuando el sócio ó su heredero continúa con los demas en la negociacion del mismo modo que lo hacian y podian practicar ántes de haber espirado; y lo propio se entiende haciendo mención en el libro de cuentas, llamado de *caja*, de que está en la compañía y es uno de los compañeros. *Curia* lug. cit., n. 44.

Un contrato consensual que se hace entre dos ó mas personas con el objeto de hacer

215

y perjuicio juntamente varios negocios, por cuenta de y riesgo común y de

§. II.

De la compañía de comercio. siendo repartidas las ganancias y pérdidas en dicha compañía de lo mancomunado y pactado.

13—Compañía, en términos de comercio, es un contrato ó convenio que se hace ó puede hacerse entre dos ó mas personas, en virtud del cual se obligan recíprocamente por cierto tiempo, y bajo de ciertas condiciones y pactos, á hacer y proseguir juntamente varios negocios, por cuenta y riesgo común, y de cada uno de los compañeros respectivamente, segun y en la parte que por el caudal ó industria que cada uno ponga les puedan pertenecer, así en las pérdidas como en las ganancias que al cabo del tiempo que asignen, resultaren de la tal compañía (20). Lo que se ha dicho sobre la sociedad ó compañía en general, es aplicable á las sociedades de comercio, con las modificaciones y restricciones que vamos á indicar.

14—Hay tres especies de sociedades comerciales, á saber: sociedad colectiva, sociedad en comándita y sociedad anómala ó anónima. Suele añadirse otra llamada sociedad accidental; pero propiamente no lo es, por no estar sujeta á las reglas de las tres primeras (21). Sociedad colectiva es la que forman dos ó mas personas, y tiene por objeto hacer el

(20) Ordenanzas de Bilbao cap. 10 núm. 1.

(21) Sociedad accidental ó momentánea, es un contrato por el cual, sin establecer compañía formal, se interesan algunos comerciantes en las operaciones de otros, contribuyendo por ellas con la parte de capital que convengan, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos ó adversos, bajo la proporción que determinen. Estas sociedades, conocidas con el nombre de cuentas en participación, no están sujetas en su formación á ninguna solemnidad.

comercio, bajo un nombre social, y en la que son responsables *in solidum* todos los socios indicados en el contrato de compañía. Llámanse *colectiva* ó en nombre colectivo, porque es de su esencia que todos los socios concurren á la administracion, ó se entienda que concurren á ella por delegacion de poderes, de modo que lo que se hace por uno solo se considera hecho por todos los asociados, colectivamente y bajo un nombre comun. Sociedad en encomienda ó en *comándita*, es la que se forma entre uno ó muchos socios obligados solidariamente, y otro ú otros meros prestadores de fondos, que no tienen facultad de administrar, ni son responsables mas que de la pérdida de los fondos que hayan puesto ó debido poner en la compañía. Sociedad *anónima*, es la que se forma creandose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno ó muchos objetos que den nombre á la empresa social, cuyo manejo se encarga á mandatarios ó administradores amovibles á voluntad de los socios. Llámanse *anónima*, porque no tiene razon social, ni se designa por el nombre de sus socios, sino por el objeto ú objetos para que se hubiese formado, como por ejemplo, la compañía de seguros contra los incendios (22).

15—El contrato de compañía debe hacerse ante escribano, por escritura pública, con expresion de los socios, fondos y demas circunstancias y partes de cada uno; cuyo instrumento debe entregarse al Prior y Cónsules dentro de quince dias si pasó en Guatemala, ó dentro de dos meses si fuere en cualquiera otra parte de la nacion, bajo las penas es-

tablecidas (23). La compañía tendrá sus libros en debida forma, con el inventario de sus haberes ó capitales, con la lista de los nombres, apellidos y vecindad de los interesados, y con relacion de los capítulos y principales circunstancias del contrato; debiendo llevarse cuentas especiales de todas las negociaciones que se hicieren (24). Fenecido el tiempo por el que se instituyó una compañía, si los socios quisieren renovarla, ya sea en los mismos términos, ya variando las condiciones, habrán de hacer manifestacion de la nueva escritura y firmar en la forma esplicada (25).

16—Si durante la compañía faltare algun socio por muerte, ausencia ú otro motivo, la viuda, hijos y herederos tendrán que pasar por lo obrado hasta dicha época, y estar á las contingencias de los negocios pendientes por lo respectivo á la prorata de su interes y no mas, mediante las cuentas justificadas que deberán presentarles los demas compañeros. Y si éstos y la tal viuda y herederos quisieren proseguir la misma compañía, bajo los mismos ú otros pactos, habrán de otorgar nueva escritura, pasando tambien testimonio al Consulado (26).

17—Las mercaderías y efectos que pusiere en la compañía cualquiera socio en cuenta de su capital, serán estimados como dinero efectivo, tasándose á precios justos de consentimiento comun de los demas compañeros. Cuando algun socio llevare para llenar su capital algunos créditos que no sean dinero pronto, no se le abonarán en la compañía hasta

(23) Véanse los art. 4 y 5 de las Ordenanzas citadas cap. 10, y el 20 de la Real Cédula de 11 de diciembre de 1793. Ley 63 tit. 6 lib. 9 Rec. de Indias.

(24) Ordenan. c. cit. n. 6—(25) Id. n. 8—(26) Id. n. 9.

que efectivamente sean cobrados; y si su cobranza se retardase, o no se hiciese hasta el fin de la compañía, quedarán de cuenta de su dueño, quien deberá reemplazar en dinero lo que le faltare para el complemento del capital ofrecido, ó pagar los intereses del tiempo en que la compañía careció de esta cantidad (27).

18—Si algun deudor de el tal socio tomare algunos géneros de la compañía, y diere á cuenta de una y otra deuda algunas cantidades de dinero, el resto que quedare debiendo al fin de la compañía, pertenecerá á ella y al socio primer acreedor respectivamente, sueldo por libra (28).

19—Todos los socios deben responder con el caudal puesto en la compañía y sus ganancias, de cualesquiera negocios que cada uno de ellos hiciere con otras personas á nombre de la compañía; mas el que firma por ésta, no solo está obligado al saneamiento de las pérdidas, con el fondo que puso y sus ganancias, sino tambien con todo el resto de sus bienes habidos y por haber, aun quando no hubiere traído ningun caudal (29).

20—Las contestaciones que ocurran entren los socios, por razon de los negocios de la compañía, deben decidirse por dos ó mas árbitros nombrados por ellos, ó de oficio por los jueces; y las determinaciones de los árbitros, que habrán de proceder sumariamente, serán obedecidas con puntualidad, sin apelacion ni pleito alguno, bajo la pena convencional que los socios se hubieren impuesto, ó la arbitraria que los jueces les señalaren (30).

21—Finalmente, siempre que la compañía se disolviere, lo participarán sus individuos á todos aque-

(27) Ordenan. cap. 10 cit. n. 11.—(28) Id. n. 12.

(29) Ordenan. n. 13.—(30) Id. n. 16.



llos con quienes hayan tenido correspondencia comercial, para evitar los fraudes que podrian cometerse por algun interesado que continuase sus relaciones, como si la compañía no estuviese disuelta (31).

§. III.

*Del contrato trino.*

22—Este contrato se reduce á una compañía regular á pérdidas y ganancias, á que se sigue un pacto de aseguracion del capital en virtud de renunciar parte del lucro, y otro de aseguracion del mismo lucro, sacrificando alguna porcion de él por afianzar otra mas moderada. Pedro y Juan, por ejemplo, celebran contrato de sociedad, poniendo Pedro el capital y Juan la industria, con la condicion de partirse con igualdad las ganancias. Suponen luego que éstas ascenderán á treinta por ciento, y Pedro se conviene en recibir solamente ocho en vez de los quince que le tocarian, con tal que Juan le asegure el capital, obligándose, como en efecto se obliga, á devolvérsele por entero en cualquier evento. Como todavia el ocho por ciento está en riesgo, pues no ha de darse sino en el caso de que haya utilidades, lo vende Pedro al mismo Juan por un cinco por ciento que éste ha de pagarle fijamente, haya ó no haya ganancias; de suerte que Pedro tiene asegurado su capital y un interes de cinco por ciento, ora pierda Juan ó gane en sus granjerías.

23—De aquí se deduce, que este contrato triple no es otra cosa en último resultado, que un mútuo ó empréstito con interes, por cuya razon la opinion mas comun lo tiene por lícito, siempre que dicho interes sea tan módico que no exceda del tanto por

(31) Ordenanzas cit., cap. 10 n. 17.

ciento que las leyes permiten llevar como premio de un capital anticipado (32).

24—En orden á si es lícito el contrato trino de parte del que recibe el capital, no ponen duda los autores, á ménos que la ganancia que espera la juzgue cierta y segura, en cuyo caso dicen que como no hay riesgo, debe pagar al otro íntegra su parte de utilidades, por no haber motivo en qué fundar la rebaja pactada; pero rara vez se verificará la certeza y seguridad del lucro en los términos que se suponen (33).

## APÉNDICE

### DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

#### SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| <p>1 Esta compañía es especial en España.</p> <p>2 Segun ella, se comunican á los cónyuges por mitad, los bienes adquiridos durante el matrimonio.</p> <p>3 En fuerza de esta sociedad todos los bienes que tengan los cónyuges se reputan de ámbos por mitad, salvo lo que cada uno justificare ser suyo separada-</p> | <p>mente.</p> <p>4 Tambien son comunicables las mejoras que haya al tiempo de la disolucion del matrimonio.</p> <p>5, 6, 7 Casos en que no se comunican á los casados, todos ó algunos de los bienes que adquieran durante el matrimonio.</p> <p>8 Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de los maridos, relativos á sus mugeres.</p> |
|---|--|

**E**STA compañía, que es especial en el reino de España, se introdujo con atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar en otros, que entre el marido y muger legítimos (um).

(32) Véase el tít. 15 de este libro, nota (ee) pág. 55, y la nota (ff) pág. 57.

(33) Tapia, Apéndice al lib. 2 tít. 4 cap. 12 n. 5.

(um) La sociedad legal procedente del matrimonio,

2—Dicha compañía establecida por las leyes (1) hace que se comuniquen por mitad entre los cónyuges, todos los bienes que adquieren ámbos *durante el matrimonio* (2). Diferénciase esta compañía de las demas, por la causa que la produce, la cual no es la convencion sino la ley. Fuera de esto, la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges ántes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de éstos se esceptúan algunos, como veremos mas adelante (un).

3—En fuerza de esta sociedad todos los bienes que desconocida por los romanos que hacian dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el enlace, fué introducida por los visigodos al tiempo de la conquista, quienes la dividian entre los cónyuges á prorata de lo aportado por cada uno: ley 17 tít. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo. Participes las mugeres de las fatigas, espediciones y combates de sus maridos, se creyó que tambien debian participar de las presas hechas al enemigo. El Fuero Juzgo elevó á ley esta costumbre, y la generalizó á toda clase de adquisiciones; y desde esta época se conoce entre nosotros la sociedad legal, en la que, por la legislacion vigente, se dividen por mitad los gananciales, sin considerar los bienes aportados.

(1) Todo el tít. 9 lib. 5 Rec. de Cast. Tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(2) Leyes 4 y 5 tít. 9 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 3 y 5 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec., y 1 y 3 tít. 3 lib. 3 Fuero Real.

(un) Algunos han sostenido, que no existe la compañía sino por la cohabitacion de los cónyuges, fundados en las palabras *estando de consuno* de la ley 1 tít. 4 lib. 10 Nov., y *estando en uno con su muger*, como dice la 205 del Estiló; pero otros, como Acevedo y Matienzo, opinan que basta que subsista el matrimonio, segun lo declara la ley 5 tít. 4 lib. 10 Nov., que usa de la frase *durante el matrimonio*.

tuvieren y poseyeren marido y muger durante el matrimonio, son y deben reputarse de ámbos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente (3). A mas de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aun cundo fuese donacion que el Rey les haya hecho á ámbos; pero no si fuese hecha á uno solo (4). Tiene lugar esta particion de ganancias y utilidades, aun en el caso de que el marido tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó ésta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde viniere los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos (5).

4—Asimismo, las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó muger al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, así industriales como naturales (que son las que el tiempo les hubiere dado) son comunicables entre marido y muger, como bienes gananciales [\*] (uo).

(3) Ley 1 de dicho tít. 9 lib. 5 Rec. Ley 4 tít. 4 lib. 40 Nov. Rec.

(4) Ley 2 tít. 9 lib. 5 Rec. Ley 1 tít. 4 lib. 40 N. Rec.

(5) Ley 4 del mismo tít. y lib. 5. Ley 3 tít. 4 lib. 40 Nov. Rec.

[\*] Aunque el autor computa el aumento intrínseco de las cosas en la clase de bienes superlucrados para su division entre el marido y la muger, la sentencia mas comun y corriente es, que el tal aumento cede á favor del dueño de la cosa: no proviene por industria ó trabajo, sino por el tiempo. Proviene de causa anterior que es el dominio particular é inseparable de la especie, y sigue al señor de la misma. Así se explica el Salas en su apéndice *de societate legali inter conjuges* tít. 26 lib. 3 de sus comentarios á la instituta, y concuerdan Matienzo, Gomez, Covarrubias, Gutierrez y Molina, en los lugares que cita.

(uo) Se reputan gananciales: 1º Los bienes propios

5—Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que ad-

del marido ó de la muger que se encuentran de tal suerte mezclados ó confundidos, que no se sabe á cual de ellos pertenecen, y ninguno de ellos puede acreditar su derecho de propiedad: ley 4 tít. 4 lib. 10 Nov. 2º Los frutos de algun usufructo que tuviere cualquiera de los consortes: Greg. Lopez, glos. 2 de la ley 18 tít. 17 Part. 4, y Gomez en la ley 50 de Toro, n. 78. 3º Los frutos de la manda que se hubiese dejado á uno de los cónyuges, aunque por haberse movido pleito sobre la validez de ella, se hubiese dilatado la entrega hasta despues del fallecimiento del mismo: Febrero nov., lib. 1 tít. 2 cap. 8, n. 11. 4º El precio de la finca patrimonial que durante el matrimonio se compra ó rescata por derecho de retracto, ó en virtud del pacto de *retrovendendo*, por quanto dicho precio salió del fondo comun: Gomez, en la ley 70 de Toro, n. 28. 5º El valor de los oficios de regidor, escribano, ú otros que se compraren durante el matrimonio; debiendo adjudicarse en caso de particion, por el precio que tuvieran al tiempo de ella, y no por el que costaron: Gomez, en la ley 29 de Toro n. 21, y Matienzo en la 5 tít. 9 lib. 5 Rec., glos. 4. 6º Lo que el marido adquiere por medio de servicios militares ó *castrenses*, y la recompensa que el Gobierno le diere en virtud de ellos, con tal que sirva sin sueldo, y se mantenga á espensas del caudal de entrambos: ley 2 tít. 4 lib. 10 Nov. 7º Lo que gana el marido ejerciendo los oficios de juez, abogado y otros que se consideran como *cuasi castrenses*: ley 5, allí. 8º El costo de las mejoras que se hicieron en los bienes libres de cualquiera de los cónyuges: leyes 5 y 9 tít. 4 lib. 3 Fuero Real; aunque en los mayorazgos se consolidan con la propiedad, segun la ley 6 tít. 17 lib. 10 Nov. 9º Las vueltas que tal vez hubiere dado el cónyuge que permutó alguna de sus fincas, porque en razon de aquellas hubo adquisicion: ley 14 tít. 4 lib. 3 Fuero Real.

quieren durante el matrimonio. El 1º es por divorcio, pues en este caso el que hubiere dado motivo á él, nada participará de las ganancias (6). El 2º cuando cometen delito de lesa-magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ó se apartan de la religion católica; pero en estos casos, solo el delinuyente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentados hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete (7). Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras (8). Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad de su marido, se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adúltera (9).

6—El 3º cuando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el Rey ú otro alguno, ó por sucesion por testamento ó ab intestato de sus parientes (10). El 4º cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si éstos los adquieren, ó sirvieren á expensas de ámbos, serán comunes, porque son frutos suyos, y éstos de cualquier calidad que sean se comunican entre los casados (11). El 5º cuando el ma-

(6) Gomez, en la ley 50 de Toro, n. 72.

(7) Leyes 10 y 11 tít. 9 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 10 y 11 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec., y 6 tít. 26 Part. 7.

(8) Leyes fin. tít. 2 lib. 3 Fuero Real, 23 tít. 11 Part. 4, 5 tít. 17, y 6 tít. 25 Part. 7, y 11 tít. 9 lib. 5 de la Rec. de Cast. Ley 11 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(9) Ley últ. tít. 2 lib. 3 Fuero Real, y 13 tít. 17 P. 7.

(10) Leyes 1 y 3 tít. 9 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 2 y 4 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(11) Ley 5 de dicho tít. 9. Ley 5 tít. 4 lib. 10 N. Rec.

rido enajena, constante el matrimonio, algunos de los gananciales ó todos, lo que puede hacer sin licencia ni consentimiento de su muger, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener ésta uso de su dominio, hasta que su marido muere (12). Mas si por la enajenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido (up).

7—El 6º cuando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido (13). El 7º, cuando la muger renuncia los gananciales ántes ó despues de haberse casado (14). El 8º cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas de las ciudades, villas, lugares,

(12) Ley 5 tít. 9 lib. 5 de la Rec. Dicha ley 5. tit. 4.

(up) El marido y la muger tienen el dominio de los bienes gananciales, con la diferencia de que el marido lo tiene en *habito* y en *acto*, y la muger solo en *habito*, pasando al *acto*, cuando se disuelve el matrimonio. Por eso la muger no puede dar ni enajenar dichos bienes durante el matrimonio; mas el marido puede sin el consentimiento de la muger, hacer enajenaciones y aun donaciones moderadas por justas causas; pero serán nulas las donaciones excesivas ó caprichosas, y las enajenaciones hechas con ánimo de defraudar á la muger, la cual tendrá accion en estos casos contra los bienes del marido, y contra el poseedor de los bienes enajenados: ley 5 tít. 4 lib. 10 Nov. MOLINA, de Hispan. primog. lib. 2 c. 10, y GUTIERREZ, lib. 2 *prac. quæst.* 121.

(13) Leyes 5 y 11 tít. 9 lib. 5 Rec. Leyes 5 y 11 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(14) Ley 9 del mismo tít. 9. Ley 9 tít. 4 lib. 10 N. Rec.

casas y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el 9º, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio, una ó mas alhajas fructíferas de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae éste en el dueño de aquella; porque como trae la causa de pretérito, proviene de la misma porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ésta; y así, no tiene estimación el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, pero los frutos que las tales alhajas produjeren, se comunican y deben servir para ayudar á superar las cargas del matrimonio (15) (uq).

(15) Leyes 4 y 5 tít. 9 lib. 5 Rec. Leyes 3 y 5 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(uq) Piensan por lo comun los Intérpretes, que en el caso de que muerto un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunión de bienes con el superstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero Matienzo es de opinion contraria, y se funda en que disuelto el matrimonio, cesa la razon que la introdujo: que siendo esta sociedad especial, es de estrecha interpretacion y no debe ampliarse; y que no viniendo esta sociedad de la convencion ó voluntad de las partes, como las otras, sino de sola la ley, es arriesgado estenderla, presumiéndola renovada á pretexto de un tácito consentimiento. SALA, *Derecho real*, lib. 1 tít. 4 n. 21. Obsérvese tambien, que no cesa la sociedad si el marido echare de la casa á la muger, sin causa legítima, ó la tratare cruelmente, de modo que se vea obligada á separarse de él, pues en tal caso adquirirá ésta su mitad de gananciales durante la separacion, del mis-



8—Puede tambien pertenecer de algun modo á esta sociedad que hay entre el marido y la muger, lo que disponen varias leyes de la Recopilacion, pues arreglan el manejo de estos sócios. Lo 1º que la muger no pueda sin licencia del marido, aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario (16). 2º Que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuási, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniéndose por nulo cuanto haga sin este requisito (17). 3º Que pueda el marido dar licencia á su muger para todas las cosas referidas, y que precediendo ésta, ó siguiéndose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere (18) (ur).

mo modo que ántes. GOMEZ, en la ley 50 de Toro, n. 72.

(16) Ley 1 tit. 3 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 10 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec.

(17) Ley 2 de dicho tit. 3. Ley 11 tit. 4 lib. 10 N. Rec.

(18) Leyes 3 y 5 tit. 3 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 12 y 14 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec.

(ur) Para concluir este apéndice diremos, que son cargas de los bienes gananciales: 1º las deudas que se contrajeren durante el matrimonio, mas no las que tenia cada consorte ántes de casarse, pues éstas deberán pagarse de sus propios bienes: ley 14 tit. 20 lib. 3 Fuero Real. 2º las dotes de las hijas y las donaciones *propter nuptias* de los hijos, bien las prometieren los dos, bien el marido solo: ley 4 tit. 3 lib. 10 Nov. Y ademas se advierte, que los casados de diez y ocho años conservarán hasta los veinticinco el beneficio de la restitucion *in integrum*, si hubieren padecido daño en la administracion de los bienes de la compañía: que en los juicios no pueden intervenir por sí mismos, sin que lo haga por ellos un curador *ad litem*; y que no pueden enajenar sus bienes raices y muebles preciosos, sin decreto judicial. VELA, *disert.* 5.

## TÍTULO XXVII.

### DEL MANDATO.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Qué es mandato.  | trato.   |
| 2 De cuantas maneras puede ser.                                | 7 De cuantos modos acaba el mandato.                   |
| 3, 4 Otras divisiones del mandato.                             | 8 Se explican las acciones que nacen de este contrato. |
| 5, 6 Conclusiones que se deducen de la naturaleza de este con- |  |

**L**A última especie de contratos consensuales es el *mandato*, cuya naturaleza, divisiones y propiedades investigaremos en este título. Es, pues, el mandato: *un contrato consensual por el cual se obliga uno á tratar, ó administrar grátis, un negocio lícito y honesto, que se le ha encomendado por otro* (1). Decimos que es *contrato*, aunque antiguamente no lo era sino solo un mero encargo que no producía una perfecta obligacion que se pudiese deducir en juicio; pero sí era una obligacion imperfecta, y hacia contra la honestidad y contra la ley de la amistad, el que no cumplía lo prometido á su amigo. Así se practicó en los principios, como refieren algunos autores (2). Pero después, aumentándose mas y mas la mala fé entre los hombres, fué necesario dar al mandato la naturaleza de un verdadero contrato, y en su virtud conceder accion que se pudiese deducir en juicio. Es, pues, un verdadero contrato consensual que requiere el consentimiento de ámbos contrayentes; y así, el que administra los negocios de otro ignorante, no se dice que cumple un mandato, ni que

(1) Leyes 20 y 25 tít. 12 Part. 5.

(2) Heineccio en este título y en sus *Antigüedades romanas*, citando á otros.

esto lo hace en virtud de un contrato, pues no hay consentimiento, sino que solamente interviene un cuasi contrato, á que llama el derecho *negotiorum gestio*. A mas de esto se dice: *que nos obligamos á administrar un negocio honesto que otro nos encomienda en confianza*; porque si no es de esta suerte, por estar el que obedece bajo la potestad del que manda, no sera mandato del que hablamos, sino *precepto* que produce obligacion por otros principios. Si no se manda, sino que solamente se procura persuadir á otro que haga alguna cosa dejandolo en libertad para hacerla ó nó, será *consejo*, el cual no produce obligacion, como ni tampoco la *recomendacion*, que se hace en favor de un tercero, no constando de la intencion de obligarse. Finalmente, se añade que ha de ser *gratis*, porque si el negocio ajeno se administra por paga, no será mandato, sino locacion ú otro contrato innominado (us).

2—Hasta aquí hemos explicado lo que es el mandato: veamos ahora de cuántas maneras puede ser. Uno se llama *expreso*, porque se hace con palabras, ó proferidas con la boca ó escritas; y otro *tácito*, que se colije por hechos que demuestran el consentimiento: v. g., si uno vé que otro administra sus ne-

(us) San Isidoro *Orig.* lib. 4 cap. 4, deriva la palabra *mandato* de la dacion de la mano, porque antiguamente se celebraba, dándose los contrayentes la mano en señal de amistad, *man datum*. No debe tampoco confundirse con la *procuracion*, que viene de *curare pro*, pues aunque esencialmente son una misma cosa, la procuracion se diferencia del mandato en que supone un poder por escrito, cuando éste puede ser únicamente verbal, y en que la palabra *mandato* es mas general y comprende todo poder dado á otro, de cualquiera clase que sea: GOYENA citado, lib. 2 lit. 44 secc. 1 n. 3085.

gocios y calla, ó deja que prosiga, es lo mismo que si se lo mandase. Podemos añadir otro tercer miembro, este es el mandato *presunto*, que se colije de la union ó parentesco: v. g., si el marido administra los negocios de su muger, pues aunque no tenga mandato, se presume que lo tiene. Pero en estos casos el derecho siempre exige caucion de que lo hecho se tendrá á bien (ut). Se divide tambien el mandato en *general*, por el cual se cometen á otro todos los negocios que pueden ocurrir; y *especial*, cuando se comete uno solo. El primero suele darse con libre, franca y general administracion, y con facultad de poder hacer todo lo que el mandante por sí mismo haría ó podría hacer (3). Puede ser tambien el poder *judicial*, por el cual se encomiendan negocios judiciales; ó *estrajudicial*, si se encomendaren negocios domésticos ó estrajudiciales. Se dá tambien mandato *puro*, á *dia cierto* y *bajo de condicion*, lo cual es claro por sí mismo.

3—Ultimamente, hay otras divisiones del mandato, tomadas del fin que se tiene en él; y así, se divide en mandato que solo cede en utilidad del que manda; ó en utilidad del que manda y del mandata-

(ut) Esta caucion se llama *de rato*, esto es, que el señor del negocio ratificará y aprobará lo que hiciere el mandatario. No obstante, debe saberse que la *ratihabicion* y la *ratificacion* se diferencian en que ésta tiene una significacion mas estensa y comprende la *retihabicion* como el género á su especie; pues aquella palabra denota la confirmacion no solo de lo que nosotros habíamos hecho anteriormente, sino tambien de lo que otro ha hecho en nuestro nombre sin preceder nuestro mandato, al paso que la *ratihabicion* no abraza sino esta segunda parte.

(3) Ley 19 tít. 5 Part. 3.

rio; ó en utilidad de un tercero solamente; ó del mandante y un tercero, ó del mandatario y un tercero.

4—El primer modo es el rigoroso mandato, y es el que cede en utilidad de solo el mandante: v. g., si Ticio encomienda á Cayo que le siga un pleito en juicio (4). El segundo modo, cuando el mandato cede en utilidad del que manda y del mandatario, v. g., si yo mando á alguno que dé mil pesos á usuras á mí, ó á mi mayordomo, para comerciar con ellos; en cuyo caso es manifiesta la utilidad de ambos (5). El tercer modo es, cuando el mandato solo se dirige á la utilidad de un tercero: como si yo mandase á uno que se encargue de los negocios de Ticio, ó que salga por su fiador (6). El cuarto modo se verifica, cuando el mandato cede en utilidad del que manda y de un tercero; como si yo mando á Cayo que compre una hacienda para Ticio y para mí (7). El quinto modo se dará si el mandato cediere en utilidad del mandatario y de un tercero; v. g., si yo mando á Ticio que dé á Cayo, que intenta comerciar, alguna cantidad de dinero á usura (8). Finalmente, suele añadirse otra especie de mandato, y es el que solamente se dirige á la utilidad del mandatario; pero éste verdaderamente mas es *consejo* que mandato, el cual de ninguna manera produce accion, sino en el caso que se dé con dolo; es decir, con la mira ó intencion de perjudicar al que recibe el consejo (9).

5—Vistas ya las divisiones de este contrato, pide el orden que tratemos de varias conclusiones que

(4) Ley 20 tit. 12 P. 5.—(5) Ley 22, allí.—(6) Ley 21.

(7) Ley 21 de dicho tit. 12 P. 5, v. *La tercera*.

(8) Ley 22 del mismo título, v. *La quinta*.

(9) Ley 23 tit. 12 Part. 5.

se deducen de su naturaleza y muestran lo que es justo acerca de él. Sea, pues, la 1.<sup>a</sup>: el mandato solo requiere el consentimiento de ambos contrayentes; y es la razon, porque como hemos dicho, es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos cosas: la una, que regularmente se exige que el mandato esté reducido á escritura; mas no porque esto sea necesario para su valor, sino porque de otra suerte no constaría á la otra parte que uno era verdadero apoderado: la otra es, que la ratihabicion se tiene por consentimiento, y se retrotrae al principio del negocio que se practicó sin mandato (uv).

6—2.<sup>a</sup> El mandato no puede tener efecto sino en cosas lícitas, y así no producirá obligacion siempre que se verse sobre alguna cosa que sea contra las buenas costumbres (10). V. g., si alguno mandase á un ladron que mate á Cayo, pues aunque éste acepte el mandato, no quedará obligado á ejecutar la muerte. 3.<sup>a</sup> El mandato no admite paga estipulada, porque degeneraría en locacion, pero sí admite honorario; y de aquí es, que los procuradores del número, que hay en los tribunales superiores, son verdaderos mandatarios, aunque no se encarguen de los asuntos gratis. 4.<sup>a</sup> Nada vale lo que obra el mandatario que excede los términos del mandato; pero sí tiene accion á todo aquello en que no hubo

(uv) Y así, la ratificacion tiene efecto retroactivo, de modo que sube ó se retrotrae al dia del acto ó contrato: *ratihabitio retrotrahitur ad initium*, y tambien equivale al mandato; de suerte que cuando uno dá por firme lo que otro hizo en su nombre, vale tanto como si le hubiese mandado que lo hiciera: *ratihabitio mandato æquiparatur*; Regla 10 tít. 34 Part. 7, y Cap. 10 de reg. jur. in 6.

(10) Ley 25 tít. 12 Part. 5.

exceso (11) (ux). 5ª El mandatario por lo regular no puede sustituir, si no es que se le conceda esta facultad. La razon es, porque el que manda escoje la industria de la persona, la cual no se encuentra siempre del mismo modo en el sustituto (uy). 6ª El mandatario está obligado á poner toda aquella diligencia que requiere el negocio de que se encomienda; y así deberá aun la exactisima, siempre que admita la administracion de un negocio que con ménos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante (12) (uz).

(11) Arg. de la ley 16 tít. 12 Part. 5.

(ux) Excederá el mandatario los límites del mandato: 1º cuando ha desempeñado la comision con condiciones mas onerosas que las prescritas por el mandato, y entón- ces puede el mandante aprobar ó desaprobár lo hecho, en cuyo último caso se halla libre de toda obligacion respecto del mandatario: 2º si al evacuar la comision se estiende á hacer algo mas de lo mandado, y así en ór- den al exceso no quedará obligado el mandante: 3º ha- ciendo otra cosa diversa de la que se le ha mandado ha- cer; y entónces no quedará obligado el mandante sino en cuanto tenga por conveniente ratificar lo que hubiese hecho el mandatario; lo cual tiene lugar aun cuando esto fuese mas ventajoso al mandante que lo espresado en el mandato: y 4º cuando el mandatario se dice que obre en el encargo junto con otra persona, y lo hace por sí solo; en cuyo caso no queda obligado el mandante: GOYENA allí, secc. 2 n. 3094.

(uy) Podrá el mandatario nombrar sustituto siempre que le parezca en los negocios estrajudiciales, y valdrá lo que haga como si lo hiciese quien le nombró, aunque éste ha de ser responsable de los perjuicios que aquel ocasione al señor: ley 19 tít. 5 Part. 3.

(12) Leyes 26 tít. 5 Part. 3 y 20 tít. 12 Part. 5, y en ella Gregorio Lopez, glosa 5.

(uz) La aceptacion del mandato es voluntaria; pero

7—El mandato acaba de varios modos, que fácilmente se colijen de su naturaleza. El 1º es por mútuo disentimiento, pues no hay cosa mas natural que todo se disuelva del modo que se ligó. 2º Por revocacion del mandato, lo cual puede hacer el mandante, sin causa alguna, antes de comenzarse el negocio, y aun despues de comenzado; si no es en el caso de que, ó la parte contraria ó el mandatario mismo lo contradiga, reputándose infamado por la revocacion; en cuyo caso, ó no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que asigna la ley citada (13). Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, en la práctica se hace la revocacion diciendo: *que se revoca el poder dado á fulano, dejándolo en su buena opinion y fama, y sin ánimo de injuriarlo.* Con cuya cláusula no puede alegar que se le a-

una vez aceptado, se halla el mandatario obligado á cumplirlo, so pena de satisfacer los intereses y perjuicios que de lo contrario se siguieren al mandante; pero hay algunas causas por las cuales cesa esta obligacion, como si sobreviene grave enfermedad del mandatario; sería enemistad entre los contrayentes y tambien estará disculpado el mandatario de suspender el cumplimiento del mandato, si teniendo que hacer para ello alguna anticipacion pecuniaria, sabe el mal estado de los negocios del mandante, y recela justamente que no ha de ser reintegrado. Suelen ademas sobrevenir otra especie de impedimentos que prestan legítima excusa al mandatario, como si repentinamente se vé precisado á dejar el lugar en que ha de cumplirse el mandato, para volver al de su ordinaria residencia; pero en este caso debe advertirlo inmediatamente á su principal para que se valga de otra persona y no le páre perjuicio: GOYENA lugar cit. n. 3088, y TAPIA lib. 2 tit. 4 cap. 13 n. 20 y 21.

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



gravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas (14) (ba). 3º Por renuncia hecha por el mandatario, para la cual se requiere justa causa, aun cuando se haga ántes de principiár el negocio (15). 4º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos para pleitos está determinado, que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acabe el poder, siempre que la muerte acontezca antes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado (16). De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda, se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba el mandato, pero ya contestado, deben sus herederos seguir el pleito, en caso de ser idóneos (17) (be).

(14) Febrero, *Libr. de escrib.* cap. 11 § 1 núm. 22.

(ba) La revocacion del mandato puede ser espresa ó tácita, la cual se presume ó induce de ciertos hechos. Tácitamente se revocaría, si encargase el mandante el mismo negocio á otra persona, ó si el mandatario hubiese sufrido condenacion judicial por causa infamatoria, ó hecho bancarrota. Sin embargo, lo practicado por el mandatario obliga al mandante, del mismo modo que lo que haya ejecutado antes de saber la revocacion, aun cuando sea espresa: TAPIA allí núm. 22.

(15) Ley 24 tit. 5 Part. 3.—(16) Ley 23, allí.

(17) Dicha ley 23, en el medio.

(be) Asimismo se acaba el mandato por la mudanza de estado del mandante, siempre que sea tal que le im-

8—Falta explicar las acciones que nacen de este contrato. Éstas son dos: directa y contraria, por ser bilateral. La *directa* se dá al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga, para que cumpla el negocio pactado, y dé cuentas de su administracion. La *contraria* se dá al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la ejecucion del mandato (18) (bi).

pidia legalmente el manejo de sus negocios, como la prodigalidad declarada por el juez, la demencia ú otro incidente por el cual se le nombre curador; y en la muger el contraer matrimonio, pues queda sujeta al marido. Por último, se entiende cesar el mandato, siempre que el mandante pierde el derecho de hacer por sí mismo lo que tiene encargado á otro. TAPIA lugar citado núm. 23.

(18) Leyes 26, 27 y 31 tít. 12 Part. 5. Véase el Febrero de Tapia, lib. 2 tít. 4 cap. 13 núm. 24.

(bi) También son especies de mandatarios los comisionarios, factores y corredores. *Comisionista ó comisionario* es, el encargado por algun comerciante, de la compra ó venta de algunos artículos de comercio, y sus obligaciones estan marcadas en el cap. 12 de las Ordenanzas de Bilbao. *Factor, ó institor* como le llamaban los romanos, es la persona destinada en algun paraje para hacer compras, ventas ú otros negocios mercantiles, ó para dirigir algun establecimiento de comercio en nombre y por cuenta de otro: Curia Filip. lib. 1 *com. terr.* cap. 4. Finalmente, *corredores* son los sujetos que se ejercitan por razon de su oficio en facilitar los contratos mercantiles, procurando avenir las voluntades de los contrayentes. Véase sobre esta materia la ley 33 tít. 26 Part. 2; la Curia Filip. lib. 1 *com. terr.* cap. 5 y las Ordenanzas citadas cap. 15 y 16.—Sobre *agentes de negocios*, puede verse el Febrero de Tapia lib. 2 tít. 4 cap. 14 n. 30 y siguientes.

## APÉNDICE.

### DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS.

#### SUMARIO.

- |   |   |    |  |
|---|---|----|--|
| 1 | Qué es contrato <b>aleatorio</b> , y cuántas especies hay de ellos.               | 10 | Quién se llama <b>asegurador</b> , etc.  |
| 2 | Cómo se define el <b>juego</b> .  | 11 | Del seguro <b>marítimo</b> .   |
| 3 | Cuántas especies hay de juegos.   | 12 | Del <b>préstamo á la gruesa</b> .  |
| 4 | Qué circunstancias han de intervenir en los juegos para que sean <b>licitos</b> . | 13 | Cómo debe hacerse este contrato  |
| 5 | Leyes prohibitivas de los juegos de suerte, y cuales son los permitidos.          | 14 | Del contrato de <b>renta vitalicia</b> .   |
| 6 | De la apuesta ( <b>sponsio</b> .)   | 15 | Qué contratos de este género no producen efecto.   |
| 7 | Qué apuestas no deben sostenerse.   | 16 | Cuál debe ser la <b>pension anual</b> ; y en qué ha de consistir el capital.                             |
| 8 | La apuesta produce <b>accion y obligacion</b> .                                   | 17 | Cuando cesa la obligacion de pagar la renta, y en qué caso vuelve la <b>finca á su primitivo dueño</b> . |
| 9 | De la <b>aseguracion ó seguro</b> .   |    |  |

**C**ontrato *aleatorio* es, la convencion recíproca, cuyos efectos en cuanto á las pérdidas y ganancias, para cualesquiera de las partes ó para todas ellas, dependen precisamente de un acontecimiento incierto (1). Tales son el juego, la apuesta, la aseguracion, el préstamo á la gruesa ventura y el contrato de renta vitalicia. Aunque esta especie de convenciones tengan todas ó casi todas, por primera base el acaso ó suerte; sin embargo, como producen efectos ciertos, resultan de ellas obligaciones que se deben mirar como legítimas, cuando desde luego

(1) *Alea* era el nombre de un soldado que en el ocio de la guerra de Troya inventó el juego de la *tabla*, que se juega con cubilete, cálculos ó peones y dados. He aquí el orijen de la palabra *aleatorio*, y de otros diferentes juegos que hoy se conocen bajo las diversas denominaciones de *chaquete*, *oca*, *aduaná*, *caballo blanco*, etc. SAN ISIDORO, *Originum* lib. 17 folio 124 B.

respetan los límites establecidos por la razón y la equidad. Hablarémos, pues, de cada uno de estos contratos separada y brevemente.

§. I.

*Del juego.*

2—El *juego* es, un contrato por el cual convienen dos ó mas personas en que la que perdiere ha de pagar á la otra cierta cantidad ú otra cosa fijada de antemano (2). Una perfecta igualdad es la primera regla de los juegos; sirven de recreacion cuando un módico interes los anima y excita, y solo pueden llegar á ser peligrosos por el exceso de lo que se juega y la vanidad que con mucha frecuencia viene á mezclarse en ellos.

3—Hay tres clases ó especies de juegos: *juegos de suerte y azar*, que son los que dependen precisamente de la fortuna ó acaso, y no de la habilidad ó destreza del jugador, como los de lotería, carteta y banca: *juegos de destreza y habilidad*, que dependen solo de la capacidad é inteligencia, ó bien de la disposicion, soltura ó ejercicio del cuerpo, como los de ajedrez, damas, trucos, villar y pelota; y *juegos de suerte y habilidad*, llamados por eso *juegos mistos*, que son aquellos en que no solo la fortuna ó el acaso, sino tambien la destreza y tino de los jugadores, influyen en la ganancia ó pérdida, como el chaquete y los de malilla, mediator, tresillo y demas de naipes que llaman *carteados*.

4—Todos los juegos, considerados generalmente y en sí mismos, son lícitos y válidos por derecho natural, con tal que concurren las circunstancias siguientes: 1ª que ninguno de los jugadores use de

(2) ESCRICHE, palabra *Juego*.

maniobras fraudulentas: 2<sup>a</sup> que el consentimiento de todos sea libre y perfecto y no arrancado por fuerza ó por palabras injuriosas: 3<sup>a</sup> que los jugadores tengan derecho para disponer por sí de la cantidad ó cosa que arriesgan en el juego: 4<sup>a</sup> que haya igualdad entre los jugadores, esto es, que el riesgo que corre el uno, sea igual al riesgo que corre el otro, ya poniendo ambos el mismo valor en los juegos de pura suerte, ya dando en los de habilidad ó fuerza, alguna ventaja el que sea mas diestro ó fuerte al que lo sea menos, de modo que resulte la misma probabilidad de ganar por una y otra parte; á no ser que el uno, con pleno conocimiento de la superioridad del otro, renuncie voluntaria y libremente toda compensacion, en cuyo caso se presumirá que quiere obrar así por razon de beneficencia ó benevolencia.

5—Son muchas las leyes que se han espedido en diferentes épocas y reinados para reprimir la pasion del juego, pero todas estan comprendidas en la célebre pragmática de 6 de octubre de 1771 (3) del rey D. Carlos III, por la cual estan absolutamente prohibidos los juegos de suerte y azar ó de fortuna, ó en que intervenga envite, los de alhajas, prendas ú otros cualesquiera bienes muebles ó raices, en poca ó mucha cantidad, como tambien los juegos á crédito, al fiado ó sobre palabra; y en los permitidos, que son aquellos en que no concurre ninguna de estas circunstancias, el tanto suelto que se jugare no puede exceder de un real de vellon, y toda la cantidad no ha de pasar de treinta ducados, aunque sea en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismos jugadores; ni en ellos

(3) Ley 15 tít. 23 lib. 12 Nov. Recop.

puede haber *traviesas* ó apuestas, todo bajo las penas y prevenciones contenidas en la espresada pragmática (4).

## §. II.

### *De la apuesta.*

6—La *apuesta* es, un convenio ó pacto en que dos personas, disputando sobre una cosa dudosa, estipulan entre sí que la que resultare no tener razón, pagará á la otra cierta cantidad ó entregará una alhaja determinada. Para que sea válida y obligatoria, es necesario que la apuesta no sea contraria á las leyes ni á las buenas costumbres, y puede hacerse: 1º poniendo la cosa que se arriesga en poder de un tercero: 2º poniéndola en poder de

(4) Por la ley de 18 de julio de 1840 se ratifican las prohibiciones de todos los juegos de suerte, envite y apuesta: permite las rifas, siendo para objetos piadosos ó de utilidad pública, con licencia del Corregidor; y tambien los juegos de industria, siendo por pura diversion y bajo las reglas siguientes: 1ª que no puede exceder de cincuenta pesos la cantidad total que se juegue ó aventure, aun entre personas pudientes: 2ª que no debe jugarse al crédito, sobre prendas, alhajas, ú otros bienes: 3ª que tampoco puede hacerse apuestas de ninguna clase ni usarse de tantos ó señales de valor arbitrario, para disimular la verdadera cantidad que se jugare. Debiendo advertirse, que esta ley prohíbe se admita en los juzgados demanda de cosa ó cantidad que haya sido ganada al juego, aun cuando sea de los permitidos, y en cantidad muy moderada; y que el que hubiere perdido en juegos de industria una cantidad mayor de la que se permite, podrá reclamarla dentro de dos meses; pero si fuere menor de edad, el reclamo podrá hacerse dentro del término designado para gozar del beneficio de restitucion, por los padres ó curadores.

uno de los mismos interesados: 3º prometiendo pagar lo apostado, sin depositarlo previamente (5).

7—No deben sostenerse las apuestas en que se arriesgan cantidades excesivas y desproporcionadas á la fortuna de los que las hacen, porque sería un mal para las familias y para la sociedad permitir á los particulares esponer de este modo á la suerte, toda su fortuna ó una gran parte de ella. Por esta razon la ley (6) prohíbe las *traviesas* ó apuestas en los juegos, aun en los que estan permitidos.

8—La apuesta produce accion y obligacion: accion de parte del vencedor y obligacion de parte del vencido, de manera que aquel puede compeler á éste judicialmente al cumplimiento de lo estipulado (7).

### §. III.

#### *De la aseguracion.*

9—La *aseguracion* ó *seguro* es, un contrato en que una de las partes se obliga, mediante cierto precio, á responder ó indemnizar á la otra del daño que podrian causarle ciertos casos fortuitos, á que está espuesta. Como éstos amenazan y pueden sobrevenir, tanto por mar como por tierra, la aseguracion se divide en *maritima* y *terrestre*.

10—Llábase *asegurador* el que se obliga á responder de los riesgos: *asegurado* aquel á quien se responde: *prima* ó *premio* de seguro, el precio que exige el asegurador por su responsabilidad, y *póliza*

(5) Escriche, palabra *Apuesta*.

(6) Ley 15 tít. 23 lib. 12 Nov. Rec. V. la cita (4).

(7) Antonio Gomez *Var.* cap. 41 n. 4. Covarrubias *in Reg. peccat.* 2 p. 24 n. 2. Acevedo, en la ley 12 tít. 7 lib. 8 Recop. n. 15. Curia Filip. lib. 3 cap. 15 n. 1.

*de seguro* la escritura que se estiende para hacer constar el contrato. Éste viene á ser una especie de venta y requiere tres cosas esencialmente: 1<sup>a</sup> una cosa sobre que recaiga el seguro; 2<sup>a</sup> riesgos á que esta cosa se halle espuesta; y 3<sup>a</sup> un precio estipulado por el asegurador para garantizar estos riesgos.

11—El mas usado es el seguro marítimo, que es el que tiene por objeto los riesgos de la navegacion, sobre lo cual puede verse el cap. 22 de las Ordenanzas de Bilbao y la Curia Filípica, lib. 3 *com. nav.* cap. 14.

#### §. IV.

#### *Del préstamo á la gruesa ventura.*

12—*Empréstito á la gruesa ventura ó á riesgo de mar*, es en el comercio marítimo, un contrato por el que una persona presta á otra cierta cantidad sobre objetos espuestos á riesgos marítimos, con la condicion de que pereciendo estos objetos, pierda el dador la suma prestada, y llegando á buen puerto los objetos, se le devuelva la suma con un premio convenido.

13—Este contrato, como el del seguro, se debe hacer por escrito ante escribano público ó entre las mismas partes por medio de corredor ó sin él, y ha de contener con claridad: 1<sup>o</sup> el capital prestado y la suma convenida por el interes ó premio del riesgo; 2<sup>o</sup> los objetos hipotecados para el pago; 3<sup>o</sup> los nombres del navío y del capitan; 4<sup>o</sup> los del dador y tomador; 5<sup>o</sup> el viaje y el tiempo para que se presta; y 6<sup>o</sup> la época del reembolso (8).

(8) Véase sobre esta materia el cap. 23 de la Ordenanza de Bilbao.



## §. V.

*Contrato de renta vitalicia ó viajera.*

14—Consiste este contrato en el derecho de percibir cierta pensión ó rédito anual durante la vida de una ó mas personas designadas. Puede constituirse á título oneroso ó á título gratuito: á título oneroso, mediante una cantidad de dinero ó por una cosa raiz, como si me cedes una suma de cien mil reales ó una viña que te pertenece, con el cargo de darte mientras vivas, una renta de diez mil reales: á título gratuito, por donacion entre vivos, ó por testamento, como si te doy por pura liberalidad, ó te lego una renta que mis herederos deban pagarte durante tu vida.

15—El contrato de renta vitalicia constituida por la vida de una persona que no vivia el día del contrato, no produce efecto alguno; y lo mismo debe decirse del contrato en que la renta se constituya por la vida de una persona que se halle gravemente enferma, y muera efectivamente de la misma enfermedad.

16—La pensión anual deberá ser la que establezcan los contrayentes; pero no podrá pasar del diez por ciento cuando se hace la constitucion por una vida, ni de ocho y un tercio por ciento, cuando se hace por dos vidas (9). El precio, capital ó suerte principal con que se compra ó adquiere la renta, ha de consistir precisamente en bienes raices ó en dinero, y no en plata labrada, ni oro labrado, ni en tapices, ni en otras alhajas ni joyas estimadas (10).

(9) Ley 12 tít. 15 lib. 5 Recop.; nota 2 tít. 15 lib. 10 Nov. Recop.

(10) Ley 29 tít. 15 lib. 10 Nov. Recop.

17—Muerto el acreedor vitalicio, ó la persona ó personas por cuya vida se impuso la renta, cesa la obligación de pagarla y el deudor queda libre de toda responsabilidad; y aunque hay una especie de renta vitalicia en que acabada la vida por que se constituyó, vuelve la finca á poder del dueño primitivo, ésta no es otra cosa que una especie de censo enfiteútico ó arrendamiento que hace el propietario de una finca, al censatario ó enfiteúta para que la disfrute por una ó mas vidas, con la obligación de repararla ó mejorarla y pagarle una corta pensión anual (11).

## TÍTULO XXVIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CUÁSI CONTRATO.

### SUMARIO.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Se define el <b>cuási contrato</b> .                       | trato.  |
| 2, 3, 4 Reglas en que se funda el consentimiento presunto.   | 12 Acciones que nacen de él.  |
| 5 Cuántas especies hay de cuási contratos.                   | 13 De la <b>herencia y comunión de cosas</b> , no convencional.         |
| 6 De la <b>administración de negocios ajenos</b> .           | 14 De la <b>aceptación de la herencia</b> .                             |
| 7, 8, 9 De las obligaciones del administrador y del ausente. | 15 Acción que nace de este cuási contrato.                              |
| 10 Acciones que nacen de este cuási contrato.                | 16 De la <b>paga indebida</b> .   |
| 11 La <b>tutela</b> , segundo cuási con-                     | 17, 18, 19 Cosas que se requieren para repetir lo pagado indebidamente. |

**H**ABIENDO tratado ya de los contratos verdaderos, síguese ahora tratar de los cuási contratos. Estos son: *unos hechos lícitos por los cuales quedan obligados aun los ignorantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presume, atendida la equidad*. Deben ser *hechos lícitos*, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligación de esta naturaleza. Se

(11) Escriche, palabra *Renta vitalicia*.

añade que la obligacion nace en virtud de un consentimiento presunto ó ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos, y los cuási contratos; que para aquellos se requiere consentimiento verdadero, y éstos nacen de presunto ó fingido por el derecho. Mas como las leyes nada finjen sin fundamento, esta ficcion lo tiene en la equidad y utilidad; y así darémos tres reglas de las cuales se infiere cuándo el derecho puede finjir que alguno ha consentido.

2—1ª *Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad.* De este fundamento nace la obligacion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gastos hechos en la tutela, aun no siendo capaz de consentir por ser infante.

3—2ª *Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.* De este fundamento, nace la obligacion que tiene de restituir, aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

4—3ª *El que quiere lo que antecede, no debe dejar de querer lo que es consiguiente.* Por esta regla queda obligádo el maestre de un navio á pagarme el daño que se haya causado á mis cosas, habiéndolas recibido para transportármelas.

5—Aunque son muchos los cuási contratos, aquí solamente trataremos de los principales, que son seis: 1º La administracion de negocios ajenos: 2º La tutela: 3º La herencia: 4º La comunion de cosas: 5º La aceptación de la herencia: 6º La paga indebida.

6—1º El primer cuási contrato es, la *administracion de negocios ajenos*. Mas para que se entienda perfectamente qué cosa es, darémos su definicion y la explicarémos consecutivamente. Es, pues: *un cuási contrato por el cual uno recibe gratis la administracion de algun negocio estrajudicial de otro, ig-*

*norándolo él* (1). Se dice que es un *cuási contrato*, porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ámbas partes, éste que de su voluntad manejaba el negocio ajeno, se llamaría mandatario ó procurador, no *negotiorum gestor*. Se dice que se toma la administracion de algun negocio de otro *ignorándolo él*, porque si el otro tiene noticia de lo que se hace y calla permitiendo que prosiga, será *mandato tácito*. Se añade que ha de ser *negocio estrajudicial*, porque si uno se ofrece á responder por otro en juicio, se llama *defensor*; y de aquí es, que la muger puede hacer este *cuási contrato*, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente, debe ser de *su voluntad y gratis*: de otra suerte será esta administracion un negocio innominado, que ni será locacion ni contrato *do ut des*, pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

7—De este *cuási contrato* nace una recíproca obligacion entre el administrador y el ausente; ó por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, las que veremos aquí.

8—Las obligaciones del administrador, son tres. La 1ª es administrar el negocio ajeno útilmente, pues en tanto obliga al ausente é ignorante, en cuanto le promueve su utilidad (2). De aquí es, que si uno hizo gastos en la cosa de otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá accion contra él para indemnizarse (3). Pero si el *negotiorum gestor* hizo gastos que parecia que efectivamente promovian la utilidad del otro, y despues no resultó ser

(1) Ley 26 tít. 12 Part. 5.

(2) Leyes 26 y 29 tít. 12 Part. 5.

(3) Ley 26, v. *E por ende*, tít. 12 Part. 5, y la 28 del mismo tít.

así, con todo eso tiene accion para recobrarlos (4).  
 2ª El administrador de negocios ajenos, por lo regular está obligado á prestar la culpa leve; esto es, á poner hasta la diligencia media (5). Mas algunas veces estará obligado hasta la levísima, como en el caso de que hubiese otro mas diligente que se ofreciese á administrar el negocio (6). Otras veces solo estará obligado á la culpa lata, como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que á no hacerlo él, se hubiera perdido (7). Finalmente: puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto sería si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente; como si entablase comercio marítimo y pereciese la nave, ú otro semejante; pues en todo caso la pérdida será para solo el *negotiorum gestor* (8). 3ª El administrador de cosas ajenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las espensas (9).

9—Las obligaciones del ausente, son otras tres.

1ª El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso, y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que era de su amigo Ticio (10). La razon es, porque aqui no se requiere verdadero consentimiento, sino que basta para obligar á otro que se haya promovido su utilidad, y nadie duda que ésta se puede promover en favor del ignorante, furioso, ó del que está por

(4) Ley 28 del mismo tít. y Part. 5.

(5) Arg. de la ley 30 tít. 12 Part. 5.

(6) Ley 34 del mismo tít. 12.—(7) Ley 30 ya citada.

(8) Ley 33 del mismo tít. 12.

(9) Ley 31.—(10) Ley 31 tít. 12 Part. 5.

nacer. 2ª No cesa la obligacion del ausente, si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito: v. g., si yo reedifiqué ó reparé la casa de Ticio que amenazaba ruina, éste queda obligado á pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha casa perezca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3ª Finalmente: el ausente queda obligado á indemnizar al administrador de los gastos hechos en su utilidad (11). La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro (bo).

(11) Ley 28 tit. 12 Part. 5.

(bo) Si alguno por caridad se mueve á recibir en su casa un huérfano desamparado, y hace gastos en alimentarle y cuidar de sus cosas, se entiende haberlo hecho por Dios; si bien el huérfano debe favorecerle y reverenciarle toda su vida. Esceptúase el caso de que fuese una muchacha, con quien quisiese casarse despues el que la recojió ó alguno de sus hijos; pues si ella ó sus parientes se negaren al casamiento, deberá el que lo rehusó pagar las espensas hechas en su crianza y en el cuidado de sus cosas; mas esto se entiende cuando no hay diferencia notable en la edad y calidad de los nóvios: ley 35 tit. 12 Part. 5, y allí Greg. Lopez glos. 3. Esta misma doctrina de no poder reclamar gastos, es aplicable al caso en que los hijos quedaren en poder de la madre ó abuela, y no tuvieren bienes propios, pues se supone que se encargaron de su educacion por piedad. Pero si los hijos tienen bienes, podrán cobrar de sus productos las espensas invertidas en sus alimentos, aun cuando los bienes no se hallen en poder de su madre ó abuela; mas en este caso deberán *protestar* que su intencion es reintegrarse á su tiempo, aunque Greg. Lopez glos. 6 de la ley 36 siguiente, opina no ser necesaria la formalidad de la protesta, siempre que conste la intencion de repetir la suma gastada. El mismo de-

10—Las acciones que nacen de este cuási contrato, son dos: una directa, y otra contraria. La primera, se dá al ausente contra el que administró sus negocios, para que dé cuentas, resarza los daños si los hubiere causado, y para todo lo demas a que hemos dicho está obligado el *negotiorum gestor*. La segunda, compete al administrador contra el ausente, para que lo indemnice de las impensas necesarias y útiles etc.

11—2º El segundo cuási contrato, es la *tutela*. Esta se puede considerar de diversos modos: respecto de la república, es cargo público: respecto del pupilo que está bajo de ella, es una cualidad de los hombres que no están bajo de potestad, de los cuales unos estan bajo de tutela ó curatela, y otros á nada de esto están sujetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, veremos que nace de un cuási contrato, porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo, aquí se presume que consiente segun la regla primera dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad*.

12—La accion que nace de este cuási contrato se llama *accion de tutela*, la cual es, ó directa ó contraria. La primera intenta el pupilo, y la segunda el tutor: aquel para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarzan los daños, si los ha habido: éste para que se le in-  
recho tendrá el padrastro respecto del entenado que educa y alimenta, salvo si por ser ya grande le presta servicios, aunque en este caso podrá siempre reintegrarse de las espensas hechas en utilidad de los bienes del mancebo, lo cual es estensivo á los estraños: ley 37 tit. y Part. cit.

dennice. Estas mismas acciones, cuando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman *útiles*, porque todas aquellas acciones que no nacen de las palabras literalmente tomadas de las leyes, sino de interpretacion sacada de su espíritu, se dicen *útiles*. Finalmente: estas acciones no se deben confundir con la que se dá contra el tutor sospechoso, ni contra el que dió malas cuentas, pues aquellas nacen de cuási contrato, y éstas de delito.

13—3º y 4º. El tercer cuási contrato es la *herencia*, y el cuarto, la *comunion de cosas*. Propiamente hablando, una y otra son derecho en la cosa: esto es, un derecho hereditario, y un dominio comun ó que pertenece á muchos; pero la administracion de una hacienda ó de otra cosa comun, es cuási contrato, porque el que administra, se presume que consiente en dar cuentas con exactitud y en hacer á su tiempo la division (12), siendo constante que, quien quiere lo que antecede, debe querer lo que es consiguiente. Asimismo, aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finje que consiente y se obliga á indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro (13).

14—5º El quinto cuási contrato es, la *aceptacion de la herencia*. El heredero, pues, por este acto cuási contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que se obliga á pagarles sus legados y fideicomisos (14). Mas á los acreedores del difunto queda obligado en virtud del contrato mismo por qué

(12) Principio del tít. 15 P. 6, y ley 6 de dicho tít. 12.

(13) Dicha ley 6, al fin.

(14) Ley 3 tít. 9 Part. 6.



se obligó él, pues representa en todo su misma persona.

15—La accion que nace de este cuási contrato, se dá á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento, contra el heredero que aceptó la herencia, para que les pague cualquiera cosa que les toque en su virtud, con sus frutos y acciones.

16—6º El último es, la *paga indebida*, la cual es un cuási contrato por el cual uno, que por error de hecho, ha pagado algo que ni aun naturalmente debe, se presume que obliga al otro á la restitucion de lo que por ignorancia recibió (15). Se dice que es un cuási contrato, porque ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiere recibido á mútuo.

17—Mas para que haya lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definicion dada, estas son: 1ª en el que paga, ignorancia: 2ª que lo pagado no se deba; y 3ª en el que recibe buena fé. Por lo que hace á lo primero, hemos dicho, que en el que paga se requiere ignorancia; porque si á sabiendas paga lo que no debe, se presume que dona (16). Mas la ignorancia puede ser de derecho ó de hecho: el que paga por ignorancia de *derecho* no puede repetir en castigo de faltar á la obligacion que todos tienen de saber las leyes; si no es que sea soldado, muger, menor de 25 años ó labrador, que están escusados (17). El que pagó por ignorancia de *hecho* tie-

(15) Ley 28 tít. 14 Part. 5.

(16) Ley 30 tít. 14 Part. 5.

(17) Ley 31 tít. 14 Part. 5.

ne repetición, porque en esto puede cualquiera padecer engaño (18).

18—Se requiere en segundo lugar, que la paga sea *indebida*. Mas una cosa puede ser *indebida*, ó porque aunque se debe naturalmente no se debe por derecho civil; ó porque aunque se debe por este derecho, no se debe por el natural; ó porque de ningún modo se debe. En el primer caso no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió tiene justo derecho de retención (19), lo cual no sucede en los dos posteriores, y por eso se concede repetición.

19—Finalmente: en el que recibe ha de haber buena fé; pues si sabe que nada se le debe y con todo recibe, es ladrón, aunque por ser esto difícil de probar no se le reconviene con la acción de hurto, sino con la de este cuási contrato, que se llama *condición* ó acción para cobrar lo pagado *indebidamente* (bu).

(18) Arg. de la ley 31 ya citada.

(19) Arg. de dicha ley 31.

(bu) Si demandado el que recibió, confiesa el pago, pero agrega que fué legítimo, la prueba de lo contrario le toca al demandante; mas si el demandado niega haber recibido la cantidad, bastará que el actor pruebe que la pagó. Sin embargo, aun en este caso puede probar despues el demandado, que dicha paga procedió de causa justa. Véase la ley 29 tít. 14 Part. 5, que exceptúa al menor de 25 años, á la muger, al labrador sencillo y al que sirve al Rey con caballo y armas, eximiéndolos de probar que la paga que hicieron no fué legítima, y obligando al que la recibió á justificar lo contrario. El que pagare dudando si debe ó nó, podrá recobrar lo que dió probando que no lo debía; pero si pagó sabiendo de cierto que no debía, no tendrá acción á repetirlo, si no fuere menor de 25 años, pues se supone que lo hizo con intencion de darlo:

## TÍTULO XXIX.

POR MEDIO DE QUÈ PERSONAS SE ADQUIERE  
LA OBLIGACION.

**E**ste título es el mismo que el IX del libro II, pues por las mismas personas por quienes adquirimos las cosas, adquirimos las obligaciones; por lo cual se omite tratar de él, por no haber otra cosa que añadir.

---

ley 30 tít. 14 cit., y véanse las leyes 29 y siguientes hasta la 40, en donde se especifican otras pagas que no pueden repetirse, como son las que se hacen por obligación natural, aunque el que pagó ignore que no podía ser apremiado; lo que alguno dá por via de dote ó arras á alguna muger, creyendo estar obligado á ello sin ser cierto; lo dado en virtud de transaccion á no mediar dolo, y cuando para el pago interviene causa torpe por parte del que dá, ó de éste y del que recibe.

---

## APÉNDICE


## DE LA PRELACION DE LAS OBLIGACIONES.

## SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Razon del orden, y reglas generales sobre esta materia.  | 10 Clases de los acreedores y orden de prelación.  |
| 2 Qué se entiende por privilegio y de los acreedores que lo tienen.                                  | 11 Quienes se comprenden en la clase de acreedores propietarios ó de dominio                         |
| 3 La hipoteca legal es ó privilegiada ó no privilegiada.   | 12 Despues de éstos vienen los singularmente privilegiados, y luego los hipotecarios con privilegio. |
| 4 5 De las hipotecas legales privilegiadas.  | 13 En seguida entran los hipotecarios simples ó no privilegiados.                                    |
| 6 De las hipotecas legales no privilegiadas.   | 14 A continuacion se colocan los personales privilegiados y luego entran los simplemente personales. |
| 7 De los acreedores personales y division de éstos en privilegiados y no privilegiados ú ordinarios. | 15 Reglas generales sobre este orden de prelación.   |
| 8 Quienes se dicen acreedores meré personales.   | 16 Preferencia de ciertos créditos por motivos particulares.   |
| 9 Acreedores por título oneroso, y los que lo son por título lucrativo.                              |  |

## § I.

*Causas de la prelación de las obligaciones.*

NTES de terminar la doctrina de las obligaciones, trataremos en este lugar, como el mas oportuno, de la prelación que aquellas tienen entre sí. Por regla general, el que debe, responde con todos sus bienes presentes y futuros á la satisfaccion del crédito, por que esa es la garantía de todas las obligaciones. Pero si los bienes no alcanzan y concurren á la vez varios acreedores (1), entónces hay lugar al principio que establece la preferencia del crédito por la anti-

(1) La palabra *acreedor* viene de la latina *creditor*, derivada del verbo *credere* que significa *fiar* ó tener confianza en otro. Los acreedores se dividen en *reales* y *personales*, segun que la accion sea real ó personal. Los acreedores *reales* se distinguen con los nombres de

güedad de la deuda: *Qui prior est tempore, potior est jure* (2). Mas esta doctrina cesa siempre que en las obligaciones hay una causa legítima de preferencia; y esta causa puede ser, ó un privilegio ó una hipoteca. De aquí dimana que hay deudas privilegiadas, hipotecarias y comunes (3).

§ II.

*Privilegios.*

2—En este lugar entendemos por *privilegio* (ca), *el derecho que la cualidad de la deuda da al acreedor para ser preferido á los demas acreedores. En-*

*propietarios ó de dominio, pignoraticios ó hipotecarios; y los personales con los de escriturarios, quirografarios y verbales. Los acreedores á los bienes ó derechos de uno que ha fallecido, se clasifican regularmente en testamentarios y hereditarios, segun se funda su derecho en el testamento del finado ó lo tienen ya adquirido por otra causa independiente de la última voluntad de éste.*

(2) Ley 27 tit. 13 Part. 5. *Guisada cosa es é derecha que aquel que recibe primeramente la cosa á peños, que mayor derecho haya en élla, quel otro que la recibe despues.*

(3) El dueño de la cosa no puede, sin faltar á la propiedad del language comun y legal, llamarse *acreedor*. Y así, el que reclama la cosa á título de dominio, debe ser preferido á todos los acreedores, por mas privilegiados que éstos sean: ley 9 tit. 3 Part. 5 al fin.

(ca) Hay algunas leyes especiales, llamadas *privilegios*, cuya etimologia viene de las latinas *privatæ leges*, y tienen la misma fuerza de obligar que las leyes generales: ley 28, tit. 18 Part. 1. Se dividen en *reales*, que tambien se dicen *perpetuos*, por ser los concedidos á las Iglesias ó corporaciones, ciudades y lugares, segun Greg. Lopez glosa 1 á la regla 27 tit. 34 Part. 7 y 3 de

tre los mismos privilegiados hay algunos cuyo privilegio es de mayor preferencia, y á éstos se les llama *singularmente privilegiados*. Tales son: 1º Los que reclaman los gastos hechos en el entierro y funerales del difunto, siendo proporcionados al nacimiento, al rango y á la fortuna del deudor comun; pues si fueren excesivos, deberán moderarse y reducirse, aunque hubiesen sido ordenados por el difunto; siendo tambien de advertirse, que si se dejó el quinto á alguno, se sacarán de éste y no serán cargo de la herencia (4): 2º Los que reclaman los gastos hechos en la última enfermedad, como en medicinas, alimentos, honorarios de médicos y cirujanos, salarios de asistentes y otros semejantes

la 9 tit. 7 Part. 3: y en *personales* que son los concedidos á las personas y se estinguen con éstas, sin pasar á sus herederos, á menos que en la concesion se diga otra cosa: Regla 27 citada. Los privilegios contrarios al derecho natural, á la utilidad pública ó en perjuicio de tercero, no deben ser cumplidos, segun las leyes 30 y siguientes, tit. 18 Part. 3, y 4 tit. 9 lib. 4 Nov., por que se suponen concedidos ó por haber alegado falsedad, y entonces se llaman *obrepticios*, ó por haber occultado la verdad, y se dicen en tal caso *subrepticios*, debiendo entonces representarse al soberano: ley 4 tit. 4 lib. 3 Nov. Obsérvese que aunque por las leyes 33 tit. 18 Part. 3 y 1 tit. 33 lib. 11 Nov., se exepтуа el privilegio de *moratoria* ó despacho de esperas graciosas, concedido al deudor en perjuicio ó sin el consentimiento de los acreedores, esto no tiene lugar en la República despues de sancionado y reconocido como *inviolable* el derecho de propiedad; y así, solo el acreedor puede conceder esperas á su deudor. Art. 11 secc. 2 del Decreto de garantías de 3 de diciembre de 1839.

(4) Leyes 12 tit. 13 Part. 1; 9 tit. 3 y 30 tit. 13 Part. 3 y 9 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec.

(5): 3º Los que cobran los gastos de justicia, es decir, los hechos en el otorgamiento, apertura y publicacion del testamento; los de inventario, venta, y liquidacion de bienes; los de formacion de concurso y clasificacion de créditos (6); y 4º finalmente, los que reclaman lo dado para redimir de cautiverio, por haber el mismo motivo de interes público y de piedad que en los casos anteriores (7).

§ III.

*Hipotecas.*

3—Dijimos en otra parte (8), que la hipoteca podía ser legal, judicial ó convencional. La *judicial* y *convencional* son siempre iguales, y no hay en ellas ninguna preferencia: no sucede así con la *legal*, que es de dos clases, una privilegiada y otra que no tiene privilegio. Aquella puede ser mas ó menos privilegiada.

4—Los acreedores hipotecarios *mas privilegiados* son: 1º Los refaccionarios en la cosa refaccionada con su dinero, siempre que se pruebe haberlo prestado para este efecto sin interes, convirtiéndose en él y ser necesario, y existiendo la cosa beneficiada (9). En concurrencia de dos acreedores de esta clase, es preferido el último, sin duda porque á no ser por él, la cosa ó habría desaparecido ó tendría

(5) Antonio Gomez y otros comentadores á la ley 30 de Toro; Curia Filíp. lib. 2 *com. terr.* cap. 12 núm 24; Febrero nov. lib. 3 tit. 4 cap. 3 n. 87; Escriche, palabra *Acreedor singularmente privilegiado*.

(6) Escriche, palabra *Acreedor personal singularmente privilegiado*. Febr. nov. lib. 3 tit. 4 cap. 3 n. 7.

(7) Febrero, lugar citado.

(8) Apéndice de la *Hipoteca*, pag. 72 y sig. n. 2 y 3.

(9) Ley 28 tit. 13 P. 5; Cur. Fil. lib. 2 cap. 12 n. 27, y Febrero allí núm. 75.

ménos valor: vemos pues en este caso sentada una doctrina opuesta al principio de que el crédito mas antiguo es el preferente, cuando los dos créditos son de una misma clase: 2º Los dueños de tierras, por el arrendamiento de ellas, en los frutos de las mismas (10): 3º El menor en la cosa comprada con su dinero, pues prefiere en aquella cosa á los acreedores á quienes el deudor hubiese obligado anteriormente todos sus bienes (11); y 4º el que dió dinero prestado para hacer una compra, si se estipuló que lo comprado quedase hipotecado espresamente, respecto de los acreedores hipotecarios anteriores en general (12).

5—Los *ménos privilegiados* son: 1º La muger, en los bienes de su marido, por los dotales que aportó al matrimonio; pues su privilegio es solo respecto á los acreedores hipotecarios que tengan hipoteca tácita anterior, no si fuese espresa (13); y 2º el fisco, en los propios términos, por lo que se le debe (14). En la concurrencia de la dote y del fisco, la deuda mas antigua es la preferente, á no ser que la otra tenga un privilegio especial; y en caso de no poderse averiguar cual es anterior, prefiere la dote (15).

6—Es hipoteca legal *no privilegiada*: 1º La de los que estan en tutela y curaduría en los bienes de sus guardadores y fiadores, desde el dia en que entraron en su cargo, hasta dar cuentas (16): 2º La del arrendador de una finca en las cosas en ella in-

(10) Leyes 6 tit 44 lib. 40, y 13 tit. 31 lib. 44 N. R.

(11) Ley 30 tit. 43 Part. 5 —(12) Dicha ley 30.

(13) Leyes 23 y 33 tit. 43 Par. 5 —(14) Dichas leyes.

(15) Cur. Filip. 2º *Prelacion* n. 31, y Febr. cit. n. 28; aunque algunos autores son de sentir que en este caso deben proratearse.

(16) Ley 23 tit. 43 Part. 5, y véase la ley 24 al fin, tit. 46 Part. 6.



troducidas; si bien en el caso de que sea rústica, solo es estensiva la hipoteca á las que allí entraron con su conocimiento (17); cuya hipoteca compete tambien al locador en las cosas del subarrendatario existentes en la finca locada (18): 3º La que tiene el legatario en los bienes del testador (19): 4º La que corresponde al marido en los bienes del que le prometió la dote (20): 5º La de los hijos en los bienes del padre ó madre que pasó á segundas nupcias, por los que estan sujetos á reserva (21): 6º La de los hijos en los bienes de su madre viuda, que siendo su guardadora pasó á segundo matrimonio, y en los de su padrastro hasta que se den cuentas (22): 7º La que tienen los hijos en los bienes del padre que es usufructuario de los que recibieron por parte de su madre, en el caso de que los enagenase (23): 8º La de la muger, por sus bienes parafernales, aunque esto debe entenderse cuando los entrega al marido, pues si ella los administra por sí sola, es de su cuenta y riesgo el aumento, disminucion ó pérdida que tuvieren, sin quedarle accion contra los bienes de su marido (24). Por último, las Iglesias y hospitales tienen tacita hipoteca en los bienes de sus administradores, desde que comienzan á ejercer el oficio de tales, hasta la rendicion de las cuentas (25).

(17) Ley 5 tit. 8 Part. 5.

(18) Febrero de Tapia lib. 3 tit. 4 cap. 2 n. 18.

(19) Ley 23 tit. 13 Part. 5.—(20) Ley 23 allí.

(21) Ley 26 allí, y 15 de Toro, que es la ley 7 tit. 4 lib. 10 Nov.

(22) Ley 26 tit. 13 Part. 5.—(23) Ley 24, allí.

(24) Ley 17 tit. 14 Part. 4.

(25) Greg. Lopez en la ley 23 tit. 13 Part. 5; Cur. Filip. § Hipoteca n. 21; Febrero lug. cit. n. 8, y Escriche, palabra *Hipoteca*.

§ IV.

De los demas acreedores.

7—Acreedor *personal* es, como lo indica el mismo nombre, el que solo tiene accion de esta clase para repetir su crédito, careciendo de accion real contra su deudor: entre ellos unos hay que gozan de preferencia por razon de la naturaleza de su crédito, y se llaman por esto *personales privilegiados*; y otros que se denominan *mere personales* ó *personales ordinarios*. A aquella especie corresponden los que hicieron algun depósito irregular, es decir, aquellos que depositaron en el deudor alguna cosa fungible, pues aunque pierden el dominio, porque el depósito se convierte en mutuo, tienen derecho de ser pagados antes que los demas acreedores personales, y aun antes que los hipotecarios simples, siendo posteriores al depósito (26).

8—A la clase de acreedores *mere personales*, corresponden los que hacen constar su crédito por escritura pública que no contiene constitucion de hipoteca, ó si la contiene especial no está registrada en el oficio de hipotecas (27): los que lo hacen constar en documento privado, llamados *quirografarios* (28); y los que no teniendo escritura ni documento privado, tienen que probarlo con testi-

(26) Leyes 9 tit. 3 y 12 tit. 14 Part. 5.

(27) Véase el tit. 16 lib. 10 Nov. Rec. y Reales Cédulas de 9 de mayo de 1778, 16 de abril de 1783, 23 de mayo de 1791 y 15 de julio de 1802, dirigidas á la Audiencia de Guatemala.

(28) Dá origen á esta denominacion la palabra *Chirographum*, compuesta de dos griegas *Chiro*, mano, y *graphum*, escrito, porque tiene el acreedor un documento escrito de mano del deudor.

gos ó con la confesion del deudor, y éstos se llaman *verbales*.

9—Se ha hablado hasta aquí de los acreedores *por título oneroso*, y ahora trataremos de los que lo son *por título lucrativo*, esto es, de aquellos que han adquirido accion por algun título de gracia. Estos son, pues, 1º el heredero que tiene solo derecho en lo que queda de la herencia, pagadas antes las deudas (29): 2º los legatarios que deben ser pagados despues de los acreedores personales por título oneroso (30): 3º el fisco cuando cobra penas pecuniarias (31); y 4º toda otra deuda procedente de contrato lucrativo (32).

### § V.

#### *Orden de prelación entre los acreedores.*

10—En la necesidad de fijar bases para señalar la preferencia de los respectivos acreedores, se han clasificado éstos en seis grupos y su orden de prelación es el siguiente: I Acreedores propietarios: II Singularmente privilegiados: III Hipotecarios privilegiados: IV Simples hipotecarios: V Personales privilegiados; y VI Simplemente personales.

11—Visto el orden en que deben ser preferidos los acreedores, solo nos resta hacer algunas esplicaciones para la mejor y mas exacta inteligencia de esta materia. Entre los acreedores de dominio, que corresponden á la primera clase, se comprenden:

(29) Leyes 8 tit. 33 Part. 7 y 21 de Toro, que es la 5 tit. 6 lib. 10 Nov. Rec.

(30) Ley 7 tit. 6 Part. 6.

(31) Greg. Lopez glos. 9 á la ley 9 tit. 3 Part. 5; y Febrero lib. 3 tit. 4 cap. 3 n. 13 y 14.

(32) Curia Filíp. § *Prelacion* n. 61 y sig.

1º La mujer por su dote inestimada, constituida en cosas no fungibles, existentes entre los bienes de su marido (33): 2º El deponente que pide la especie depositada (34): 3º El comodante que pide la cosa dada en comodato (35): 4º El arrendante ó locador que pide la cosa arrendada (36): 5º El deudor que dió prenda al acreedor, cuando pide la cosa pignorada despues de disuelta la obligacion en cuya virtud se constituyó (37): 6º En el censo reservativo, el censalista es acreedor de dominio, cuando el censo se constituye con esta calidad (38): 7º El vendedor de una cosa es acreedor de dominio despues de entregada al comprador, si éste no ha pagado el precio, ni dado fiador, ni tampoco ha tomado plazo para pagar (39): 8º En la compañía universal, desde el instante que se contrae, cualquiera de los socios es acreedor de dominio por las cosas de los consocios existentes en poder de estraños, aunque sean bienes castrenses ó cuasi castrenses (40). Finalmente, los comuneros, coherederos, y dueños de predios colindantes, se hacen señores de las partes que les corresponden desde la division, y en esta virtud son acreedores de dominio.

12—Los acreedores funerarios ó alimenticios de la segunda clase, prefieren á todos los demas, excepto á los propietarios: tras los acreedores singularmente privilegiados, entre los cuales coloca el Fe-

(33) Leyes 7, 18, 19, 21 y 26 tit. 11 Part. 4.

(34) Ley 2 tit. 3 Part. 5.

(35) Ley 1 tit. 2 Part. 5.

(36) Ley 1 tit. 8 Part. 5.

(37) Ley 20 tit. 13 Part. 5. Véase la ley 22 sig.

(38) Febrero cit. lib. 2 tit. 4 cap. 9 n. 4.

(39) Ley 46 tit. 28 Part. 3.

(40) Ley 6 tit. 10 Part. 5.

brero (41) á la Iglesia por los diezmos que se la deben con prelación sobre los demás privilegiados, vienen los hipotecarios privilegiados, que deben ser pagados en el orden espuesto, despues de los propietarios y funerarios, y antes que el hipotecario comun, ya tenga hipoteca tacita ó espresa, ya especial ó general. En concurrencia de dos ó mas dotes, es preferente la primera, y despues cada una de las otras por su orden: aunque si entre los bienes del marido se hallan algunas cosas dotales de la segunda ó tercera muger, deben quedar salvas para ella y sus herederos, aun quando se hubiesen entregado apreciadas al marido (42). No obstante, la regla de prioridad de tiempo, varia segun la causa que motiva el crédito; y así es que el dueño de tierras dadas á aparcería ó en arrendamiento, tiene crédito preferente en los frutos nacidos en ellas, á cualquiera otro privilegiado (43); é igualmente el que prestó dinero para la compra ó reparacion de una finca, con el pacto espreso de que ésta quedase hipotecada, tiene en ella un derecho preferente á los demás privilegiados (44).

13—Siguen los hipotecarios no privilegiados ó simples hipotecarios que deben ser graduados despues de los anteriores y antes que los personales privilegiados. Concurriendo, pues, muchos de esta misma clase, deben satisfacerse sus créditos por orden de antigüedad, y siendo de la misma fecha, á prorata; á no ser que alguno de los acreedores se ha-

(41) Febr. nov. lib. 3 tit. 4 cap. 3 n. 6. Cap. 28 de decim., y ley 6 tit. 20 Part. 1 al fin.

(42) Ley 33 tit. 13 Part. 5.

(43) Ley 6 tit. 11 lib. 10 Nov. Rec.

(44) Ley 30 tit. 13 Part. 5.

lle ya en posesion de los bienes del deudor (45). En concurrencia de dos acreedores hipotecarios, de los cuales uno prueba su crédito por escritura pública, y el otro por instrumento privado, ó por declaracion de testigos, ó confesion del deudor, prefiere el escriturario, aunque sea posterior en tiempo; y si bien la ley (46) daba preferencia en este caso al que presentaba carta hecha por mano del deudor y firmada por tres testigos que escribiesen sus nombres *con sus manos mismas*, creemos que en el dia no puede tener lugar esta disposicion, en vista de la de las leyes (47) que exigen ciertas formalidades y requisitos en la hipoteca de bienes raíces, y para que los instrumentos tengan fuerza de escrituras públicas. Finalmente diremos, que concurriendo un hipotecario general anterior y un especial posterior, aunque por las leyes españolas éste no tenia preferencia, por las nuestras si la tiene, salvo si la hipoteca es general tacita, causada por ministerio de la ley (48).

(45) Ley 13 allí. Escriche palabra *Acreedor hipotecario ordinario*.

(46) Ley 31 tit. 13 Part. 5.

(47) Leyes 3 tit. 16, 4 tit. 23 y 5 tit. 24 lib. 10 N. R.

(48) Por Decreto de la Asamblea Legislativa del Estado, de 30 de abril de 1835, se resolvió lo siguiente: *Cuando concurren las hipotecas general anterior y especial, en un mismo caso, preferirá la especial á la general; exepctuándose únicamente de esta regla, las generales tácitas, causadas por ministerio de la ley. Por manera que, segun este decreto, la hipoteca especial prefiere á la general convencional, ya sea ésta anterior ya posterior; é igualmente prefiere á la que se constituye por ministerio de la ley siendo posterior, mas no si es anterior.*

14—A estas clases siguen los acreedores personales privilegiados, y en seguida entran los simplemente personales. En aquella categoría se coloca al deponente de cosas fungibles, y concurriendo dos ó mas de esta especie deben ser pagados a prorata (49). Concurriendo varios acreedores personales escriturarios, deben ser pagados segun el orden de sus fechas (50). Despues de éstos entran los quirografarios ó valistas, que hacen constar su crédito en un documento privado, en papel del sello correspondiente (51); los cuales deben ser preferidos á los quirografarios en papel comun y á los acreedores verbales, y éstos á los acreedores por titulo lucrativo. Tanto los que tienen escritura pública, como los que la tienen privada en papel sellado competente, gozan de prelación en su clase por la antigüedad de su deuda (52); pero esta regla no tiene lugar respecto de los quirografarios en papel comun, los cuales deben proratearse entre sí lo que les tocare (53). Lo mismo debe decirse de los acreedores por titulo lucrativo; pero entre éstos se prefieren los legados píos á los demas que no tengan esta cualidad (54).

(49) Ley 11 tit. 14 Part. 5. Escriche, palabra *Acreedor personal simplemente privilegiado*.

(50) Ley 5 tit. 24 lib. 10 Nov. Rec.

(51) Ley 5 tit. 24 lib. 10 Nov. y Decreto de 26 de octubre de 1839, cuyo artículo 29 dice así: *Se declara no ser necesario que los vales y demas documentos privados, se escriban en papel sellado del sello correspondiente; pero no tendran en concurso la preferencia que les designa la ley final tit. 25 libro 4 de la Recopilacion de Castilla.*

(52) Leyes 11 tit. 14 Part. 5 y 5 citada.

(53) Dicha ley 11. v. *Mas si todos los otros*.

(54) Cur. Filip. § *Prelacion* n. 63.

15—Reasumiendo lo espuesto, se observarán en general las reglas siguientes: I Si concurren acreedores que correspondan á distintas clases de las propuestas, deberá pagarse primero el que esté en clase preferente. Se exceptúa el deponente, el cual, sin embargo de ser personal, prefiere á los hipotecarios que sean posteriores al depósito. II Si concurren acreedores de una misma clase, pero de distinta especie, deberá pagarse de preferencia el que corresponda á especie preferente. La dote y el fisco prefieren á los acreedores posteriores en tiempo, y también á los anteriores cuando solo tienen hipoteca tácita, mas no cuando la tienen expresa. III Cuando concurren acreedores de una misma clase y especie, se debe distinguir: si son refaccionarios, prefiere el posterior en la refaccion: si son hipotecarios comunes, ó escriturarios ó valistas en papel sellado, ó siendo la dote y el fisco, prefiere el anterior en tiempo; en los demas casos deberán prorratearse. Concurriendo varios acreedores de dominio, cada uno llevara la cosa en que lo tenga.

16—Para concluir este tratado, dirémos algo acerca de ciertos motivos particulares que reconoce el derecho para dar la preferencia á algunos créditos. Estos son: 1º Cuando alguno de los acreedores personales, de cualquiera especie que sea, se anticipa á pedir ejecucion contra el deudor comun, en cuyo caso prefiere á los demas, aunque sea posterior (55): 2º El acreedor que sigue á su deudor que vá huyendo y le toma ó embarga por su autoridad, estando en despoblado ó en lugar donde no hubiese juez, ó bien lo embarga por orden judicial, estando en lugar donde lo hubiere, pues entonces

(55) Ley 11 citada. Curia allí n. 58.



prefiere á los otros acreedores iguales suyos en accion, anterioridad ó privilegio, que no sean de mejor condicion que él (56): 3º Si el deudor, antes de hacer entrega de sus bienes, paga á alguno de sus acreedores con intencion de agraciarse, los otros acreedores no podran repetir lo pagado; entendiéndose lo dicho, siempre que esto sea entre acreedores iguales (57); y 4º El que habilitó al minero concursado, para continuar el trabajo de la mina, tiene preferencia, no solo por la habilitacion, sino tambien por el crédito primitivo, aun cuando éste haya sido de inferior calidad, debiendo entrar uno y otro en la clase de refaccionario (58).

## TÍTULO XXX.

### DE LOS MODOS DE DESATARSE LAS OBLIGACIONES.

#### SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| 1 Razon del orden.                                  | 9 De la <b>estincion</b> ó <b>destruccion</b> de la cosa.       |
| 2 Modos de quitarse las obligaciones.               | 10 De la <b>novacion</b> ó <b>renovamiento</b> .                |
| 3 De la <b>solucion</b> ó <b>paga</b> .             | 11 De cuántas maneras es la <b>novacion</b> .                   |
| 4 Quiénes pueden pagar y cómo debe hacerse la paga. | 12 Qué se requiere para que se entienda haber <b>novacion</b> . |
| 5 Efectos de ésta.                                  | 13 De la <b>acceptilacion</b> y <b>mútuo disentimiento</b> .    |
| 6 De la <b>compensacion</b> .                       |   |
| 7 De la <b>confusion</b> .                          |   |
| 8 De la <b>oblacion</b> y <b>consignacion</b> .     |   |

**H**EMOS concluido ya la materia de contratos: mas como no solo importa saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien cómo se disuelven des-

(56) Leyes 10 y 11 allí, y Cur. lug. cit. n. 66.

(57) Ley 9 tit. 13 Part. 5, y allí Greg. Lopez glos. 3.

(58) Ordenanzas de Minería, tit. 3 art. 26.

pues de contraídas, síguese ahora tratar de esto en el último título de este libro.

2—Toda obligacion se quita, ó *ipso jure*, ó mediante alguna escepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso jure*, cuando el modo de disolverla surte su efecto desde el instante en que existe, sin necesidad de que se oponga escepcion alguna; v. g., en la compensacion. Por el contrario: se quita la obligacion *mediante escepcion*, cuando no se disuelve hasta el momento en que se opone: v. g., la deuda contraída por un hijo de familia que los recibió á mútuo. En este título se trata de los modos de disolverse la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras: ó comunes á todos los contratos, ó propios y peculiares de algunos: v. g., la paga es comun á todos los contratos; y así, de este modo se acaba la obligacion del mútuo, comodato, compra etc. Por el contrario: por el mútuo disentimiento solo se desatan los contratos consensuales: la razon es, porque no hay cosa mas natural como que todo se disuelva del modo que se unió. Los modos comunes de disolverse los contratos, son seis: 1º la solucion ó paga: 2º la compensacion: 3º la confusion: 4º la oblacion y consignacion: 5º la destruccion de la cosa; y 6º la novacion (1). Entre los propios no contaremos mas que el mútuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa que llamaban los antiguos *acceptilacion*, puede tener entre nosotros lugar en todos los contratos (ce).

(1) Ley 2 tít. 14 Part. 5.

(ce) El Sr. Goyena en su Febrero citado, lib. 2 tít. 58, trae catorce modos de disolverse ó extinguirse las obligaciones, y son: 1º La paga y la consignacion: 2º La cesion de bienes y acciones: 3º La compensacion:

3—El primer modo de quitarse cualquiera obligacion, es la solucion ó *paga*, la cual es: *una verdadera entrega de aquello que se contiene en la obligacion* (2). Se requiere una verdadera entrega, para que se distinga de la compensacion: porque aunque dice un proloquio de derecho, que *compensar es pagar*, se entiende en cuanto al efecto, el cual es el mismo que cuando realmente se paga. Pe-

4º La remision: 5º La confusion: 6º El mútuo disenso: 7º La destruccion y el robo: 8º La novacion: 9º La nulidad y la rescision: 10º El juramento decisorio: 11º La condicion resolutoria: 12º La prescripcion: 13º La sentencia de los árbítrios; y 14º La transaccion. Aunque procuraremos dar una idea acerca de los modos de que no trata el autor, debemos sin embargo advertir, que el juramento decisorio mas es modo de probar la no existencia del contrato que de extinguirlo: ley 9 tít. 14 Part. 5. La sentencia arbitral del mismo modo que toda otra sentencia pronunciada contra el que pide el cumplimiento de una obligacion, no disuelve ésta, sino que en su caso se limita á ser una declaracion, ó de que no ha existido, ó de que carece de eficacia. La transaccion es un contrato que induce novacion en la obligacion primera, y los autores la califican de contrato innominado. La lesion enorme que algunos cuentan entre los modos de extinguir las obligaciones, no es sin embargo, modo general de disolverlas, sino peculiar á algunas; á lo que se agrega que está comprendida bajo la palabra *rescision*, puesto que el fin del que la alega es solo que el contrato se rescinda, ó que se le indemnice de los perjuicios que se le irrogan. SERNA Y MONTALVAN, nota 1ª del título 2, secc. 6 §. I. del lib. 4º

(2) Leyes 1 y 5 tít. 14 Part. 5. *Paga tanto quiere decir como pagamiento que es fecho á aquel que debe recibir alguna cosa, de manera que finque pagado della ó de lo quel debian dar ó facer.*

ro hablando en rigor, la compensacion no es la paga de que aquí hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

4—Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue, que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí, ó por otro, ya sea ignorante ó invito (3), pues siempre se estingue la obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice, no tiene accion contra él por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos (ci). A mas de esto, la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe, y no una cosa por otra, si no es que consienta el acreedor (4) (co). En tercer lugar, se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno debe ser forzado á recibir paga hecha por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas. Uno de ellos es la facilidad con que se disipa el dinero recibido en

(3) Ley 3 al fin, v. *E non tan solamente* tit. 14 P 5.

(ci) Esto es lo que llamamos *carta de lasto*, de que hablamos en otra parte, y es la escritura que otorga el acreedor á favor del que pagó por otro, confesando la paga y cediendo el derecho que contra el deudor le correspondia. Véase el n. 12 del tit. 21 de este libro.

(4) Dicha ley 3, en el principio.

(co) Cuando el deudor paga una cantidad á persona con quien tiene diferentes deudas, está en el derecho de declarar á cual debe imputarse. En su silencio la designacion corresponde al acreedor, á no reclamarla inmediatamente el deudor. Si no se hizo la imputacion por ninguno de los dos, hay lugar á la regla que en duda decide á favor del que debe, y por lo tanto se aplicará el pago á la obligacion que sea mas gravosa, y si las deudas son iguales en calidad, se repartirá entre todas: ley 10 tit. 14 Part. 5.

porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo que se trató, y el que paga mas tarde, ó de otra suerte de como se convino, queda obligado á pagar á su acreedor los daños y perjuicios (5) (cu).

5—Finalmente: el efecto que produce la paga hecha acomo hemos insinuado es, extinguir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la obligacion principal, deben tambien cesar las accesorias; se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas é hipotecas, si las hubiere (6) (da).

(5) Leyes 3 y 8 del mismo tít. 14.

(cu) Esta doctrina no debe en nuestra opinion, entenderse al caso en que sea perjudicial al acreedor el cambio de la persona que paga por el deudor, como se verificaria en las obligaciones de hacer, si á un artista de mérito sucediera otro sin talento. Se advierte tambien, que se libertará de la obligacion el que pagare á la persona que con justa causa reputase acreedor, como al heredero que recibiendo los pagos como sucesor legítimo y sin contradiccion, fuere despues vencido en juicio hereditario. La facultad que supone la ley 14 de dicho título y Partida, en el acreedor, de apremiar al deudor sin necesidad de acudir al juez, cuando esto se pactó, no está en uso ni puede estarlo sin perjuicio del orden público. GOYENA, lug. cit., n. 3993.

(6) Ley 1 tít. 14 Part. 5.

(da) La *cesion de bienes* es una especie de paga, dá lugar al concurso de acreedores, y se define: *la dejacion de los bienes, derechos y acciones que el deudor insolvente hace á favor de sus acreedores*. Por regla general comprende todo lo que posee el deudor, ménos su ordinario vestido; Proem. y ley 1 tít. 15 Part. 5. Mas en la práctica por una interpretacion benigna y loable, se estiende la escepcion á los bienes que el deudor tiene para el ejercicio de su pro-

6—El segundo modo comun á todas las obligaciones, es la *compensacion*, la cual no es otra cosa que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor (7). Veamos ahora sus requisitos y sus

fesion ú oficio, y á los que no son comprendidos en la traba ó ejecucion. Si los acreedores aceptan la cesion, ésta es un contrato celebrado entre ellos y el deudor, mas si la rehusan, entónces interviene el juez, examina la realidad de las desgracias del deudor, y si es ó no sospechosa su buena fé: ley 4 cit. Cuando las desgracias y la buena fé se comprueban, la ley mira como un acto de humanidad y utilidad, acoger al deudor y satisfacer con la cesion á sus acreedores. Pero ésta no es una paga real, pues no transfiere dominio, y solo les dá derecho á que sean vendidos los bienes en su utilidad: ley 2, allí. El deudor se liberta en la cantidad correspondiente á los bienes cedidos, y queda obligado al total pago con los que pueda adquirir en adelante, que no le sean indispensables para subsistir, porque respectivamente á sus antiguos acreedores, goza del beneficio de *competencia*: ley 3 sig. No son estensivas á los fiadores las ventajas de la cesion de bienes, hecha por el obligado principal: dicha ley 3; ni á privar del beneficio de competencia á aquel á quien corresponde: ley 4 tít. 45 cit. Pero la cesion no se admite: 1º á los arrendadores de rentas reales y sus fiadores: ley 9 tít. 32 lib. 41 Nov.; 2º al que en fraude de sus acreedores dilapidó, enagenó ú ocultó sus bienes, á no ser que diere fianzas de volverlos á su anterior estado; ley 4 tít. 45 Part. 5: 3º á los alzados; leyes 1 y 2, tít. 32 lib. 41 Nov.; y 4º, á los deudores por deudas procedentes de delito ó cuási delito, en cuanto á la multa ó pena pecuniaria que por él se les imponga: ley 8 de dicho tít. 32.

(7) Ley 20 del mismo tít. 44. *Compensatio en latin tanto quiere decir en romance, como descontar un debdo por otro.*

efectos. Los requisitos son tres. 1º Que una y otra deuda sea eficaz, líquida y pura, porque una deuda eficaz ó innegable, no se puede compensar con otra ineficaz, ó acerca de la cual se pueden oponer escepciones, como tampoco una líquida y determinada, con otra ilíquida, ni una pura, con otra condicional; porque en todos estos casos es incierto si se debe, ó á lo ménos cuánto se debe (8). El 2º que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por lo cual un género con otro, no se pueden compensar: v. g., Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3º que uno mismo sea deudor y acreedor; y así, si mi hermano debe á Ticio cien pesos, y yo le debo á él otros tantos; no podrá haber compensacion, porque no es uno mismo el deudor y el acreedor (9). El efecto de la compensacion es el mismo que el de la paga; pero si las deudas son de diversa cantidad, la deuda mayor se disminuye todo aquello que importa la menor; v. g., Ticio me debe mil pesos, y yo á él seiscientos, en este caso por la compensacion se disminuye la deuda de Ticio á cuatrocientos pesos, los cuales solamente tendrá que pagarme (de).

(8) Dicha ley 20, al fin.—(9) Ley 21 tít. 14 Part. 5.

(de) La compensacion viene á ser un *trueque* ó *permuta de deudas*, y se define: *el descuento reciproco de deudas y créditos, verificado por ministerio de la ley, entre dos personas que simultáneamente se deben cantidades ó cosas de un mismo género*. Para la validez de la compensacion, se requiere: 1º que se avengan las partes entre sí privadamente ó en juicio: 2º que sean ciertas las deudas, para cuya prueba en juicio se dan solo diez dias; ley 20 citada: 3º que las deudas que compensan sean señaladas, ciertas y liqui-

7—El tercer modo de quitarse la obligacion es la *confusion*, por la cual entendemos aquí, el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion, es claro, porque ¿quién podrá ser deudor y acreedor de sí mismo? Este caso se puede figurar en la herencia: v. g., Ticio me debe mil pesos: al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento: si yo acepto la herencia, por el mismo hecho me hago acreedor de mi mismo, porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabara la obligacion (di).

das; ley 21, allí: 4º que esta compensacion debe pedirse en juicio por el mismo que fuese reconvenido y no por otro, á no ser que dé fiadores de que tendrá por firme y valedero, lo que éste hiciere por aquel; ley 25, allí. Es inadmisibile la compensacion: 1º con deudas del Rey ó de algun Concejo; ley 26 sig.: 2º en el depósito y deuda que resulta de sentencia judicial; leyes 5 y 10 tít. 3 y 27, tít. 14 Part. 5: 3º tampoco se admite la compensacion cuando se trata de la restitucion de una cosa dada en comodato, sino es por gastos hechos en ella; ley 9 tít. 2 Part. 5: 4º tampoco es admisible cuando se intenta la restitucion de una cosa, de que el dueño ha sido injustamente despojado: 5º es igualmente inadmisibile la compensacion en la demanda de alimentos presentes; y tambien lo es en las cosas que se deben en virtud de un delito, y cuando se hace con perjuicio de tercero; leyes 5 tít. 3 y 27, tít. 14 Part. 5. Las leyes 22 y 23 del mismo tít. 14, tratan de varios casos en que la compensacion puede tener lugar entre los *compañeros ó socios*.

(di) Por *confusion ó consolidacion*, entendemos la *reunion de los derechos de acreedor y de las obliga-*



8—El cuarto modo por el cual se puede quitar toda obligación, es la *oblacion* y *consignacion* de la deuda. Este tendrá lugar siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ó porque no quiere ó porque no puede: v. g., uno me vendió á mí una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura miéntras no se los pagase: pasado algun tiempo le ofrezco el dinero, y él no lo quiere recibir por continuar percibiendo las usuras: en este caso puedo usar de la *oblacion* y *consignacion*. Esta, pues, es un modo de quitarse la obligación por presentar el deudor al juez y depositar, toda la suma que debe á su acreedor, á quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conveniente, y no ha querido ó no ha podido recibírsela (10). Se requiere, pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor en tiempo y lugar conveniente, y que éste no lo ha-

*iones de deudor, en una misma persona y acerca de una misma cosa.* Si solo se reúnen en una persona los caracteres de deudor principal y de fiador, quedará estinguida la obligación accesoria pero subsistente la principal, pues que permanecen distintos los conceptos de acreedor y de deudor. Si uno de varios deudores solidarios se hace acreedor, esta confusión solo aprovechará á los demás en la parte prorataada que á él correspondia. En la aceptación de herencia hecha á beneficio de inventario, no tiene lugar la confusión, pues en este caso si los bienes hereditarios no fuesen suficientes para pagar las deudas del difunto y los legados, si los hubiere, el instituido heredero puede hacer valer sus derechos como acreedor de la herencia, independientemente de la cualidad de heredero: así, si tuviese derecho preferente, como acreedor hipotecario, ó por derecho de dominio etc., podrá hacer valer su privilegio: GÓYENA, lug. cit., tit. 61 secc. 2.

(10) Ley 8 tit. 14 Part. 3.

ya recibido; y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1º que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado: 2º que cesan de correr las usuras: 3º que si por algun caso se pierde el dinero en el dicho depósito, no se pierde para el deudor, sino para el acreedor (11) (do).

9—Siguese la *destruccion* de la cosa, por la cual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber cómo y cuándo se quitará la obligacion de este mo-

(11) Ley 8 ya citada, al fin.

(do) Por *consignacion*, se entiende el depósito que el deudor hace de la cantidad que adeuda, cuando el acreedor se niega á recibirla. La consignacion puede hacerse de dos modos, á saber: ofreciendo el deudor lo que debe al acreedor á presencia de hombres buenos, en lugar y tiempo oportuno, ó haciendo la misma oferta ante el juez competente; y verificando en seguida el depósito con aprobacion de aquel, lo cual es lo que en el dia se practica: ley 8 cit. Mas para que la consignacion produzca los efectos de extinguir la obligacion, es preciso: 1º que se haga de la totalidad de la deuda: 2º que tanto en la persona que hace la consignacion como en aquella para la cual se destina la cantidad consignada, haya capacidad para pagar en la primera, y para cobrar en la segunda: 3º que la consignacion se haga en el lugar en que segun el convenio, se habia de verificar el pago; ó no habiéndose determinado nada acerca de este punto, en el lugar que determine la ley ó la costumbre; y 4º es necesario que haya vencido el plazo, y que se haya verificado la condición, en el caso que la hubiere: GOYENA cit., tit. 58 secc. 2.

do. La cosa adeudada puede ser género, v. g., un caballo; ó especie, v. g., tal caballo; ó cantidad, v. g., cien pesos. Si se debe género ó cantidad la pérdida ó destruccion de la cosa no libra, porque el género y la cantidad nunca perecen. Pero si se debe una determinada especie v. g., esta casa, ó tal caballo de la caballeriza, pereciendo dicha especie, se estinguio la obligacion (12). La razon es, porque lo que ya no existe es imposible entregarlo. Se exceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si éste fuese moroso en entregarla, pues entónces deberá pagar la estimacion de la cosa perdida (13) (du).

10—El sexto y último modo comun de quitarse las obligaciones es, la *novacion*, que no es otra cosa que una transfusion ó traslacion de la primera deuda y obligacion en otra nueva obligacion, civil ó natural, sin intervencion de nueva persona; de suerte, que la primera queda estinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha le-

(12) Ley 9 tit. 14 part. 5.—(13) Dicha ley 9.

(du) El *robo* considerado como medio de estinguir las obligaciones, está íntimamente enlazado con la doctrina de este número, porque á pesar de que las leyes 18 tit. 11 y 9 tit. 14 Part. 5, no hacen mencion de él, no obstante, cuando sin culpa ni engaño del deudor fuere robada una cosa cierta y determinada, quedaria libre el deudor de ella, pues la palabra *perder* que usa la ley 9, igualmente que la palabra *morir* de que se sirve la 18, comprenden el caso de ser robada la cosa; ademas de que á no ser así pareceria injusto librarse uno de la obligacion de pagar la cosa que se perdiese ó muriese, y no librarse de pagar la que hubiese sido robada: GOYENA, tit. 61 secc. 5.

gítimamente (14) (fa).

11—La *novacion* es de dos maneras; una que se llama *voluntaria*, y otra *necesaria*: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes, mediante alguna convencion: v. g., convenimos en que el dinero que tengo en depósito lo tenga á mútuo: aquí ninguno nos precisa á novar; y así, está novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la *litis contestacion*, la cual se llama *augmentativa* ó *cumulativa*, porque no estingue la obligacion primera, ántes bien la robustece y fortifica mas; v. g., debo cien pesos en virtud de mútuo: se presenta el acreedor contra mí para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándolo yo se hace novacion, y debiendo ántes solamente por mútuo, comienzo ya a deber por el cuási contrato de la *litis contestacion*; y así, cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvendrá por el actor con la accion de mútuo, sino

(14) Ley 15 tít. 14 Part. 5.

(fa) La *novacion* ó *renovamiento* es, la renovacion del contrato, ó la *sustitucion de unas obligaciones en otras nuevas*. Por regla general, se verifica la modificacion de una obligacion por medio de la novacion, siempre que quedando lo principal de la obligacion preexistente, se modifica en alguna de sus partes. Por ejemplo, cuando se muda la persona del deudor ó del acreedor, cuando se suprimen ó aumentan usuras, cuando se crean ó se suprimen fianzas: ley 15 tít. 14 Part. 5. Cuando permaneciendo los mismos acreedor y deudor la obligacion que por la novacion ha reemplazado á la antigua no fuere cumplida á su tiempo, el acreedor tendrá derecho á elegir entre la antigua y la nueva: ley 41 tít. 14, allí. La mudanza del deudor es lo que los romanos llamaban *expromision*, y nuestras leyes dan el nombre de *manero* al nuevo deudor.

con la accion de cosa juzgada (15) (fe).

12—Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo expresen claramente; y así, porque uno se obligue de nuevo a pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmar-

(15) Véase á Febr. *del juic. ejec.*, lib. 3 cap. 2 § 4 n. 220 á 222.

(fe) Debemos advertir: 1º que la novacion no se presume, pues para que tenga lugar, debe decirse expresamente en la obligacion segunda, que la primera queda sin efecto. Mientras no se haga esta declaracion, subsisten ámbas obligaciones: y no habiendo subrogacion de deudor, se entenderán repetidas en la nueva obligacion las hipotecas, fianzas y demas gravámenes de la antigua; pero habiéndola, quedan obligados solidariamente ámbos deudores; ley 15 citada: 2º que aunque el deudor subrogado viniere á pobreza tal, que no pudiere pagar la obligacion que tomó sobre sí, no podrá el acreedor pedir contra el primer deudor: 3º que si la primera obligacion es pura y la nueva se celebra bajo de condicion, solo habrá novacion si se cumple la condicion, pues si ésta no se cumpliere, quedará subsistente la obligacion primera, y sin efecto la segunda: 4º que por el contrario, si la primera obligacion es condicional y la segunda pura, solo habrá novacion en el caso de que se cumpla la condicion, pues de otro modo no tendrá efecto ninguna de las obligaciones; á no ser que se espere en la nueva que se ha de cumplir, aunque no se verifique la condicion de la primera. Goyena, lug. cit., secc. 6 n. 4151. Réstanos hacer mencion de la ley 18 tít. 14 Part. 5, que habla del caso en que un menor de catorce años se obliga sin el consentimiento de su tutor, á pagar deuda de otro: en este caso, si bien queda estinguida la primera obligacion, el menor no está obligado á pagar, si no quisiere.

lo mas, añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto, no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte espresamente [\*].

13—Sigüense ahora los modos peculiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponian los antiguos la *acceptilacion* y el mútuo disenso. Por *acceptilacion* entendian el darse uno por recibido de lo que se le debe y perdouarlo al deudor, el cual se puede tener en el dia por modo de disolverse cualquiera obligacion, no solo las verbales como querian los romanos; de de suerte que entre nosotros no habra mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones, que el *mútuo disenso*. Este no es otra cosa, que una convencion contraria á la primera, que todavía no se habia cumplido por ninguna de las dos partes: v. g., habia yo convenido con Ticio en que le compraria tal cosa en dos mil pesos, y

[\*] Esta especie de novacion se llama *con delegacion*. Comunmente dividen á la novacion en una que se hace sin delegacion, y otra con ella. La primera se hace, cuando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La segunda es, cuando se muda la persona del deudor. La novacion *sin delegacion* se puede verificar de tres modos: 1º Mudando la especie de obligacion; v. g., debia ántes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo: 2º Añadiendo ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. g., ántes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con usuras. 3º Si nada se muda sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal; y esta es la que se llama *espromission*. Véanse algunos casos de novaciones ménos propias que trae Febrero, en el lugar ya citado n. 223.

despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, éste será *mútuo disentiimiento* (16). Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contratos consensuales ántes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque pueden apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas es hacer un nuevo contrato que disolver el primero (fi).

(16) Ley 2 tít. 10 lib. 3 Fuero Real.

(fi) Aun queda por decir algo acerca de la remision, de la nulidad y rescision, del juramento decisorio, del a condicion resolutoria, la prescripcion, sentencia arbitral y transaccion, como modos de extinguir las obligaciones. La *remision ó quitamiento*, es la condonacion espresa ó tácita que el acreedor hace deliberadamente á su deudor, de lo que éste debe á aquel: ley 1 tít. 14 Part. 5. Es *espresa*, cuando el acreedor declara que perdona la deuda, ó pacta con el deudor que nunca la reclamará: ley 1 y 2, allí. Es *tácita*, la que resulta de hechos: de éstos unos bastan á probarla, y otros á presumirla. Ejemplo de la remision tácita puede ser la entrega del recibo ó vale del dendor, y su destruccion; pero si el acreedor probase que esto habia sido un mero acto de confianza, y no con intencion de remitir la deuda, ó bien que le habia sido robado el recibo, ó que se vió forzado á romperle, quedará subsistente la obligacion: ley 9 del mismo tít. 14. Respecto de la *nulidad y rescision* baste decir, que cuando las obligaciones proceden de contratos que sean nulos, como los celebrados contra las leyes y buenas costumbres, ó cuando procedan de contratos que puedan rescindirise, v. g., los celebrados por un menor sin el consentimiento de su tutor, quedan aquellas sin efecto, luego que por el juez competente se hace la declaracion de haber habido la nulidad que se reclama, ó de ser procedente la rescision que se pide. Goyena allí, secc. 7. Tambien se

estingue la deuda, cuando remitiéndose el acreedor al *juramento* del deudor sobre su legitimidad, la niega el primero: ley 9 tít. 14, allí. Esto sin embargo no tiene lugar cuando se pide el juramento con reserva de otras pruebas, que es lo que comunmente se practica. La *condicion resolutoria* es aquella cuyo cumplimiento produce la resolucion del contrato, dejando las cosas en su primer estado. La intencion de los contrayentes que la ponen, no es suspender la ejecucion de lo convenido, sino solo obligar al acreedor á devolver lo que recibió, cuando se verifique la condicion. Estas condiciones dependen generalmente de la voluntad de los otórgantes; pero hay otras tácitamente sobreentendidas por disposicion de la ley. Así en los contratos bilaterales, cada parte se reputa obligada bajo la condicion resolutoria, de que la otra cumpla lo pactado: Goyena cit., secc. 9. De la *prescripcion* debe decirse, que siendo un medio por el cual puede perecer el derecho de reclamar un crédito, es indudable que perdido tal derecho, se ha estinguido la obligacion legal de pagarlo. De la prescripcion de las acciones trataremos en el título XII del lib. 4, y de la *transaccion* ó concordia, por deberse examinar con mas estension, en el siguiente apéndice, reservándonos el tratar de la sentencia arbitral, en el lugar oportuno del mismo lib. 4.



## APÉNDICE.

## DE LA TRANSACCION Ó CONCORDIA.

## SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 De la transaccion como medio de extinguir las obligaciones.              | litos.   |
| 2 Qué cosa es transaccion, y de sus requisitos esenciales.                 | 7 Si puede hacerse juramento en el contrato de transaccion, como en los demas. |
| 3 Es una enagenacion, y así solo pueden transigir los que pueden enagenar. | 8 Esta es de estrecha interpretacion, y por ella no se causa alcabala.         |
| 4 Qué negocios no pueden transigirse.                                      | 9 Causas por qué puede revocarse la transaccion.                               |
| 5, 6 Si cabe transaccion en los de-  |  |

**L**A transaccion ha sido introducida como un medio para terminar las diferencias entre los particulares. Por ella se sacrifican parte de las ventajas que reportaria un juicio favorable, para no esponerse á los inconvenientes de una condenacion. Es una novacion verdadera de obligaciones anteriores, que con ella quedan estinguidas.

2—La transaccion, que tambien se llama *concordia*, puede definirse: *un contrato bilateral por el que los otorgantes, cediendo una parte de sus derechos, terminan una cuestion dudosa* (1). Sus requisitos esenciales son: que haya remision entre los que contraen, en lo cual se diferencia de la *amigable composicion* que debe ser gratuita: que verse acerca de una cosa en que existe ó pueda existir litigio, y que le termine. Es visto pues, que la transaccion es un titulo oneroso, y una vez hecha tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y ni aun hay contra ella lugar á la eviccion, sino es acerca de las cosas no litigiosas que hayan podido dar-

(1) Arg. de la ley 3. tit. 16 Part. 5; y ley 1. tit. 1. lib. 10 Nov.

se por via de indemnizacion, el uno al otro de los contrayentes (2).

3—La transaccion es una enagenacion. Así es que pueden transigir los que pueden enagenar, y en su consecuencia tambien los procuradores que tienen poder especial ó general, con libre y franca administracion (3); bien que es opinion recibida en la práctica, que si el procurador carece de facultad especial para transigir, la transaccion puede rescindirse, en caso de que fuere perjudicial al representado (4).

4—La transaccion puede celebrarse ántes ó despues de empezado un pleito, pues su objeto es impedir litigios. Hay sin embargo negocios dudosos y pendientes que no pueden transigirse, y tales son: 1º Toda causa matrimonial por versar sobre un vínculo indisoluble, y la cual solo debe decidirse con arreglo á derecho por la autoridad eclesiástica (5). Los esponsales de futuro admiten transaccion, por depender únicamente del libre asenso ó disenso de los interesados (6); 2º Sobre los alimentos futuros que se deben por testamento, sin autoridad del juez y prévio conocimiento de causa; pero esta prohibicion no se estiende á los alimentos pasados ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (7); 3º Acerca de lo que se dejó en un testamento cerrado, ántes de que se abra (8); siendo tambien nula cual-

(2) Febrero de Tapia, lib. 2 tít. 4 cap. 25, n. 2, 3 y 4.

(3) Ley 9 tít. 5 Part. 3.

(4) Serna y Montalvan, lib. 4 tít. 14 n. 3.

(5) Math. cap. 19; cap. 12 de *exces. prælat.*

(6) Febrero allí, n. 5.

(7) Valeron de *transact.* tít. 3 q. 3; Castillo de *alimentis.* cap. últ., y Sala mejicano lib. 2 tít. 9 n. 44.

(8) Ley 1 tít. 2 Part. 6.

quiera transacción acerca de la herencia sin el mismo requisito, ó si se celebrase ántes de los nueve dias siguientes al fallecimiento del testador (9).

5—4º En cuanto á delitos, es indudable que tampoco puede hacerse transacción ó concordia sobre los futuros, pues se daría motivo para delinquir (10); pero siendo ya pasados, se ha de distinguir si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transacción, porque tratándose entonces solamente de interes pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla; pero podrá el juez imponer al reo que transigió la pena que corresponde al delito (11), pues se supone que transigiendo lo confiesa, escepto el de falsedad que no se entiende confesado por la transacción. Mas es preciso advertir, que si el que transigió pagando algo á su acusador, lo hizo precisamente por libertarse de la vejacion de seguir el pleito, no incurre en pena alguna ni se entiende confesar el delito, antes bien deberá pagar el acusador el cuádruplo de lo que recibió si se lo piden dentro de un año, y si despues del año, el duplo.

6—Si se trata criminalmente del delito no cabe transacción ni concordia, porque los delitos no pueden quedar impunes por las convenciones de los particulares; pero en los delitos que merecen pena de muerte ó perdimiento de miembro, puede el reo transigir por precio con su acusador, por ser *guisada cosa é derecha que todo home pueda rede-*

(9) Febrero lug. cit., n. 6.

(10) Leyes 2 tit. 10 y 38, tit. 11 Part. 5. Véase la ley 17 tit. 8 lib. 7 Rec. de Ind.

(11) Véase á Greg. Lopez en la ley 22 tit. 1 Part. 7, glos. 11; y á Vilanova *Materia crim. for.*, tom. 1 pag. 391 n. 51 y sig.

*mir su sangre*, á escepcion del adulterio que no admite transaccion por dinero, bien que el marido puede perdonar el delito sin precio alguno (12).

7—Así como la ley (13) permite hacer juramento en los contratos que para su mayor estabilidad y firmeza lo requieren, como los de menores, mugeres casadas, clérigos por lo que toca á ellos, aunque intervengan legos, los de concejos, iglesias, hospitales y comunidades eclesiásticas y seculares, y los de compromisos, venta, donacion, dotes, arras y otro cualquiera de enagenacion, no obstante que los celebren seglares; así tambien puede hacerse en el de transaccion, sean ó no legos y mayores de 25 años los contrayentes, sin que el escribano incurra en pena por ello, porque la transaccion es especie de enagenacion, queda mas firme con el juramento, y el infractor incurre en la infamia de derecho (14).

8—La transaccion es *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y no debe por lo tanto estenderse á mas personas ó cosas, que las comprendidas en ella espresamente. Por ella no se debe alcabala, ni tampoco por el precio que dé el actor ó reo por la cosa litigiosa con autoridad judicial, escepto que se haga con dolo por no pagarla (15).

9—Finalmente, sin embargo de la firmeza de la concordia, puede revocarse y anularse por cinco causas: 1<sup>a</sup> cuando se otorgó en vista y con apoyo

(12) Ley 22 tít. 4 Part. 7. Véase la ley 4 tít. 40 lib. 12 Nov. Rec., y á Vilanova tom. 1 pág. 503.

(13) Ley 7 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(14) Ley 4 tít. 6 Part. 7.

(15) Goyena lib. 2 tít. 61 secc. 12. n. 4227; Acevedo en la ley 2 tít. 17 lib. 9 Rec. n. 20, y Parlad. *diff.* 44 n. 16 y sig.

de falsos instrumentos; pero si éstos solo tuvieran relacion con algunos capítulos, quedarian firmes los otros: 2ª cuando se hizo con dolo (16); 3ª ó por fuerza ó miedo que cae en varon constante: 4ª por error sustancial ó de cálculo, sino es que la transaccion se haga sobre éste; y 5ª cuando hay lesion *enormisima*, segun algunos intérpretes, pero no cuando solo la hay enorme; y segun otros, ni en uno ni en otro caso (17). Y se advierte, que el que pide la revocacion debe empezar por restituir á su contrario lo que percibió de éste, en virtud del contrato (18).

(16) Ley 34 tit. 14 Part. 5, y Febrero lug. cit., n. 4.

(17) Véase á Greg. Lopez en la ley 34 cit., glos. 2; Ferrar. *Biblioth. verb. Transactio* n. 29; Castillo lib. 8 *Controv. y de aliment.* cap. 36 desde el n. 14.

(18) Febrero cit. n. 8, y Molina *de primog.* lib. 4 cap. 9 n. 43.



# INDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

## LIBRO III.

TÍTULO I. AL. XIII.—De la sucesion ab intestato . . . . .	1
§ I.—De la sucesion de los descendientes . . . . .	3
§ II.—De la sucesion de los ascendientes . . . . .	8
§ III.—De la sucesion de los colaterales . . . . .	10
APÉNDICE.—De las vinculaciones . . . . .	19
§ I.—De los mayorazgos . . . . .	20
§ II.—Patronatos . . . . .	29
§ III.—Capellanías . . . . .	36
TÍTULO XIV.—De las obligaciones . . . . .	40
TÍTULO XV.—De los contratos reales . . . . .	53
APÉNDICE.—De la hipoteca . . . . .	72
TÍTULO XVI.—De las promesas ú obligaciones de palabras . . . . .	81
TÍTULO XVII.—De la obligacion correal . . . . .	88
TÍTULO XVIII.—De las promesas de los siervos . . . . .	90
TÍTULO XIX.—De la division de las estipulaciones . . . . .	91
TÍTULO XX.—De las promesas inútiles . . . . .	id.
TÍTULO XXI.—De las fianzas y fiadores . . . . .	93
TÍTULO XXII.—De las obligaciones de letras . . . . .	107
TÍTULO XXIII.—De los contratos consensuales . . . . .	111
TÍTULO XXIV.—De la compra y venta . . . . .	113
§ I.—De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta . . . . .	139
§ II.—Del retracto ó tantéo . . . . .	142
§ III.—Del trueque ó cambio . . . . .	148

ÍNDICE.

§ IV.—De la alcabala . . . . .	151
APENDICE.—Del comercio en general y de las contratas mercantiles . . . . .	155
TÍTULO XXV.—De la locacion conduccion . . . . .	169
APENDICE.—De los censos . . . . .	183
§ I.—Del censo enfiteútico . . . . .	184
§ II.—Del censo reservativo . . . . .	192
§ III.—Del censo consignativo . . . . .	194
TÍTULO XXVI. § I.—De la compañía . . . . .	207
§ II.—De la compañía de comercio . . . . .	215
§ III.—Del contrato trieno . . . . .	219
APENDICE.—De la sociedad conyugal . . . . .	220
TÍTULO XXVII.—Del mandato . . . . .	228
APENDICE.—De los contratos aleatorios . . . . .	237
§ I.—Del juego . . . . .	238
§ II.—De la apuesta . . . . .	240
§ III.—De la aseguracion . . . . .	241
§ IV.—Del préstamo a la gruesa ventura . . . . .	242
§ V.—Del contrato de renta vitalicia . . . . .	243
TÍTULO XXVIII.—De las obligaciones que na- cen de cuasi contrato . . . . .	244
TÍTULO XXIX.—Por medio de qué personas se adquiere la obligacion . . . . .	253
APENDICE.—De la prelacion de las obligacio- nes . . . . .	254
§ I. Causas de la prelacion de las obliga- ciones . . . . .	id.
§ II.—Privilegios . . . . .	255
§ III.—Hipotecas . . . . .	257
§ IV.—De los demas acreedores . . . . .	260
§ V.—Orden de prelacion entre los acree- dores . . . . .	261
TÍTULO XXX.—De los modos de desatarse las obligaciones . . . . .	267
APENDICE.—De la transaccion ó concordia . . . . .	283



## FÉ DE ERRATAS.



<u>Pág.</u>	<u>Lín.</u>	<u>Dice.</u>	<u>Léase.</u>
4	21	las . . . . .	los.
74	24	lit. 8 . . . . .	tít. 8.
78	14	la la misma tiene mujer	la misma tiene la mujer
88	11	matetia. . . . .	materia.
104	29	cado . . . . .	cada.
106	29	lib. 11 <i>com. ter.</i> cap. 8	lib. 2 <i>com. terr.</i> cap. 7.
116	24	que no escediendo . .	que escediendo.
150	21	Fuèro del Real . . .	del Fuero Real.
165	14	de haya estipulado. .	se haya estipulado.
177	32	palabras. . . . .	palabras.
183	6	de divide. . . . .	se divide.
Id.	19	puede . . . . .	puede.
230	29	retihabicion . . . . .	ratihabicion.
233	27	cuando el mandatario	cuando al mandatario.
268	12	que los recibió. . . .	que recibió.



...	101
...	102
...	103
...	104
...	105
...	106
...	107
...	108
...	109
...	110
...	111
...	112
...	113
...	114
...	115
...	116
...	117
...	118
...	119
...	120
...	121
...	122
...	123
...	124
...	125
...	126
...	127
...	128
...	129
...	130
...	131
...	132
...	133
...	134
...	135
...	136
...	137
...	138
...	139
...	140
...	141
...	142
...	143
...	144
...	145
...	146
...	147
...	148
...	149
...	150

INSTITUCIONES  
**DE DERECHO REAL**  
DE CASTILLA Y DE INDIAS.

~~—~~  
TOMO IV.



INSTITUCIONES  
DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE LEONES

TOMO IV

**INSTITUCIONES**  
DE  
**DERECHO REAL**  
DE CASTILLA Y DE INDIAS,

POR EL DOCTOR

**D. JOSÉ MARIA ALVAREZ,**

CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL  
Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

SEGUNDA EDICION GUATEMALTECA,

**PRECEDIDA DE LA BIOGRAFIA DEL AUTOR,**  
Y ARREGLADA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON MUCHAS NOTAS  
Y VARIOS APÉNDICES  
SOBRE DIVERSAS MATERIAS IMPORTANTES QUE NO CONTENIA LA OBRA,

POR EL LIC.<sup>do</sup> D.<sup>or</sup>

*Don Toroteo José de Arriola,*

Individuo del Ilustre Colegio de Abogados, Vice-presidente  
de la Academia de Derecho teórico-práctico,  
Miembro de la Cámara de Representantes de la República, &c.

**TOMO IV.**

**GUATEMALA.**

IMPRENTA DE L. LUNA, EDITOR.

1854.

INSTITUCIONES

DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE LEÓN

DE DON

D. JOSE NÚÑEZ ALFARO

Vir bonus et prudens . . . . .  
parum claris lucem dare coget:  
Arguet ambigè dictum: mutanda notabit.

HORAT. *De Art. Poet.*

TOMO IV.

QUINTANA

IMPRESA DE L. LEZ, EDITOR.

1881

# LIBRO IV.

## DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL

### DE CASTILLA Y DE ÍNDIAS.

#### TÍTULO I.

##### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE DELITO.

###### SUMARIO.

- 1 Razon del orden.
- 2 Definicion del delito.
- 3 Origen y division de los delitos.
- 4 De donde nace la diferencia de los delitos en públicos y privados.
- 5 Otra division de los delitos en ordinarios y extraordinarios.
- 6 De los delitos meramente eclesiásticos, seculares y mistos.
- 7 Que delitos son privativos de la jurisdiccion eclesiástica, y cuáles lo son de la real.
- 8 Continuacion de la misma materia.
- 9 Qué acciones nacen de los delitos.
- 10 Diferencias que hay entre dichas acciones.
- 11 Qué se entiende por pena, y cómo se divide.
- 12 De los delitos en particular y cuáles son éstos.
- 13 Qué es hurto.
- 14 Entre qué personas no se verifica hurto.
- 15 El hurto es de cosa, de uso ó de posesion.
- 16, 17 Tambien se divide en manifiesto y no manifiesto, y en simple y calificado.
- 18 Efectos de la accion, ya se intente civil ya criminalmente.
- 19, 20 Penas que, segun los casos, merecen los ladrones.
- 21, 22 En qué casos se impone la pena capital.
- 23 A quiénes compete la accion de hurto.
- 24, 25 Si el comodante y depositario tienen accion de hurto.

**T**odo derecho á la cosa, segun se ha dicho arriba, nace de la *obligacion*. Esta trae su origen, ó inmediatamente de la equidad ó mediante algun hecho, el cual es, ó lícito ó ilícito. El *lícito* lo hemos llamado *convencion*, tratando de los contratos. Mas como el hecho *ilícito*, que es otra fuente de diversas o-

bligaciones, se llama *delito* ó *maleficio*, síguese ahora tratar de los delitos.

§. I.

*De los delitos en general.*

2—Por *delito* entendemos: *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien lo ejecuta, así á la restitucion como á la pena* (1) (a). Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos están escludidos los pensamientos (2). *Ilícito*,

(1) Pról. del tít. 1 Part. 7. *Todo mal fecho, que se face á placer de una parte, é á daño é á deshonra de la otra,*

(a) O en otros términos: *Un acto por el que se quebranta ó traspasa una ley voluntariamente y á sabiendas, en daño ú ofensa del Estado ó de alguno de sus individuos.* De estos dos objetos que puede tener el acto, nace la distincion de *crimen* y *delito*, que aunque segun el Diccionario de la lengua, son sinónimos, en el lenguaje jurídico se dá el nombre de *crimen* á los hechos atroces que causan grave daño á la República, directa ó indirectamente; y el de *delito* á los hechos ménos graves que ofenden directamente á un individuo, sin causar un gran perjuicio á la sociedad; y se añaden las otras diferencias, de que en el *crimen* puede ser acusador cualquier particular, y se castiga con penas afflictivas ó infamantes; y en el *delito* solo puede acusar el agraviado, y se castiga con pena menor ó correccional. Escriche, palabra *Crimen*.

(2) Tít. 31 Part. 7. No se debe confundir el *delito* con el *pecado*, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública, ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro



porque cuando no hay ley que prohíba, sea natural o civil, no se delinque obrando. Debe ser *cometido voluntariamente*, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar [\*]. Finalmente: se

consentido interiormente con deliberacion, es pecado, y pecado grave; pero ni es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres, cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ileso la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones esternas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, como criatura con su criador. Toda accion que de cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de éste, depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de leyes humanas. Fuera de que, si éstas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad, que es su verdadero y principal fin, conseguirian destruirla. Además de que tampoco sería posible castigarlos por su multitud. Lardizabal, *Disc. sobre las penas*, cap. 4 § 1.

[\*] Aunque el ebrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó

añade que por el delito *se obliga quien lo comete á la restitucion y á la pena*; porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar, el daño hecho á otro, y la infraccion de las leyes: lo primero solo se puede subsanar por la restitucion en cuanto fuere posible; y por lo segundo es justo que sufra la pena.

3—Todo hecho ilícito puede traer su origen ó de *dolo*, esto es, de intencion directa de dañar y entonces se llamará *delito verdadero*, al cual nuestras leyes comprenden bajo el nombre general de *malfe- tría*; ó de *culpa lata*, esto es, de descuido y negligencia, y entónces es *cuasi delito* (3): v. g., si un juez dá una sentencia injusta por dañar á otro, comete un delito verdadero; pero si lo hace por ignorancia, será un cuasi delito. Los verdaderos delitos, de que trataremos primeramente, ó son públicos ó privados.

remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo debe ser castigado como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto ninguno á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Pitaco se dice, que imponía dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena. Lardizábal, allí.—Respecto de los que delinquen en estado de ebriedad, véase el auto acordado de esta Audiencia de 26 de junio de 1793; la ley de 6 de setiembre de 1806 art. 19, y el decreto de 29 de agosto de 1829.

(3) Ley 1 lit. 31 Part. 7.

*Delitos públicos* son aquellos que se dirigen principalmente contra el estado de la república, y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente *delitos* y también *crímenes*: v. g., el delito de lesa-magestad ó de traicion. *Delitos privados* son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen *maleficios*.

4—La diferencia de delitos públicos y privados, no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primariamente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio, ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, si no es que le esté espresamente prohibido. En este sentido por nuestro derecho, todos los delitos son públicos (4), á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder, sino á pedimento del marido (5), y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado (6).

5—Los delitos en general también se dividen en *ordinarios* y *extraordinarios*: aquellos son los que tienen pena señalada por ley, y éstos los que se vindican fuera del orden, por no haber pena determinada en derecho. Esto puede acontecer entre nosotros raras veces, porque las leyes han sido tan prolijas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy estraño no la tendria

(4) Leyes 28 y sig. tít. 1 Part. 7.

(5) Leyes 3 tít. 7 lib. 4 Fuero Real, y 2 tít. 19 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 26 lib. 12 Nov. Rec.

(6) Ley 4 tít. 10 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 25 lib. 12 Nov. Recop.

señalada. Lo que si sucede frecuentemente es, que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar á los reos, así por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo por qué la mayor parte de nuestras leyes penales ha perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notaremos en cada delito (b).

6—Finalmente: hay unos delitos meramente *eclesiásticos*, otros meramente *seculares* y otros *mistos*.

(b) Tambien se distinguen los delitos en *políticos*, que son los que atacan á la Constitucion ó al Gobierno, y *civiles* que atacan la persona ó la propiedad de los asociados; en *notorios*, que son los que se cometen en presencia del juez, ó de la mayor parte de los vecinos del pueblo ó de muchos sujetos que induzcan notoriedad, y *comunes*, que son los que no se perpetran con esa publicidad; en *infamatorios*, que son los que menoscaban la reputacion del que los comete, y *no infamatorios*, que no envilecen ni deshonoran; en *nomi-nados*, que son los designados por las leyes con penas señaladas, y en *innominados*, los que, sin tener nombre en las leyes, ofenden ó se oponen en algo al derecho natural, de gentes ó civil; y finalmente, se dividen los delitos, segun los intérpretes, en *atrocísimos*, *atroc-es*, *graves y leves*, cuya mayor ó menor gravedad, depende de las diversas circunstancias que concurren al acto, y las cuales se hallan comprendidas en el siguiente verso latino:

*Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cur, quomodo, quando.*

Es decir, quien es el ofensor y el ofendido, cual es el delito, dónde fué cometido, de qué medios ó instrumentos se valió el delincuente, cuantas veces incurrió en él, por qué motivo, de qué modo y cuándo. Véase á Tapia, *Febr. novís.*, tomo 7 tit. 1 cap. 4 n. 18 á 29.

Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos: v. g., los delitos comunes de los clérigos, la simonía, la heregía (7). Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares, ó por estar solo sujetos á su jurisdiccion los delincuentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil, y no por el canónico, á quien directamente no pertenece su castigo: v. g., el delito de traición, de falsedad etc. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiásticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero*: v. g., la usura, sacrilegio, blasfemia etc.

7—Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente, que los reyes en virtud de la suprema potestad, que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del Estado, podian poner las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos atentos siempre al obsequio y reverencia debida á la iglesia y á sus ministros, la desfrieron la autoridad de juzgar las causas criminales de éstos (8), aunque con algunas limitaciones, pues no todos los delitos de los eclesiásticos quedaron sujetos á su jurisdiccion. Se debe, pues, distinguir entre sus delitos, unos que podemos llamar *comunes*, y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa-magestad, el de parricidio, homicidio insidioso, y otros en que importa el pronto y severo castigo por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie

(7) Ley 58 tit. 6 Part. 1.

(8) Van Esp. part. 3 tit. 3 cap. 1.

de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la real, cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí, hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe remitir al Consejo para lo que haya lugar (9).

8—En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiástico falsificador del sello real, y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes (10). Pero en semejantes casos para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes, sin que preceda la degradacion y libre entrega (11), remitiendo al efecto las causas á los preladados respectivos.

9—El efecto de los delitos es, que de ellos nacen regularmente dos acciones: una persecutoria de la cosa ó del daño; y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria, si la hay impuesta (12). En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos *civilmente*; mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte, se dirá intentarse *criminalmente*.

10—Entre los dos géneros de acciones esplicadas hay varias diferencias. La primera: que las persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo

(9) Real órden de 19 de noviembre de 1799. Nota 10 tit. 1 lib. 2 Nov. Re., y circular de 15 de set.º de 1815.

(10) Ley 60 tit. 6 Part. 1.

(11) Bened. XIV, *De Syn. Dioces.* lib. 9 cap. 6.

(12) Arg. de las leyes 41 y 25 tit. 1, y 18 tit. 14 P. 7.

menos en cuanto hubieron del difunto; mas las penales no, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda: que las persecutorias no infaman como por lo regular las penales. Tercera: en las persecutorias, si los delinquentes son muchos, todos estan obligados *in solidum*; pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno. De aqui se infiere, que las acciones *rei persecutorias y penales*, no se destruyen mutuamente, de suerte que intentada una, no se pueda intentar la otra. Lo que si puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ámbas cosas.

11.—Por *pena* entendemos: *un mal que se hace sufrir á los delinquentes para satisfaccion y venganza de los delitos que han cometido* (13). Entre éstas, unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural ó civil: v. g., la horca, el destierro perpétuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan á la pérdida de la vida, como azotes, infamias, etc. (14) (c).

12—Veamos ahora los delitos en particular, y

(13) L. 1 tit. 31 Part. 7. *Enmienda de fecho ó escarmiento, que es dado segun ley, á algunos por los yerros que hicieron.*

(14) Arg. de la ley 4 tit. 31 Part. 7.

(c) Las especies de penas señaladas por las leyes son siete, cuatro mayores y tres menores, á saber: 1<sup>a</sup> la de muerte ó perdimiento de miembro: 2<sup>a</sup> la de trabajo perpetuo en los metales ó labores del rey: 3<sup>a</sup> la de destierro perpetuo á isla ú otro lugar cierto, con ocupacion de todos los bienes: 4<sup>a</sup> la de perpetua prision, que solo podia imponerse al siervo, segun dice la ley, porque la cárcel no es para castigo de los presos, sino para guardarlos hasta que sean juzgados: 5<sup>a</sup> la de des-

primeramente los que el derecho de romanos llama *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

§ II.  
*Del hurto.*

13—El *hurto* no es otra cosa: que *una contracta-*

tierro perpetuo á isla, sin confiscacion de bienes: 6<sup>a</sup> la de infamia, privacion de oficio, ó suspension temporal en el uso de él: 7<sup>a</sup> la de azotes, heridas y deshonra pública, poniendo al reo en la picota ó al sol, desnudo y untado con miel para que le piquen las moscas. Las penas de trabajos públicos, destierro y prision, ya no son perpétuas, sino que se imponen solo por cierto tiempo, que no puede pasar de diez años; Orden de 20 de abril de 1800 y leyes 7 y 8 tit. 40 lib. 12 Nov.: bien que á veces se suelen aplicar con la *calidad de retencion*, en cuyo caso no adquiere el reo su libertad, aun cumplidos los diez años, sin previa licencia del soberano ó del tribunal que dió la sentencia. Tambien está prohibido señalar la cara á ningun reo, quemándole con fuego ó cortándole la nariz, sacándole los ojos ó haciendo otra cosa que lo afe: lo está tambien la de apedreo, crucifixion y despoño: ley 6 tit. 31 P. 7; igualmente que la de azotes: decretos de 17 de agosto y 8 de setiembre de 1813.—El género de muerte que suele usarse es el de garrote ó arcabucéo, segun las circunstancias de las personas, pues la de horca está abolida por decreto de 24 de enero de 1812. La confiscacion de bienes en ningun caso puede imponerse entre nosotros, conforme á la ley de garantías de 3 de diciembre de 1839, seccion 2<sup>a</sup> art. 10, y art. 3 de la Acta constitutiva de 19 de octubre de 1831. Otras penas menores hay que se aplican segun el arbitrio del juez por delitos leves, y entre ellas son muy frecuentes las multas y penas pecuniarias. Véase la Real orden de 26 de mayo de 1797, que es nota 1 tit. 40 lib. 12 Nov. y art. 5 de la ley 21 tit. 41 del mismo libro.



cion [\*] *fraudulenta de la cosa agena mueble, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar* (15). Decimos que el hurto es *contractacion*, porque no solamente es ladron el que se lleva la cosa agena, sino tambien el que la mueve de su lugar con intencion de llevársela. De aquí se infiere, que si alguno encuentra al ladron en su casa en el acto preciso de hurtar, deberá éste ser castigado como tal, aun no habiendo transportado la cosa; y que no merecería sino pena extraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar, pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una *contractacion fraudulenta*, así porque el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarlo de la *rapiña*, que es el acto de quitar una cosa á otro, no *fraudulenta*, sino violentamente. Pero se infiere de aquí, que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes, ni próximos á la infancia (16); porque hasta esa edad no son capaces de dolo [\*\*]. Pero sí lo comete-

[\*] Se usa de la palabra *contractacion*, que es latina, derivada del verbo frecuentativo *contracto, contractas*, por no encontrar en nuestra lengua castellana voz, que segun la acepcion del derecho sea tan significativa, ni que tan propiamente espresese el acto con que el ladron echa mano á la cosa agena, la toma y se apodera de ella.

(15) Ley 1 tit. 14 Part. 7. *Furto es, malfetría que facen los homes que toman alguna cosa mueble agena ascondidamente sin placer de su señor, con entencion de ganar el señorío, ó la posesion ó el uso de ella.*

(16) Ley 17 tit. 14 Part. 7.

[\*\*] Próximo á la infancia se llaman en las leyes, el mozo mayor de siete años, y menor de diez y medio, pues de ahí adelante se llama próximo á la pubertad.

rán los próximos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad. Decimos que el hurto ha de ser *de cosa agena*, porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaría hurto, por ser comunes. De aquí se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya [\*], y mucho menos de la que sea de ninguno, pues esta debe ser del primero que la ocupe. Asimismo se deduce la razon porque no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno; pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con los frutos, y es castigado, aunque no como ladron (17). Decimos tambien, que esta subtraccion de la cosa agena debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si ésta se presume ó se supone de buena fé, no habrá hurto (18). Asimismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad *extrema* no es hurto, porque ó no es contra la voluntad del dueño, ó a lo menos no lo es contra una voluntad racional. A que se añade, que en este caso las cosas se hacen comunes (d).

[\*] Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su crédito, aun siendo señor de ella; pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego, hablando de las divisiones del hurto.

(17) Ley 21 tít. 14 Part. 7.

(18) Ley 1 tít. 14 Part. 7.

(d) Esta doctrina no se halla espresamente sancionada por nuestras leyes; pero lo está por el Derecho canónico, especialmente por el Cánón 26 de *consecratione*, dist. 5; por el cap. 3 de *furtis* en las Decretales; por el cap. 4 de las Extravagantes tít. *de reg. jur.*, y

14—Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, á lo menos en cuanto á los efectos civiles, pues en lo moral peca, y es un verdadero ladrón; pero no nace acción de hurto, ni se le impondrá la pena de tal.

por el cap. *Exiit.* § *Nec quidquam de verb. signif. in 6: Nec juri poli in extremæ necessitatis articulo ad providendum sustentationi naturæ via omnibus extrema necessitate detentis concessa præcluditur, cum ab omni lege extrema necessitas sit exempta.* Es inútil combatir la indigencia solo con el temor de la pena: el indigente cometerá todos los delitos por los cuales pueda satisfacer sus necesidades, porque ¿qué pena puede haber mayor, ni mas próxima ni mas cierta que el morir de hambre? Solo pueden prevenirse los efectos de la indigencia procurando lo necesario á los que carecen de ello, ya promoviendo y protejiendo todos los géneros de industria en que puedan emplearse, ya proporcionándoles ocupacion dentro ó fuera de establecimientos destinados al intento; ya instituyendo cajas de economía en que por el atractivo de la seguridad y de la ganancia se inclinen las clases laboriosas á poner sus pequeños ahorros para no caer en el estado de miseria, ya poniendo en planta otras medidas propias de cada país, ya por fin, como dice el Sr. Escriche, estableciendo á falta de otros medios, una contribucion regular entre las clases acomodadas, porque la pena de muerte que al fin caeria sobre el pobre abandonado, seria un mal mas grave que la pena que tiene el rico cuando se le quita una parte limitada de su sobrante. ¡Oh Gobiernos! esclama un sabio escritor, quitad á la pobreza la necesidad de perecer en los brazos del hambre ó en los del verdugo: mas bien que de hacer leyes sanguinarias, cuidad de proporcionar á los súbditos que carecen de renta ó propiedad, un trabajo útil que les suministre el sustento: averiguad las causas que producen la miseria, y aplicadles las precauciones y remedios convenientes.

Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido, y del siervo respecto de su señor (19) (e). Finalmente: se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando ésta, sera otra especie de delito; y así, si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi cosa para dañarla ó para injuriarme, no comete hurto (20).

15—Dividese este delito en hurto de *cosa*, de *uso* y de *posesion*. El primero es tomar una cosa ajena mueble, porque si fuere raiz no será hurto, sino fuerza ó violencia (21). Hurto de *uso* se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa ajena, usa de ella de otra suerte de como debia, contra la voluntad de su señor; v. g., si usa de una cosa dada en comodatato para mas tiempo del que se le concedió (22). Finalmente: hurto de *posesion* se comete cuando se toma la cosa propia justamente poseida por otro: v. g., si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le habia dado por prenda (23) (f).

(19) Ley 4 en el princ. tít. 14 Part. 7.

(e) Como el tutor ó curador hace las veces de padre de su pupilo ó menor, no puede tampoco ser perseguido como ladron por haberse tomado ocultamente alguna cosa de sus bienes; pero tiene que pagar duplicado al huérfano todo cuanto le hubiese sustraído: ley 5 tít. 14 Part. 7.

(20) Ley 1 tít. 20 Part. 7.

(21) Ley 1 tít. 14 Part. 7. El Sr. Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 pág. 82, llama *usurpacion* el hurto de cosa raiz. Véanse las leyes del tít. 34 lib. 11 Nov. Rec.

(22) Ley 3 tít. 14 Part. 7.

(23) Ley 9 tít. 14 Part. 7.

(f) Estas dos especies de hurto de *uso* y de *posesion* apenas merecen el nombre de *hurto*, y efectivamente

16—Se divide tambien el hurto en *manifiesto* y *no manifiesto*. *Manifiesto* se dice cuando el ladron es hallado, ó en el acto mismo de hurtar, ó con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro; pero antes de transportarla á aquel á donde intentaba, ahora fuese preso, hallado ó visto por el dueño, ó por cualquiera otro. *No manifiesto* es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el camino es visto ni aclamado como ladron (24). Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la práctica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos despues.

17—De mas utilidad es la division del hurto en *simple* y *calificado*. *Simple* es, el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. *Calificado* es, aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas (25). El hurto simple se subdivide en *grande* y *pequeño*: es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche; por la primera, segunda ó tercera vez; en la ciudad ó en los caminos: todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto, y la pena que se le debé imponer (26).

no se suele condenar á sus autores sino al resarcimiento de perjuicios. *Escríche*. palabra *Hurto*.

(24) Ley 2 tít. 14 Part. 7.

(25) Ley 7 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec.

(26) Leyes 18 tít. 14 Part. 7 y 7 y 9 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec.

§ III.

*De las acciones que competen contra los ladrones, y penas que les impone el derecho.*

18—Dijimos, hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó criminalmente: si intentáremos la accion *civilmente*, tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecuniaria, siempre que la haya establecida por las leyes, á mas de la restitucion de la cosa ó satisfaccion del daño; pero si se intentare *criminalmente*, se le castigará corporalmente con la pena impuesta al delito, para escarmiento de otros malhechores; como v. g., con azotes, destierro etc.

19—En el hurto, pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion á aquel que se la hurtó [\*], debe el ladron si el hurto es *manifiesto*, pagar ademas el cuatro tanto del valor de la cosa, y en el *no manifiesto* el dos tanto ó duplo (27); estendiéndose esta pena contra los que dan ayuda ó consejo tal, que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho (28). Pero convienen todos

[\*] Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen tambien contra los herederos, segun hemos notado yá; pero el cuádruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron, y no contra sus herederos; si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito, por ser esta accion puramente *penal*. Así lo dispone la ley 20 tít. 14 Partida 7.

(27) Ley 18 tít. 14 Part. 7.

(28) Ley 4 del mismo tít. Ant. Gomez, *Var. resol.*

en que estas penas pecuniarias impuestas á los ladrones, no estan en uso, sino solo las corporales que diremos, ú otras á arbitrio del juez atendidas las circunstancias; precediendo siempre que sea posible, la restitucion de la cosa hurtada y satisfaccion de perjuicios (g).

20--Acerca de los hurtos simples y calificados está dispuesto, que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de vergüenza y seis años de galeras, ó á algun presidio (29). Por el segundo, cien azotes y diez años de destierro (30). Posteriormente se ha declarado, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, segun y cómo se regularé la cualidad del delito, teniendo presente para ello, la repeticion ó reincidencia, el valor de lo hurtado, la

cap. 5 núm. 4.

(g) Hay sin embargo, un caso especial en que no se restituye la cosa hurtada, y es cuando esta consiste en pilares, piedras, tejas, ladrillos, madera ú otras cosas que el ladron ha empleado ya en sus obras, pues por no destruir el edificio deben permanecer donde se hallan; però tendrá que satisfacer al dueño dos tantos de su valor, sin perjuicio de la pena correspondiente al hurto: leyes 16 tít. 2, 38 tít. 28 Part. 3 y 16 tít. 14 Part. 7. Tambien dice la ley 6 tít. 14 citado, que el que acogiere en su casa tahures ó truanes para jugar, si estos le hurtaren alguna cosa, ó le hicieren agravio, daño ú otra injuria que no sea homicidio, no puede demandarlos ni ejercer accion alguna contra ellos, pues que todo lo debe sufrir por la culpa de admitir la compañía de unos bellacos que, usando de la tahureria, por fuerza han de ser ladrones y de mala vida.

(29) Leyes 7 y 9 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec. y la 18 tít. 14 Part. 7.

(30) Ley 7 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec. y Prag. de 19 de marzo de 1771.

calidad de la persona á quien se hurtó, y la del delincuente etc.; y esto es lo que se practica, por ser difícil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto (31). Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como á ladrón famoso (32), con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demas circunstancias (33).

21—En el hurto calificado se debe imponer pena de muerte, aun por el primero en los casos siguientes. 1.º Si fuere ladrón conocido que públicamente robe en los caminos: 2.º Si fuere corsario ó ladrón que roba en el mar con navíos armados: 3.º Si fuere ladrón que entrase por fuerza á la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas: 4.º Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada: 5.º Si algun oficial del rey, que tuviese en guarda algun tesoro ó hubiese de recoger sus pechos ó sus derechos, hurtare ó encubriere alguna parte de ello: 6.º Si el juez hurtase el dinero del Rey ó de algun Concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos, y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos, tienen pena de muerte (34). Tambien se debe imponer la misma pena á los ladrones de bestias y ganados, á que llaman *cuatre-*

(31) Real decreto de 18 de abril de 1746.

(32) Arg. de la ley 7 tit. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 14 lib. 12 Nov. Rec. y ley 18 tit. 14 Part. 7 y en ella Gregorio Lopez glosa 5.

(33) Ley 17 al fin. tit. 14 Part. 7. Ant. Gomez *Var.* tom. 3 cap. 5 núm. 6 y sig.

(34) Ley 6 tit. 5 lib. 4 del Fuero Real y 18 tit. 14 Part. 7.



ros, en el caso de que lo acostumbren y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero si se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan número de bestias suficiente á llamarse grei; v. gr., de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas (35) (h).

22—Por el segundo hurto calificado, impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros (36). Pero en el dia se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte, y por lo regular no se impone á los ladrones, sino en algunos casos de estraordinaria gravedad. Se castigan, pues, los hurtos tanto simples como calificados, con penas de vergüenza, de azotes, de servicios en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ó menos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente (i).

(35) Ley 19 tit. 14 Part. 7-

(h) Las palabras *abigeo* y *abigeato* vienen de la latina *abigere*, esto es, *ante se agere* que quiere decir *arrear*, aguijar las bestias para que caminen, de modo que el *abigeato* es una especie particular de robo que se comete no cogiendo y trasportando de un lugar á otro la cosa que se quiere sustraer, sino desviándola y haciéndola marchar delante de sí, para apropiársela. No puede pues, recaer este delito sino sobre los ganados y bestias, y como la ley solo habla de ellos, no deben entenderse las penas que designa á los robos de palomas, abejas, gallinas y otros animales de esta especie. En el *abigeato* se procede con todo rigor, y asi aunque la cosa robada sea de poco valor, por ejemplo, un cabrito, ó un cordero, se forma causa por escrito y con toda formalidad y se castiga á los *abigeos* ó *cuatreros* con la pena correspondiente. *Tapia*, tomo 6 palabra *Abigeo*.

(36) Leyes 6 y 7 tit. 28 Part. 2.

(i) Segun la Real Orden de 31 de agosto de 1772 y

§ IV.

*A quienes compete la accion de hurto.*

23—La accion de hurto se concede por derecho á todos aquellos á quienes interesa que la cosa no se pierda, y esto aun cuando no sean dueños de ella sino solo poseedores por algun título honesto (37). Por falta de esta circunstancia no se le concede al ladron, ni tampoco al poseedor de mala fé, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues seria cosa inícuca que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete, pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta, siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo: v. gr., en prenda, en conduccion ó en comodato. De aquí es, que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prendas por su deudor (38); pues por dos razones le interesa. La primera, porque debe restituir la prenda, verificado el pago de la deuda, si por culpa suya fué hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito esté asegurado con prenda. Asimismo el conductor puede intentar la accion de hurto, si por falta

art. 89 trat. 8 tít. 40 de las Ordenanzas del Ejercito, tambien se impone pena de muerte por el hurto de valor de doscientos reales de vellon arriba, que comete el soldado dentro del cuartel, casa de Oficial, dependiente del ejercito, ó la del paisano en que esté alojado; y por el de armas ó municiones de sus camaradas ó de almacen real, parque ó depósito.

(37) Arg. de la ley 9 tít. 14 Part. 7.

(38) Dicha ley 9.

de la diligencia media á que está obligado le hurta-  
ren la cosa, pues en este caso reconvenido con la  
accion del contrato de locacion, deberá pagar la es-  
timacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin  
culpa suya, solo al señor competará la accion de  
hurto, porque en este caso á solo él interesa (39).

24—En la cosa dada en préstamo ó comodato, tie-  
ne opcion el dueño de ella para demandarla á aquel á  
quien la dió prestada, ó al ladron. Pero si escogiere  
o le pareciere mejor demandarla á aquel, no puede des-  
pues reconvenir al ladron, aun en el caso de que no  
pueda recobrar la cosa del comodatario, quien si  
podrá en este caso demandar al ladron. Y si el co-  
modante elije demandar al ladron, no le quedará  
accion contra el comodatario, aunque no la pueda  
recobrar del ladron (40).

25—Si la cosa hurtada fuere dada en depósito, no  
compete al depositario la accion de hurto, porque  
como no presta mas que el dolo, no interesa á él, si  
no al señor el que la cosa no perezca; si no es que por  
alguna otra causa estuviese obligado á la culpa, en  
cuyo caso por razon de interesarle podria intentar  
la accion de hurto (41).

(39) Ley 10 tit. 14 Part. 7.

(40) Ley 11 del mismo tit. 14.

(41) Ley 12. allí.



## TÍTULO II.

### DE LA RAPIÑA.

#### SUMARIO.

- |                                  |                                     |
|----------------------------------|-------------------------------------|
| 1. 2 Qué se entiende por rapiña. | 4 Qué acción compete á los robados. |
| 2 Pena de este delito.           | 5 Cómo deben ser restituidos.       |

**E**L segundo delito de los que llaman privados es la *rapiña*. Esta es: *un despojo violento de la cosa ajena mueble con intencion de lucrar ó de aprovecharse de ella*, lo que necesariamente ha de ser hecho con dolo (1). Decimos que la rapiña es *un despojo violento*, en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente (j). Decimos que debe

(1) Prolog. y ley 1.º tít. 13. Part. 7.

(j) *Hurto*, dice la ley 2.º tít. 18. Part. 4, *es lo que toman á excuso, é robó es lo que toman publicamente por fuerza*. En la glosa se establece la misma diferencia diciendo: *Furtum enim fit clam, rapina palam et violenter*; y aunque en el modo comun de hablar suelen confundirse estas palabras, se diferencian notablemente: 1.º en el *modo*, porque el hurto se hace encubiertamente y el robo publica y violentamente; 2.º en la *pena* porque la de hurto es el cuádruplo ó duplo segun sea manifesto ó no manifesto, y la de la rapiña es siempre el triplo; bien que estas penas se han sustituido en la práctica por el resarcimiento de daños y perjuicios en todos los casos: leyes 2.º cit., 3.º tít. 13 y 18 tít. 14 Part. 7. Además, la acción penal es perpétua en el hurto y añal en la rapiña; es decir, la pena del triplo, ó sea de tres tantos del valor de la cosa *robada*, solo puede pedirse dentro del término de un año y no despues, contado desde el dia de la ejecución del delito, sin incluir los feriados, ni los de lejítimo impedimento para la demanda, al paso que la del duplo ó cuádruplo, ó

verificarse *en cosa mueble*, en lo que conviene con el hurto; pero se distingue del delito que comete el que espele á otro de la posesion de una cosa raiz. Conviene tambien con el hurto, en que debe ser *de cosa aiena*, pues la rapiña rigorosamente no tiene lugar en la cosa propia; aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebató del poder de otro una cosa suya, porque él mismo se quiere hacer justicia, y no la solicita del juez á quien corresponde administrarla. Por esta razon, y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, está dispuesto: que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierde el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Asimismo el acreedor que violentamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su crédito, tiene la pena de perderlo (2).

2—Finalmente, se añade en la definicion: que la rapiña se comete *con intencion dolosa* de hacer logro con la cosa aiena, para que se escluya el hecho de algun furioso ó falto de juicio, que debe carecer de pena, aunque violentamente arrebató alguna cosa.

3—La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triplo ó tres tanto del valor de la cosa robada (3), la cual sola se sea de los dos ó cuatro tantos del valor de la cosa *hur-tada*, puede pedirse en cualquiera término por el interesado: ley 3 citada.

(2) Leyes 10, 11 y 12 tít 10 Part. 7; 11 tít. 13 Part. 8 y 1 tít. 13 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 34 lib. 11 Nov. Rec.

(3) Leyes 3 tít. 13 Part. 7 y 2 tít. 12 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 34 lib. 12 Nov. Rec.

puede pedir dentro de un año útil (4); pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion, al robador ó sus herederos, en los mismos términos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos (5).

4—Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandestino, pueden tambien los que lo han padecido intentar la accion de hurto manifiesto; aunque, segun se ha advertido ya, estas penas no se practican.

5—Con tanto ódio ve el derecho toda especie de violencia, que se halla establecido por nuestras leyes: que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero acreedor, quejándose ante la justicia del lugar, ésta se los restituya luego, haciendo solamente sumaria informacion de que le tomaron sus bienes sin mandato de juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida para estos casos, y concediendo que las personas así agraviadas gocen del beneficio de *casó de corte* (6).

(4) Ley 3 tít. 13 Part. 7.

(5) Leyes 2 y 3 tít. 13 Part. 7.

(6) Ley 1 tít 13 Part. 7. Véase la nota (at) pág. 190 del tomo I.



2—De este principio de equidad nace: que sean responsables al daño que causaren, los que en paraje de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño: de esto se encuentran muchos ejemplos en nuestro derecho. Según él, es culpable un barbero que se ponga á afeitarse á otro en la calle ó plaza pública; porque puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado (3). Del mismo modo es culpable el que corre á caballo por las calles: el albañil que no avisa en alta voz cuando arroja desde alto piedras o tierra á ellas: el que corta ramas de árbol á la parte del camino público, sin prevenirlo antes (4).

3—Igualmente es culpable el que hace trampas, ó cepos en caminos ó lugares públicos donde caen ó reciben daño los pasajeros; y el que guiando bestias bravas, no las guarda de suerte que no hagan mal (5). El médico ó cirujano que, por ignorancia, curase mal á algun hombre ó bestia, ó que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte á algun hombre libre, debe ser castigado á arbitrio del juez (6). Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento encendiere fuego cerca de la paja, madera, mies, ú otra cosa fácil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que allí se cuece (7). Son tambien responsables del daño los que en nave, ú otro vaso donde se guardan mercaderías hiciesen algo por

(3) Ley 27 del mismo tít. 15.

(4) Leyes 6 y 25 tít. 15 Part. 7.

(5) Ley 7 del mismo tít. 15. Veáanse las leyes del tít. 4 lib. 8 Fuero Juzgo, y las del tít. 5 lib. 2 del Fuero Viejo de Castilla.

(6) Ley 9 allí.—(7) Leyes 10 y 11 allí.



que se menoscaben ó pierdan; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasajeros, las cosas que tienen colgadas á sus puertas ó ventanas (8).

4—De todos los ejemplos puestos podemos inferir: que con cualquiera culpa que concurra, hay acción para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere que, al que usa de su derecho, no se le puede imputar el daño que sucediere, pues éste no será hecho contra justicia; y así, si yo cavo en mi campo para hacer un pozo y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable, porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito: v. g., si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrare; ó si corriendo á caballo en lugar acostumbrado atropellare á alguno (9); pues el caso fortuito no se presta ni en los contratos ni en los delitos (k). Pero lo dicho se ha de en-

(8) Leyes 13 y 16 tít. 15 Part. 7.

(9) Ley 14 de dicho tít. 15.

(k) En general, todo daño puede causarse por dolo ó malicia, por culpa, ó por caso fortuito. Si uno, por ejemplo, pone fuego á mi casa con designio premeditado, ó por pura malicia, debe ser castigado como incendiario, y condenado además, á la satisfaccion de los daños y perjuicios que me hubiere ocasionado. Si lo hubiese puesto sin malicia, pero por su culpa ó imprudencia, aunque no incurrirá en la pena de incendiario, será condenado á la indemnizacion; pues aunque es una desgracia que los hombres esten espuestos á ser negligentes, imprudentes ó indiscretos, es mucho mas justo que el mal de la imprudencia, negligencia ó indiscrecion recaiga sobre el que la ha cometido, que no sobre el que ninguna parte ha tenido en ella. Ultimamente, si el incendio de mi casa procede de caso fortuito,

tender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido [\*].

sin que medie culpa ni imprudencia de persona alguna, nadie me será responsable, porque el caso fortuito, como se ha dicho, no se presta ni en los delitos ni en los contratos.

[\*] En la ley 18 tit. 15 Part. 7 se confirman dos capítulos de una ley que habia en el derecho de los romanos llamada *Aquilia*, y dispone: que si alguno se querella delante del juez del daño que le fué hecho por razon de que le mataron algun siervo, caballo ú otro cuadrúpedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son mas útiles, debe pagarle el que le hizo el daño, tanto quanto mas podria valer aquel animal desde un año antes, hasta el dia en que lo mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas ú otros males que los empeoraron; ó si matasen ó hiriesen otras bèstias, quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberán pagar tanto, quanto mas podía valer la cosa en que se recibió el daño desde treinta dias ántes hasta aquel en que sucedió. Y no solo debe resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, sino tambien los menoscabos que se ocasionaron al dueñb. Mas para que haya obligacion á este resarcimiento, es preciso que el daño haya sido hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaria obligado el que lo causó, segun dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse, que en el dia no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hácia atras, sino que se tasa á arbitrio del juez, y se manda pagar. Ley 1 tit. 4 lib. 4 del Fuero Real.

## TÍTULO IV.

### DE LAS INJURIAS.

#### SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| 1. Qué es <i>injuria</i> y cómo se divide.                  | 6 De los famosos libelos ó <i>pásquines</i> .  |
| 2 No habiendo dolo no hay <i>injuria</i> .                  | 7 Pena del que desentierra los muertos.  |
| 3 <sup>a</sup> Esta puede hacerse directa ó indirectamente. | 8 Dentro de qué término debe intentarse la acción de <i>injurias</i> , y modos por los cuales se estingue. |
| 4 Qué acciones nacen de este delito.                        |  |
| 5 De las palabras llamadas de la ley.                       |  |

**E**l último delito privado es la *injuria*, por cuyo nombre entendemos aquí: *cualquiera dicho ó hecho dirigido á la afrenta ó desprecio de otro* (1). De esta definición nacen varias divisiones: como segun dijimos, la *injuria* sea un *dicho ó hecho*, se sigue que toda *injuria* será ó *verbal*, que se hace por medio de palabras de menosprecio, ó *real* cuando con hechos se daña la fama de otro: v. g., dándole bofetadas ó azotes (2). Algunos añaden otras dos especies, á saber: *escrita*, que se hace por letras, y *pintada*, con pinturas denigrativas, ó dirigidas á la burla ó deshonor de alguno (3); pero no hay inconveniente en reducir la *escrita* á la *verbal*, y la que se hace por pinturas, á la *real* ó de hecho (1). Mas

(1) Ley 1 tit. 9 Part. 7. *Injuria tanto quiere decir en romance, como deshonor que es fecha ó dicha á otro á tuerto ó á despreciamiento del.*

(2) Dicha ley 1.

(3) Ley 3 tit. 9 Part. 7.

(1) Aunque en la ley 1 tit. 9 Part. 7 se sienta que todas las maneras de deshonoras descienden de dos raíces, esto es, de *palabra* ó de *hecho*, de la misma ley y de la 3<sup>a</sup> siguiente se deduce que la *injuria* es ó *verbal*, ó *real*, ó *literal* ó *escrita*, la cual puede tam-

como una injuria puede ser mayor ó menor que otra, de allí es que unas se llaman *simples*, y otras *atroces* (4). *Simple* se llama aquella en que no se encuentran circunstancias algunas que la agraven. *Atroz*, por el contrario, es la que está agravada por cualquiera circunstancia de aquellas que juzgando prudentemente exasperan demasiado la injuria. Tales son: 1º La atrocidad del hecho; v. gr. azotar á alguno. 2º La publicidad del lugar; v. gr., si uno es injuriado en el templo, ó en una plaza pública. 3º La dignidad de la persona; v. gr., si es un obispo, ó un magistrado el injuriado. 4º El tiempo; v. gr., si injurian á alguno al tiempo de celebrar su matrimonio (5) (m).

bien ser *manuscrita* ó *impresa*; cuya division trímembre nos parece mas exacta y cómoda, atendido el estado actual de nuestra legislación. Se advierte que, aunque queda esento de pena el que atribuye de palabra algun delito á otro, si lograre probarlo siempre que interese el bien público en ello, no sucede así al que lo imputa por escrito, pues éste no es admitido á justificar la certeza de lo que dice, respecto á que la infamia ó deshonra que causan los libelos es de un carácter mas grave y permanente, mientras que la de las injurias verbales se olvida con mas facilidad: ley 1 tit. 9 Part. 7, y glosa 7 de Gregorio Lopez.

(4) Leyes 20 allí, y 85 y 143 del Estilo.

(5) Dicha ley 20 tit. 9 Part. 7. Véase la ley 12 tit. 5 lib. 4 Fuero Real.

(m) También son graves ó atroces las injurias por razon de la parte del cuerpo en que se haga el daño, como si se hace en los ojos ó en la cara: por razon del modo, como si se hacen por escrito ó libelo famoso, *quia verba volant et scripta manent*: por la trascendencia de la imputacion injuriosa, como si se atribuye á alguno, ó se le echa en cara á presencia de otro,

2—De la misma definicion se colige, que debe haber en el injuriante ánimo ó intencion de menospreciar, por lo cual, sin dolo no habrá injuria; y así, no será reo de este delito, ni el infante ni el furioso y demente, aun cuando digan ó hagan algunas cosas capaces de deshonorar. (6). Tampoco se deberan tomar por injuria las palabras que se dijeren por chanza; aunque en esto se debe tener consideracion á la dignidad de la persona con quien se chancea, pues sería una excusa frívola la de un particular ó plebeyo, que habiendo dicho á un príncipe ó magistrado palabras indecentes, dijese que habia sido por chanza, sabiendo todos que con semejantes personas no se ha de chancear de manera que se les pierda el respeto. Finalmente: no es reo de injuria el que dijo, ó hizo alguna cosa por enmendar ó corregir á otro sobre quien tenia autoridad: v. g., un ministro de la iglesia, un juez, un maestro. Pero como esto se funda en presuncion, admite pruebas en contrario; y así, si se puede probar que un ministro de la iglesia, no por correccion, sino con ánimo de injuriar y para desahogar su ira, reprendió gravemente á otro, se podría intentar contra él accion de injuria.

3—Finalmente: se dice en la definicion que el hecho ó dicho debe ser dirigido á despreciar al otro, lo que puede acontecer de dos modos: ó *directamente*, de suerte que nuestra misma persona sea injuriada; ó *indirectamente*, de modo que nos venga el despre-

cualquier delito ó vicio que pueda atraerle responsabilidad criminal, ó el ódio ó desprecio de las gentes del pueblo: leyes 20 tit. 9 Part. 7, y 1 tit. 23 lib. 12 Nov. Recop.

(6) Ley 8 tit. 9 Part. 7.

cio por medio de alguno de los de nuestra familia: v. g., un padre tiene accion por la injuria que se haga á un hijo suyo: un marido por la injuria hecha á su muger; y un señor por la hecha á su siervo, siempre que se conozca la intencion de injuriarlo á él (7).

4—Hemos visto qué sea la injuria, y de cuántas maneras se haga: siguese ahora ver las acciones que nacen de este delito. Atendido nuestro derecho, el injuriado solo tiene una accion para pedir una de dos penas; ó multa pecuniaria, ú otra especie de castigo correspondiente á la gravedad de la injuria; pero no puede pedir uno y otro (8). La pena que se debe imponer á cada injuria no está señalada en las leyes, ni es posible que se señale para todas; por lo cual se deja al arbitrio del juez atendidas las circunstancias de la gravedad de la injuria, y persona injuriada (9). Mas hay algunas injurias que por su particularidad tienen penas señaladas por las leyes. La 1ª es tomar ó apoderarse de los bienes de alguno, como si fuese deudor sin mandato del juez, estando enfermo de enfermedad de que despues muere. En este caso intentada la accion de injurias por sus herederos, tiene el injuriante la pena de ser infame, perder lo que se le debía, y ademas pagar otro tanto de lo que importaba la deuda, y tambien pierde la tercera parte de sus bienes, que será para la cámara del Rey; y si el enfermo nada debía, se confiscará al injuriante la tercera parte de sus bienes á favor de los parientes del difunto por la injuria hecha á él; y á ellos se les pagará lo que estimare el juez (10).

(7) Ley 21 tit. 9 Part. 7.—(8) Dicha ley 21.

(9) Ley 21 tit. 9 Part. 7.—(10) Ley 11 tit. 9 Par. 7.

5—La 2ª es llamar á alguno con los nombres injuriosos de *gaso*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á alguna muger casada *puta*, ú otros semejantes. La pena impuesta al que dijere estas injurias es haber de desdecirse ante el juez y testigos, al plazo que se le señale (n), y ademas pagar la multa de mil quinientos maravedis, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. En el caso de ser hidalgo el injuriante, no debe ser condenado a desdecirse; pero ha de pagar quinientos maravedis mas, con la misma aplicacion, y otras penas a arbitrio del juez (11). Al que llamare á otro *tornadizo* ó *marrano*

(n) Esto es lo que se llama *cantar la palinodia* y debe verificarse en los términos prevenidos en la ley 2 tit. 3 lib. 4 del Fuero Real, diciendo el injuriador que *mintió* en cuanto dijo contra el injuriado. La palinodia no se impone sino en las injurias graves; y en las simples ó livianas, que por otra parte estan claras y espresivas, se decreta solo la *deprecacion* ó súplica de perdón, por la cual manifiesta el injuriante que se arrepiente de sus denuestos y ruega al ofendido le perdone; mas en las injurias de sentido ambiguo se prescribe la *declaracion de honor* obligando al reo á decir que tiene y ha tenido siempre al ofendido por persona honrada y de buen proceder, y que no fué su intencion causarle agravio. Algunos tribunales, para evitar los incidentes que suelen ocurrir entre el ofensor é injuriado por las espresiones poco satisfactorias con que aquel se produce á veces en su palinodia ó retractacion, acostumbran omitir esta diligencia, limitándose á hacer en la sentencia la competente declaracion honorifica en favor del injuriado, y á condenar al injuriante en las penas é indemnizaciones que estimen mas proporcionadas y convenientes. *ESCRICHE*, palabra *Injuria*.

(11) Ley 2 tit. 10 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 23 lib. 12 Nov. Rec. Véase la ley 11 tit. 10 lib. 5 Rec. de Ind.

con ánimo de despreciarlo por haberse convertido de otra ley á la cristiana, se le impone la multa de diez mil maravedis para la cámara del Rey, y otros tantos al injuriado; y si no pudiere pagarlo todo de pronto, sea puesto en un cepo el tiempo de un año, y si ántes pudiere pagar, salga de la prision (12). El piadoso fin de esta ley es manifiesto. Por otras palabras injuriosas menores que las referidas, se impone la pena de dos mil maravedis para la cámara ó mas, á arbitrio del juez.

6—La 3.<sup>a</sup> es escribir famosos libelos llamados *pasquines* (o), en los cuales se imputan delitos graves, ó se descubren los verdaderos con la mira de deshonrar en el público á otros. La pena impuesta á estos delincuentes, segun derecho, debe ser la misma que corresponde al delito que se imputa al ofendido, si le fuese probado. Tiene lugar contra los que componen el libelo infamatorio ó le escriben, y contra los que hallándolo primeramente no lo rompen, sino que lo muestran á otros (13).

7—La 4.<sup>a</sup> es la que se hace contra los muertos, desenterrando los cuerpos y arrojando ó arrastrando los huesos por desprecio: el que hiciere esta especie de injuria tiene la pena de diez libras de oro para la cámara, y si no las pudiere pagar, debe ser desterrado para siempre (14).

(12) Las mismas leyes de la Rec. de Cast.

(o) Nombre tomado de la estatua de *Pasquino* en Roma, en la que se acostumbraba fijar esta especie de escritos. Véase la ley 3.<sup>a</sup> tit. 11 lib. 12 de la Novis. Rec. que trata de esta clase de delitos, y hace prevenciones sobre la manera de proceder y castigos que deben imponerse á los delincuentes y cómplices.

(13) Ley 3.<sup>a</sup> tit. 9 Part. 7.

(14) Ley 12 allí.



8—El tiempo determinado por derecho para intentar las acciones de las injurias, sea civil, sea criminalmente, es un año útil, pasado el cual espira este derecho, porque se presume que el ofendido perdonó la injuria (15). Se acaba también la acción por condonación ó remisión de la injuria, la que puede hacerse expresa ó tacitamente, como si después de haberla recibido comiese ó bebiese, ó jugase amigablemente con quien le injurió, en su casa ó en la de otro (16). El último modo de extinguirse la acción es la muerte, tanto del injuriante como del injuriado, porque no pasa á los herederos, ni se dá contra ellos, como concedida para la venganza (17), si no es en dos casos. El 1º cuando acaece la muerte después de contestado el pleito, en cuyo caso continuará con los herederos; y el 2º en la injuria hecha al enfermo en los términos que dijimos, ó á los muertos (18) (p).

(15) Ley 22 tít. 9 Part. 7.

(16) Dicha ley 22.—(17) Ley 23 del mismo tít. 9.

(18) Leyes 11, 12 y 23 tít. 9 Part. 7.

(p) Como un documento digno de verse aquí, nos será permitido reproducir, por conclusión de este título, lo que los Emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio escribieron á Rufino, prefecto del Pretorio. «Si alguno (le dijeron) hablare mal de nuestra persona ó de nuestro gobierno, no queremos castigarle: si habló con ligereza, se le debe despreciar: si por locura, es digno de compasión; y si profiere injuria es menester perdonarle. Así, pues, dejando las cosas en su ser y estado, las pondreis en nuestra noticia para que juzguemos de las palabras, y pensemos bien si se les ha de formar causa ó despreciar. *Si id ex levitate processerit, contemnendum est: si ex insania, miseratione dignissimum; si ab injuria, remittendum.* Ley única, Cod. *Si quis imperat maled.*»

## TÍTULO V.

## DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CUASI DELITO.

## SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| 1 Definición y especies de los cuasi delitos                                      | tiene una cosa colgada sobre la calle y cae y hace daño.             |
| 2 Del cuasi delito que comete el juez sentenciando mal.                           | 6 Continuación de la misma materia.                                  |
| 3 Continuación de la misma materia  | 7 Del cuasi delito que pueden cometer los marineros, taberneros, &c. |
| 4 Del cuasi delito que se comete derramando ó arrojando algo capaz de hacer daño. | 8 De la misericordia intempestiva y de la connivencia.               |
| 5 Del que se comete cuando uno  |  |

**H**abiendo tratado ya de los delitos privados de hurto, rapiña, etc., siguense los *cuasi delitos*, los que, segun dijimos arriba, son: *unos hechos ilicitos cometidos por sola culpa y sin dolo alguno* (1). De éstos se trataran seis en este titulo: 1º el cuasi delito del juez que por ignorancia juzga mal: 2º el del que de su casa arrojó ó derramó alguna cosa capaz de dañar á los que pasan: 3º el del que tiene alguna cosa colgada sobre las calles, con peligro de que caiga: 4º el de los maestros de navio, mesoneros, etc., cuando los caminantes ó pasajeros reciben daño: 5º el de la misericordia intempestiva; y 6º el de la condescendencia ó connivencia.

2—El primer cuasi delito es el del juez que sentencia mal. Mas en éste se deben distinguir tres casos: 1º cuando el juez, por dolo ó intencion directa de dañar, juzga mal: v. g., por amor, odio, ó corrompido por dinero: 2º cuando por necesidad ó ignorancia, como si hacen magistrado á un labrador que quiera medir á brazadas el derecho que nunca

(1) Arg. de la ley 23 tit. 13 Part. 7.

aprendió; y el 3º cuando algun juez de aquellos que no son letrados dió sentencia con parecer de asesor. En el primer caso, es el juez reo de un verdadero delito; y si la causa fuere civil, tiene la pena, no solo de pagar otro tanto quanto hizo perder á aquel contra quien dió la sentencia, con las costas, daños y perjuicios, sino tambien de ser removido del oficio y quedar infame. Mas si fuere criminal, debe él recibir en sí la pena que impuso al otro injustamente, aunque sea la de muerte; y aun cuando se le perdona la vida, debe ser desterrado perpetuamente, quedando infame y confiscados todos sus bienes (2). Mas en el caso de que se haya dejado corromper por dinero, á mas de las penas establecidas contra el que juzga mal por amor ó por ódio, debe pagar á la cámara del Rey el tres tanto mas de lo que recibió; y si no lo habia aun recibido, el dos tanto; y la sentencia que así fuere vendida, es nula aun cuando no se apele de ella (3). En el tercer caso, atendido el derecho que gobierna en España, determinando el juez con acuerdo de asesor, sea de los que nombre el Rey, sea nombrado por él mismo, no es responsable sino solo el asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colusion ó fraude (4). Mas en la América, por otra disposicion posterior, aunque son tambien responsables los asesores á las resultas en todas aquellas causas ó pleitos de derecho que determinan los jueces con-

(2) Leyes 24 y 25 tít. 22 Part. 3; y véase tambien la ley 7 tít. 7 lib. 3 Rec. de Cast. Ley 6 tít. 12 lib. 7 Nov. Rec.

(3) Dicha ley 24 tít. 22 Part. 3.

(4) Son palabras de la Real cédula de 22 de setiembre de 1793. Ley 9 tít. 16 lib. 11 Nov. Rec.

forme á sus dictámenes; en asuntos gubernativos es igual la responsabilidad de jueces no letrados y sus asesores (5).

3—Resta, pues, solamente el tercer caso, en el cual un juez de los que deben ser letrados sentenció mal por ignorancia. Entónces, es reo de un cuasi delito, porque aunque segun suponemos, no procedió con intencion de dañar, pero obró mal, ejerciendo el oficio de juez, sin la correspondiente instruccion en el derecho, ó sin consultar á los jurisperitos en los casos árdulos, en lo cual consiste su culpa (6). La pena que se le impone es, que pague á la parte dañada todo el importe de la pérdida ó menoscabo que sufrió por razon de la sentencia injusta que dió contra ella (7) (q).

(5) Real cédula de 2 de julio de 1800.

(6) Ley 24 tit. 22 Part. 3.

(7) La misma ley, en el medio.

(q) Segun la ley de Córtes de 24 de marzo de 1813, que trata de la responsabilidad de todos los empleados públicos, son prevaricadores los jueces que *á sabiendas* juzgan contra derecho por afecto ó por desafecto hácia alguno de los litigantes ú otras personas: por este delito deben ser privados de su empleo é inhabilitados perpetuamente para obtener oficio ni cargo alguno, debiendo pagar á la parte agraviada todas las costas y perjuicios, y si cometieren la prevaricacion en alguna causa criminal, sufrirán ademas la misma pena que injustamente hicieron sufrir al procesado: ademas de estas penas, sufrirán tambien la de ser declarados infames y pagar lo recibido con el tres tanto para los establecimientos de instruccion pública, si juzgaren *á sabiendas* contra derecho por soborno ó por cohecho; y el majistrado ó juez que por *falta de instruccion ó por descuido* falle contra ley espresa, y el que por contravenir á las leyes que arreglan el pro-

4—El segundo cuasi delito consiste, en que de la casa de nuestra morada se haya arrojado ó derramado algo capaz de dañar, como piedras, tejas ó inmundicias hácia la calle pública por donde los moradores de la ciudad acostumbran pasar. Con este hecho, si alguno ha sido dañado, queda obligado el inquilino, ó poseedor de la casa, aunque él no fuese el que arrojó ó derramó aquellas cosas, no por culpa imputada, sino porque verdaderamente él no carece de culpa en tener dentro de su familia unos criados tan descuidados. Si fueren muchos los que arriendan la casa, si se puede saber quien echó ó derramó, él solo estará obligado al daño; pero si no, todos lo deberán pagar (r). Mas en esto se deben distinguir varios casos. El 1º cuando por lo derramado ó arrojado se ha causado un daño estimable: v. g., si un animal ha sido muerto, ó el vestido de alguno ha sido manchado: entónces se dá accion al interesado contra el inquilino, pero no contra sus herederos, por ser penal, para que le paguen doblado el daño que recibió (8). El 2º es, cuando el daño es inestimable: v. g., si ha sido muerto un hombre libre: en cuyo caso se deben pagar por el causante cincuenta maravedís de oro, por mitad, a los herederos del difunto y á la cámara del Rey (9).

ceso dé lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año, y si reincidiere, sufrirá igual pago y será privado de empleo, é inhabilitado para volver á ejercer la judicatura. Cap. 1 n. 1, 2, 3, 4 y 7.

(r) Escluyéndose no obstante los huéspedes, á ménos que ellos hayan sido los autores del daño, el cual deberá pagarse doblado: ley 25 tít. 15 Part. 7.

(8) Ley 25 tít. 15 Part. 7.—(9) Dicha ley 25.

El 3<sup>er</sup> caso es, si un hombre libre no ha sido muerto, sino herido ó dañado de otro modo en su cuerpo. Mas como entónces ni la herida ni el dolor admiten estimacion, sería justo se pagasen las pérdidas que hubiese tenido con motivo de cesar en sus trabajos, y los gastos hechos en la curacion.

5—El tercer cuasi delito se comete cuando uno tiene alguna cosa colgada sobre la calle por donde comunmente transitan, la cual puede facilmente caer y causar daño. Para el que esto hiciere, si lo acusaren y se hallare que la cosa que estaba colgada en verdad, podria caer y hacer daño, aunque todavía no se haya verificado, se le impondrá la pena de diez maravedis de oro, la mitad para el acusador, y la otra mitad para la cámara del Rey, con obligacion á mas de esto, de quitar la cosa ó ponerla de modo que no pueda caer (10). La razón de esta pena es, porque interesa á la república el que todos puedan caminar sin peligro por las calles, y demas caminos públicos. Mas si la cosa que estaba suspensa ó colgada, cayese é hiciere daño, lo debe pagar doblado; y si este fuese muerte de algun hombre deberá dar 50 maravedis para sus herederos y cámara del Rey por mitad (11).

6—Si el reo de este cuasi delito ó del antecedente fuere hijo de familias que vive en casa separada de la de su padre, se intentará la accion contra el mismo hijo de familia; y siendo condenado será reconvenido el padre por el valor de lo juzgado y sentenciado hasta donde alcance el peculio del hijo, si lo tiene.

7—En el cuarto cuasi delito, que es el de los marineros, taberneros y caballericos, se deben dis-

(10) Ley 26 tít. 15 Part. 7.—(11) Dicha ley, al fin.

tinguir tres casos, para que no se confundan cosas muy diversas. El primero, cuando los mismos marineros, venteros etc. hurtaron ó hicieron algun daño en las cosas de los caminantes; y entónces son reconvenidos por un verdadero delito: v. g., con la accion de hurto, ó la que corresponda. El segundo, cuando el daño no ha provenido de los mismos mesoneros etc., sino de los estraños: v. g., de los compañeros ó viajantes que van en el mismo navío, ó posan en el mismo meson; y entónces la accion que hay contra los maestros de navío ó mesoneros, es de cuasi contrato. La razon es, porque cuando recibieron las cosas ajenas en su nave, ó en su meson ó venta, se presume que tácitamente prometieron la custodia de ellas; y por tanto tiene accion el agraviado para que le restituyan todo lo que intrujo, y le resarzan los daños y perjuicios. Finalmente: el tercer caso es, cuando el daño ha provenido de los individuos de la familia del mestre, ventero ó caballericero; y entónces la accion que se dá contra él es de cuasi delito: su culpa consiste en que se acompaña o se sirve de hombres malos, por lo cual es justo que sea responsable á los daños que provinieren de su mala conducta (12). De lo dicho se vé claramente, que solo este caso pertenece á este título, por ser una de las especies de cuasi delito. En virtud de él, se dá accion al que sufrió el daño contra el mestre del navío, ventero ó tabernero que recibió las cosas, para que restituya el doble de lo perdido ó deteriorado (13); mas no contra sus herederos, por ser penal en todo lo que escede de la estimacion de la cosa. De donde se infiere la diferencia que hay entre esta accion, y la o-

(12) Ley 7 tit. 14 P. 7.—(13) Dicha ley, en el medio.

tra que nace de cuasi contrato. Ésta, como que es de cuasi delito, es penal, como dijimos; la otra por ser de cuasi contrato, es persecutoria de la cosa solamente: aquella no se dá contra los herederos, y esta sí: con aquella se pide el doble, y con ésta solamente la verdadera estimacion de la cosa; una y otra es perpetua, lo cual es particular en la accion de este cuasi delito, por durar casi todas las acciones penales solo un año. Con todo, es mejor y mas seguro intentar la accion de cuasi contrato, que no la de cuasi delito: ya porque en el dia no están en uso las acciones en que se piden los dos ó tres tantos mas, ya porque en ella es mas fácil la prueba, quando se intenta la de cuasi contrato; pues en ésta se prueba solamente, que mis cosas fueron recibidas en la nave, meson ó taberna; y en la otra debo probar, que alguno de los de la familia del maestre ó ventero las hurtó ó causó el daño (s).

8—La misericordia intempestiva, y la condescendencia ó connivencia, son los otros dos cuasi delitos de que hicimos mencion arriba. La misericordia en sí, es un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicio, así sucede en ésta que por ser intempestiva y no conforme á las reglas de la recta razon, es un cuasi delito. De esto se pueden figurar muchos casos: v. gr., si uno, viendo á un siervo ageno preso, movido de lástima lo pone en libertad, y éste huye: si un carcelero por el mismo motivo deja escaparse á un reo de la cárcel: si un juez consiente que huya un malhechor á quien debia condenar, y otros semejantes. La razon porque todos estos son cuasi delitos, es porque en estos

(s) Véase la ley 26 tit. 8 Part. 3 y nota (nn) pág. 64 del tomo III.



casos no debe tener lugar la misericordia, sino solamente la severidad y administracion de justicia. La connivencia es una tolerancia por la cual permite uno, que se haga un delito que podia y debia impedir: v. g., si uno que está al cuidado y gobierno de otro, admite un desafio, y el pedagogo lo sabe, pero lo disimula, no hay duda que esta condescendencia es digna de castigo; y así, en ámbos casos se dará la accion correspondiente. Se han traído por ejemplo estos dos cuasi delitos, para que no se crea que no hay mas que los cuatro de que se hace mencion en las instituciones de Justiniano (t).

(t) El propietario de un animal, ó el que se sirve de él, es responsable del daño causado por el animal, sea que estuviese bajo su custodia, sea que se hubiese escapado: leyes 22, 23 y 24 tit. 13 Part. 7. El dueño de un edificio lo es del daño causado por su ruina, en caso de que ésta hubiese sucedido por vicio de construccion, ó por falta de reparacion: ley 10 tit. 32 Part. 3.—En una palabra, todo hombre debe responder no solo del daño causado por hecho propio, ó por su negligencia ó impericia, sino tambien del causado por hecho de las personas que tiene á su cargo y de las cosas que estan en su poder, siempre que de su parte hubiese alguna culpa. ESCRICHE, palabra *Cuasi delito*.




## TÍTULO VI.

### DE LAS ACCIONES.

#### SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| 1 Razon del orden.  | un hecho lícito.   |
| 2 Qué es <b>accion</b> y cual su origen é inteligencia.   | 23, 24 De las que nacen de los <b>contratos verdaderos</b> .   |
| 3 Division de las acciones.   | 25 De las que provienen de los <b>contratos nominados</b> .  |
| 4 Primer division de las acciones en <b>reales, personales y mistas</b> .   | 26 De las que nacen de los <b>cuasi contratos</b> , y de la llamada <b>funeraria</b> .                                 |
| 5 En qué consiste la naturaleza de las acciones <b>reales</b> .   | 27 De las que nacen de un hecho <b>ilícito</b> , y de la <b>condicion por causa torpe</b> .                            |
| 6 De las acciones <b>reivindicatoria, publiciana y resisoria</b> .  | 28 Continuacion de la misma materia  |
| 7, 8 Continuacion de la misma materia.  | 29 De la accion llamada <b>distrahendis rationibus</b> .   |
| 9 Segunda especie de las acciones reales que nacen del derecho hereditario.   | 30 De las que nacen de los <b>cuasi delitos</b> .  |
| 10 Tercera especie, que comprenden de las acciones <b>confesoria y negatoria</b> .  | 31 De las acciones llamadas <b>mistas</b> .  |
| 11 Cuarta especie de las acciones reales que nacen del derecho de prenda y son llamadas <b>serviana</b> , y <b>cuasi serviana ó hipotecaria</b> . | 32, 33, 34 De las que se conocen con los nombres de <b>finium regundorum, communi dividundo y familiae eriscunda</b> . |
| 12 Cual es la accion <b>cuasi serviana ó hipotecaria</b> .  | 35 De la accion de <b>peticion de herencia</b> .   |
| 13 De las acciones <b>prejudiciales</b> .   | 36 De la de <b>inoficioso testamento</b> .   |
| 14 Cuales son las acciones <b>personales</b> , y cual su origen.  | 37 38 De la accion <b>pauliana</b> .   |
| 15 En qué consiste la naturaleza de las acciones personales.  | 39 Otra division de las acciones en <b>persecutorias de la cosa, penales y mistas</b> .                                |
| 16, 17 Cual es la accion <b>ad exhibendum</b> , llamada tambien <b>exhibitoria ó preparatoria</b> , y en qué casos tiene lugar.                   | 40 De las acciones que se dan para pedir el duplo, tres tanto, &c.   |
| 18 De la accion <b>interrogatoria</b> y a quénes compete.   | 41 42 De las acciones llamadas <b>de buena fé, de rigoroso derecho y arbitarias</b> .                                  |
| 19 Tambien son acciones personales las de los <b>interdictos</b> y restituciones <b>in integrum</b> .   | 43, 44 De la <b>plus peticion</b> y de cuantos modos puede verificarse.  |
| 20 De la accion llamada <b>condicion sin causa</b> .  | 45 De las acciones por las cuales se pide el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se pide ménos.             |
| 21 De la accion ó <b>condicion por ley</b> .  |  |
| 22 De las acciones que nacen de   |  |

46 De la acción de *peculio*.47 De la de *compensacion*.48 Del beneficio llamado de *competencia*, y quienes lo gozan.

 Hemos concluido ya la esplicacion de las dos primeras partes de las instituciones. Estas, segun se ha dicho en otro lugar, se dividen por los tres objetos del derecho: *personas, cosas y acciones*. De las personas se ha tratado en todo el libro I; de los derechos de las cosas en los libros II y III, y hasta este título del IV. Resta tratar del tercer objeto, conviene á saber: las *acciones*.

2—La *accion* se puede considerar de dos maneras: ó como una cosa incorporeal que está en nuestro patrimonio, y entonces pertenece al segundo objeto del derecho; ó se toma como un medio legítimo de perseguir en juicio el derecho que nos compete, y entonces corresponde al tercero, de que vamos á tratar. En este sentido, pues, se define la acción: *un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen á cada uno, tanto en la cosa, como á la cosa*. Tiénese por cierto que toman su origen del derecho de gentes, pues formadas ya las sociedades civiles, y establecidas las supremas potestades, no fué mas lícito á los privados exigir por fuerza que se atiendan sus derechos como lo era en el estado natural, sino que deben ocurrir á los magistrados, para que en virtud de la autoridad que les compete por su oficio, compelan al que resulte reo, á estar á derecho con el que se queja; y á esto llamamos *accion*.

3—De éstas hay varias divisiones ó diversas clases, atendida la diversidad de los derechos que se desean ver cumplidos, y lo que se consigue cuando se intentan del modo que ha establecido el derecho. Hay, pues, una clase de acciones que se llaman

*reales*, otra de *personales*. Unas acciones hay que son *persecutorias de la cosa sola*, y otras *de solo la pena* que está impuesta para aquel caso; y otras con las que se consigue la cosa y la pena, que también se llaman *mistas*. Hay unas que se dan para conseguir el un tanto, otras el dos, otras el tres y aun el cuatro. Hay otras acciones que se llaman de buena fé, otras de riguroso derecho, y otras arbitrarias. Finalmente: con unas acciones se consigue el todo de lo que se debe, y con otras ménos, en ciertos casos. De cada clase de las referidas trataremos separadamente.

§. I.

*De las acciones reales, personales y mistas.*

4—La primera division de las acciones, es en *reales* y *personales*: aquellas nacen del derecho en la cosa, y éstas del derecho á la cosa. Mas por esto no se niega que hay algunas que son *mistas*; pues aunque éstas siempre se acercan mas, ó a las reales ó a las personales, esto no impide que se puedan llamar *mistas* (u). Como las acciones reales traen su origen del derecho *en la cosa*, siendo éste de cuatro maneras, resultan otras tantas fuentes de acciones reales. Nacen, pues, unas del dominio: otras del derecho hereditario: otras de las servidumbres; y otras del derecho de prenda.

5—La naturaleza de las acciones reales consiste en dos cosas. La 1ª es, que todas nacen de alguna especie de derecho *en la cosa*, es decir, que solo hay accion real cuando no es la persona, sino la cosa misma la que nos está obligada. Esto se verifica

(u) Véase la ley 3 tit. 8 lib. 11 Nov. Rec., en la que se halla adoptada y se dá por supuesta esta division.

solamente en el *dominio*, *herencia*, *servidumbre* y *prenda*. La 2ª que todas estas acciones se dan contra cualquier poseedor, aunque éste no haya tratado con nosotros. Al contrario sucede en las acciones personales, las cuales solo se dan contra aquel con quien tratamos, y no contra un tercero poseedor [\*]. Diremos pues, que *accion real* es: *aquella con la cual pedimos una cosa en que tenemos derecho, aun á aquel que por ningun contrato nos está obligado* (1).

6—La primera especie de acciones reales comprende las que nacen del *dominio*. Estas son tres, llamadas *reivindicatoria*, *publiciana* y *rescisoria*. La *reivindicatoria* es: *una accion real por la cual el que es dueño de una cosa la repite de cualquier poseedor, con sus accesiones y frutos, segun la calidad de la posesion* (2) [\*]. Si el reo, pues, pose-

[\*] El poseedor no puede tener accion real, porque seria estupidez pedir al juez lo mismo que ya se tiene: luego cuando éste intente alguna accion, será personal, solicitando se le ampare en su posesion, y se mande á otro que no le moleste en ella. No obstante, se encuentra un caso que sirve de escepcion á esta regla. Tal es la accion *negatoria*, que es real, y la intenta el que está en cuasi posesion de la libertad de su fundo. Tambien es regla general, que el dueño de una cosa no la puede pedir con accion personal, sino con real, que se llama *vindicacion*. Mas tambien tiene su escepcion en la cosa hurtada, pues para recobrarla se concede al dueño accion real y personal, consultando á facilitar el cobro, en ódio de los ladrones.

(1) Arg. de las leyes 2 tit. 3 y 1 tit. 28 Part. 3.

(2) Ley 40 tit. 28 Part. 3.

[\*] Es consiguiente á las disposiciones de derecho, que solo el título para adquirir, sin preceder entrega de la cosa, no produce el derecho de vindicar, sino u-

yere de buena fé, restituirá de los frutos industriales los existentes solamente, y todos los naturales, aun los consumidos (3); pero si con mala fé, ningunos frutos hace suyos, y solo podrá retener las expensas útiles (4). *se llama directo, cuando de*

*menos ple  
no*

7—Cuando esta accion se intenta en virtud de un dominio pleno, se llama *útil*. Mas aunque esta accion sea en sí muy natural, es bastante difícil de intentarse, por razon de que en ella debe el actor probar el dominio que tiene en la cosa, la cual prueba no es tan fácil como á primera vista parece. Si no ha cumplido el tiempo necesario para la prescripcion debe probar que no solo él adquirió con buena fé y justo título, sino tambien que aquel de quien hubo la cosa era verdadero dueño: de otra suerte el dominio que él no tenia, tampoco pudo transferir á nosotros (v). Para evadir esta dificultad, y que los que

na accion personal: que el comprador, ántes de verificarse la tradicion, no pueda usar de tal accion; y que concurriendo dos, no vindique el primer comprador no siendo entregado en la cosa vendida, ni tampoco aquel con cuyo dinero se compra la alhaja, á escepcion de si es pupilo, menor ó soldado, y de la muger á quien el marido, con dinero de ella, que no proceda de los bienes dotales, compre algo, pues á todos éstos se concede accion útil vindicatoria.

(3) Ley 39 tit. 28 Part. 3.—(4) Leyes 39 y 42, allí.

(v) La *reivindicacion* corresponde no solo por el dominio *directo*, sino tambien por el *útil*; y cuando el actor la entable por éste, no ha de pedir la *propiedad*, sino el *dominio*, pues aunque al parecer estas dos palabras significan una misma cosa, la segunda es mas estensa y general, como que abraza ambos dominios *directo* y *útil*, y la primera solo el *directo*: ley 27 tit. 2 Part. 3, y glosa 5 de Gregorio Lopez. Véase la nota (h) pág. 20 tomo II.

hubieron las cosas con buena fé y justo título, de los que no eran sus legítimos dueños pudiesen vindicarlas, se inventó la accion llamada *publiciana*. Por ella, el que con buena fé y justo título adquiere las cosas, aunque no las haya prescrito, las vindica de cualquier poseedor, no en virtud de la ficcion de estar prescrita que inventaron los romanos, sino por que es conforme al derecho natural, que el que posea con mejor título sea preferido al que lo tiene inferior, y reputado respecto de él como dueño (5). De donde se infiere, que esta accion no tiene lugar contra el verdadero señor que posee con un título mas fuerte, cual es el verdadero dominio, sino solo contra aquel que, ó posee sin título, ó con uno mas débil que el putativo dueño: que con ella el que adquirió mediante tradicion alguna cosa del que no era su legítimo dueño, con buena fé y justo título, perdiendo la posesion de ella puede vindicarla de cualquier poseedor, que se apoye en título menos firme, con todos sus frutos y acciones y del modo que con la verdadera reivindicacion (6).

8—Del mismo modo que la accion *publiciana*, se funda tambien en la equidad la llamada *rescisoria*, por la cual rescindiendo la prescripcion, se pide al poseedor la cosa que prescribió, como si nunca hubiera sido prescrita. No produce entre nosotros este efecto la ficcion inventada por los romanos, sino el beneficio de la restitution que se concede por el juez con justas causas: tales son, la menor edad, miedo grave, ausencia por causa de la república ó de estudios, y otras semejantes (7). Es, pues, la accion *rescisoria*: *un beneficio de restitution in in-*

(5) Leyes 13 tit. 11 Part. 3, y 50 del tit. 5 Part. 5.

(6) Dichas leyes.—(7) Ley 28 tit. 29 Part. 3.

*tegrum que se concede por justa causa á efecto de rescindir la prescripcion ya completa, y que el que prescribió restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones. De aquí se infiere, que esta accion debe durar cuatro años continuos (8).*

9—La segunda especie de acciones reales, nace del *derecho hereditario*. Éstas son dos: la *peticion de la herencia*, y la *querella de inoficioso testamento*; pero como ambas son mistas, se tratará de ellas despues de las reales y personales.

10—La tercera especie de acciones reales comprende aquellas que se dan con motivo de las *servidumbres*. Estas son dos: *confesoria y negatoria*. La accion confesoria es, una especie de vindicacion, y su fundamento es aquel derecho que afirmamos nos compete en la cosa agena. De consiguiente, si el otro niega corresponder este derecho, y procura impedir su uso, habrá accion contra él ó contra cualesquiera poseedores del predio, para que cesen de perturbar al actor en el uso de su derecho. Es, pues, la accion confesoria: *una accion real, que se dá al que tiene derecho de servidumbre contra cualquier poseedor del fundo sirviente, para que se declare por el juez corresponderle la tal servidumbre, condenando al reo en los intereses que haya perdido desde la perturbacion, y á que dé caucion de no perturbarle en adelante (9)*. Por el contrario: el fundamento de la accion negatoria, es la libertad natural que se presume en los predios: por ésto compete á sus dueños, contra aquel que intenta tener algun derecho en ellos, para que se declaren libres, se mande al reo no perturbar mas al poseedor,

(8) Dicha ley 28 tit. 29 Part. 3.

(9) Ley 21 tit. 22 Part. 3.



dando caucion al efecto, y que resarza los daños y perjuicios que haya causado. Es, pues, la negatoria: *una accion real que se dá al dueño de un fundo libre, contra cualquiera que intente tener servidumbre en él, para que se declare no deberla, y se condene al reo a la satisfaccion de los perjuicios causados, y á que dé caucion de no perturbar al señor en adelante.* Esta accion tiene varias cosas singulares: 1ª que siendo real se dá al poseedor, lo cual en solo este caso se verifica; y 2ª que debiendo siempre el actor probar su accion, aquí se le liberta de la prueba, y se manda al reo que lo haga; porque la libertad natural en la cual el actor pone el fundamento de su accion, se presume, y la presuncion transfiere el cargo de probar en el contrario. Se exceptúa el caso de que el reo esté en *cuasi posesion* de su servidumbre, pues entónces el actor debe probar su libertad.

11—La cuarta especie de acciones reales es de aquellas que traen su origen del *derecho de prenda*: no en cuanto es contrato, porque entónces no produce mas que accion personal, sino como derecho en la cosa. De él deducian los romanos dos acciones: una llamada *serviana*, y otra *cuasi serviana* ó hipotecaria; pero por nuestro derecho solo ésta es bastante [\*].

[\*] La accion *serviana* tenia lugar en un solo caso: éste era cuando alguno daba en arrendamiento un predio rústico, tomando del arrendatario algunas alhajas en prendas para la seguridad de la pension: si el arrendante perdía la posesion de alguna de estas cosas, tenia accion contra cualquiera poseedor de ellas, para que se la restituyese. Ahora por nuestro derecho, este efecto y todos los demas, estan refundidos en la *cuasi serviana* ó hipotecaria.

12—Se concede á toda especie de acreedores que hayan recibido prenda ó constituido hipoteca, para que habiendo perdido la posesion ó enagenándose los bienes hipotecados, los vindiquen de cualquier poseedor con sus frutos y dependencias (x). Dirémos, pues, que la accion llamada cuasi serviana ó *hipotecaria*, es por el derecho de España: *una accion real que compete á todo acreedor que haya recibido prenda, ó tenga hipoteca tácita ó espresa en los bienes de su deudor, para que perdiendo la posesion de la prenda ó enagenándose los bienes hipotecados, pueda repetirlos de cualquier poseedor, para retenerlos hasta la satisfaccion de su deuda* (10) (y).

(x) No debe confundirse la accion *hipotecaria* con la accion *pignoraticia*, pues ésta corresponde á aquel á cuyo favor obligó el deudor una cosa mueble, mientras que aquella compete cuando la cosa obligada es inmueble ó raiz. Véase la nota (ag) pág. 80 tomo III.

(10) Leyes 14 tit. 13 Part. 5, y 9 tit. 17 lib 3. del Fuero Real,

(y) El que usa de la accion *hipotecaria* contra un tercero poseedor, debe probar: 1º que la cosa hipotecada era del deudor, ó que el que la empeñó tenia poder para hacerlo; y 2º que efectivamente se la empeñaron ó hipotecaron: leyes 18 tit. 13 Part. 5 y 4 tit. 19 lib. 11 Nov. Rec. Asimismo debe hacer antes escusion en los bienes del deudor por la accion personal, porque si éste tiene con qué pagar, no puede reclamarse contra un tercero, á ménos que la escritura contenga el pacto de *no enagenar*, en cuyo caso no es necesaria dicha escusion para intentar la accion *hipotecaria*: ley 14 tit. 13 Part. 5. Ni tampoco cuando el principal deudor, estando pendiente el pleito y la demanda contestada con él, vende ó transfiere la hipoteca á un tercero: *Tapia*, lib. 3 tit. 1 cap. 1 n. 14.

13—A las acciones reales se agregan las *prejudiciales*, que son aquellas por las cuales se controvierte sobre el estado de alguno. Llámense así, ó porque siempre son prévias á otro juicio que se ha de intentar, ó porque la decision que se solicita por su medio, perjudica aun á otras personas entre las cuales nazca despues semejante cuestion, siendo regla general, que los pleitos solo perjudican á los que litigaron (11). Son reales, porque con ellas el actor intenta vindicar una cosa como suya: v. g., un señor á un siervo. Tantas son las acciones prejudiciales, cuantos son los estados de los hombres. Estos son tres: *de libertad, de ciudad y de familia*. Si uno sea libre ó siervo, es cuestion que pertenece al estado de libertad: si sea ciudadano ó extranjero, al estado de ciudad; y finalmente, si sea uno padre y otro su hijo, al estado de familia. Todas las acciones que se intentan para estas declaratorias son las que se llaman *prejudiciales*. Por ejemplo, un mozo se presenta al juez pidiendo la herencia de Ticio, como hijo suyo: los poseedores de ella niegan que sea hijo, ó que lo sea legitimo: esta, pues, será accion prejudicial. Tres son las principales que se conocen de esta especie. La primera es, la causa de libertad: en ella se encuentra una accion por la cual, ó el señor intenta volver á la servidumbre á su siervo que se tiene por libre, ó éste siendo en la realidad libre, y viviendo en injusta servidumbre, la intenta contra el que se reputa su señor, para que se le declare libre. La segunda tiene lugar, cuando alguno pretende se declare que es ingénuo y no libertino: esto es, que siempre ha sido libre, y que no ha recibido la libertad de aquel que se reputa como

(11) Ley 20 tit. 22 Part. 3.

su patrono. La tercera es, la que se llama de *agnoscendo alendoque partu*; y es una accion que se dá, ó bien contra el padre que niega al hijo la filiacion para que le reconozca, o bien contra el hijo para que haga lo mismo con su padre (12). Tambien tiene lugar esta accion en el caso de la herencia figurado arriba (z).

14—Las acciones *personales* son aquellas que nacen del derecho à la cosa: es decir, de la *obligacion*. Toda obligacion, segun hemos dicho ya (13), trae su origen ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó nace de estas mismas fuentes; pero mediante algun hecho obligatorio, el cual, o es licito, ó ilícito. En esta materia, despues de considerar la naturaleza de las acciones personales, trataremos en primer lugar, de las que nacen de la equidad inmediatamente: en segundo, de las que nacen de la ley: en tercero, de las que dimanen de hecho obligatorio licito; y en último, de las que provienen de hecho obligatorio ilícito.

15—La naturaleza de las acciones personales consiste en que todas traen su origen de la obligacion, ó como hemos dicho, del *derecho à la cosa*.

(12) Dicha ley 20 tit. 22 Part. 3.

(z) Estas acciones prejudiciales ó *perjudiciales* tienen tambien la particularidad de que cada uno de los litigantes puede ser actor ó reo, porque ámbos las pueden intentar, aunque se considera como actor el que las entabla. Véase la ley 17 tit. 6 Part. 6, que prescribe las diligencias que deben practicarse cuando una muger queda embarazada al tiempo del fallecimiento de su marido, para asegurarse de la verdad de su embarazo; aunque parece que dicha ley ha sido modificada por la 3 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real.

(13) Lib. 3 tit. 14 pág. 40.

A mas de esto, nunca se dan contra un tercer poseedor, sino solamente contra aquel con quien se trató, en lo que principalmente se diferencian de las reales [\*]. Veamos ahora sus diversas especies.

16—La primera, es de aquellas que nacen inmediatamente de la equidad; tal es en primer lugar, la accion llamada á *exhibir ó mostrar*. Exhibir es, dar á que se reconozca y vea públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion siempre que intentamos vindicar una cosa mueble, pero ignoramos si sera la nuestra ó nó: v. g., me han hurtado á mi un libro, y oigo que Ticio ha comprado uno del mismo nombre, y que segun las señales que se me dan de él puedo hacer juicio de que es el mio: más como no lo sé ciertamente, y Ticio no me lo quiere mostrar voluntariamente, puedo entablar contra él la accion llamada á *exhibir*. Esta, pues, es una accion destinada á *competer al poseedor de cualquier cosa mueble á manifestarla ó exhibirla en juicio cuando en él se introduce, ó quiere introducirse la peticion de ella; y caso de resistirse á la exhibicion, se le condene en cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion* (14). De aquí resulta que puede corresponder esta accion al que quiera demandar la cosa por accion real, y al que la solicite por personal, como se interese en la exhibicion (15). Pero seria inútil y no debe intentarse

[\*] Por derecho de los romanos habia otra diferencia entre las acciones reales y personales: ésta era que todas las reales se llamaban *vindicaciones*, y las personales *condiciones*, lo que provenia de la costumbre observada de citar al reo á dia señalado para comparecer en juicio, á lo que llamaban *condicere*.

(14) Leyes 16 y 23 tít. 2 Part. 3.

(15) Ley 16 en el principio tít. 2 Part. 3.

de las cosas inmuebles, sino precisamente de las muebles (16), pues las otras estan patentes á los ojos de todos. Se esceptúan los materiales que componen edificio, los cuales no se pueden exhibir ni vindicar por prohibirlo el derecho.

17—Puede compelerse á la exhibicion á quien de ella no se sigue perjuicio, pues esta obligacion nace de aquella regla de equidad natural que hemos establecido en otra parte: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*, ya se posea la cosa civil ó naturalmente, y tambien al que con dolo dejó de poseer, pero regularmente á espensas del que la solicite (17); y probando su derecho el actor, no solo se le ha de exhibir sino tambien restituir, debiendo estarse al juramento *in litem* del actor, cuando con dolo dejó de poseer la cosa, y segun él condenar al reo á la satisfaccion de cuanto jure; pero cuando sin dolo ni culpa del poseedor se deja de exhibir, puede obligarse por el juez á que dé caucion de hacerlo si vuelve á su poder (18). Tambien tiene lugar esta accion para obligar á los poseedores de instrumentos ó titulos á que los muestren a los que los necesitan, ó creen tener interes en ellos; y así, debe mostrarse el testamento de un difunto a aquel que se tiene por instituido de heredero ó con algun legado ó maulda en él, y todos aquellos documentos que favorecen la intencion de alguno (19); lo que se funda en la misma regla de equidad que hemos notado.

18—Otra accion de las que dimanar inmediatamente

(16) Dicha ley 16, y en ella Gregorio Lopez al n. 7.

(17) Ley 21 tit. 2 Part. 3.

(18) Véanse las leyes 16, 18, 19, 20, 21 y 22 tit. 2 P. 3.

(19) Ley 17 tit. 2 Part. 3 y 192 del Estilo.

mente de la equidad, es la *interrogatoria*, y corresponde á aquellos que para entablar otra accion necesitan de hacer preguntas al reo sobre puntos que les interesan. Un caso práctico de esta accion se nos presenta en el que quiere entablar ejecucion por alguna cantidad que se le debe: v. g., por préstamo, sin tener documento alguno, y si lo tiene no la trae aparejada. Este, pues, segun práctica del dia, debe presentarse al juez diciendo, que tanto tiempo há dió en calidad de préstamo tal cantidad á fulano, y que habiéndole reconvenido várias veces, se escusa ó rehusa el pago, por lo que le suplica se sirva mandar que el citado deudor bajo de juramento declare si es cierto haber recibido la espresada cantidad; y verificada la respuesta tiene ya la confesion del reo, siendo clara, fuerza ejecutiva. La misma accion tiene lugar cuando por el actor se pide que reconozca el reo su firma, que se haya en algun vale simple, el cual reconocimiento trae asimismo aparejada ejecucion. De lo dicho se infiere, que la *interrogatoria* es: *una accion personal por la cual el actor compete al reo á responder sobre algunas preguntas que le hace, y que son necesarias para comenzar ó para continuar el pleito* (20).

19—Son tambien acciones personales nacidas de la equidad, los *interdictos*, pues no hay cosa mas justa, que el que uno sea defendido ó amparado en su posesion, miéntras que otro no pruebe tener mejor derecho á ella. Pero de esta clase de acciones se tratará en título separado (21). Lo son asimismo, las restituciones *in integrum*, por medio de las cuales se rescinden aquellos negocios que pare-

(20) Ley 1 tit. 10 Part. 3.

(21) Tit. 13 de este libro.

ce debian valer, atendido el rigor de derecho. Pero como estas rescisiones se deben hacer con causas graves, estas son: la fuerza ó miedo grave, el dolo ú engaño, la menor edad, y la ausencia por utilidad de la república, ó por otra justa causa, como estudios etc.; de aquí nacen otras tantas acciones. La primera es, la de miedo ó fuerza (22), mediante la cual se declara nulo ó se rescinde el negocio ó contrato hecho por fuerza, ó por miedo grave que cae en varon constante (23), y se compele al reo á restituir la cosa ó su estimacion (24). La segunda es, la accion de *dolo*, que produce los mismos efectos de anular ó rescindir los contratos de buena fé en que interviene, y aun si no se declaran nulos los de rigoroso derecho, como quieren algunos, se dirige la accion a que se enmiende la lesion, si fuere ésta en mas de la mitad del justo precio, ó á que el reo devuelva la cosa (25). La tercera accion, que es la de *menor edad*, no tiene nombre señalado, pero se dá á aquellos que durante el tiempo de su menoría, han sido dañados en algun negocio, contra aquellos de quienes recibieron el dado, a efecto de que se rescinda el negocio, y el menor sea restituido en sus antiguos derechos (26). Esta misma accion compete á las iglesias, fisco, concejos y ciudades o Universidades, por estar éstas en perpétua curatela, y la podrán intentar cuando hayan

(22) Llámase esta accion en latin, *quod metus causa*.

(23) Ley 7 tit. 33 Part. 7.

(24) Véase para esta accion la ley 56 tit. 5 Part. 5, y la 28 tit. 11 Part. 5, de donde se puede deducir.

(25) Leyes 57 tit. 5 Part. 5, y 2 tit. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 3 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec., y 1, 3, 4 y 6 tit. 16 Part. 7.

(26) Leyes 1 y 2 tit. 19 Part. 6.



recibido daño, por engaño ó negligencia, dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo, y dentro de treinta, si el daño fuere tan grande que esceda de la mitad del precio de la cosa (27). La accion *rescisoría* es otra especie de restitucion, segun dijimos; pero ésta no es personal, sino real.

20.—La accion llamada *condiccion sin causa*, es tambien personal, proveniente de la equidad, y se puede tomar, ó como el género supremo de todas las acciones, ó como una accion especial que se dá en el caso que falten otras, y no permite la equidad que uno lucre con detrimento de otro, que es como se toma aquí. En tales términos, siempre que alguno dió una cosa, no por causa futura ni torpe, ni tampoco pagó indebidamente; pero sin embargo otro la posee sin causa legítima, puede repetirla el primero, intentando esta *condiccion*, la cual podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel cuyos bienes posea otro sin justo motivo, para compeler á este detentador á que los restituya*. Por ejemplo, se debe dar esta accion al sastre que, habiendo perdido los vestidos que hacia, pagó el precio á su dueño, si llega el caso de hallarlos ó recuperarlos éste: al deudor que satisfizo el crédito, y solicite la devolucion del vale que aun tiene su acreedor; á la muger para recuperar la dote si el matrimonio se declara nulo, y otros semejantes. Finalmente, la accion *pauliana* nace tambien de la equidad; pero de ella trataremos entre las mistas.

21.—En la otra clase de acciones personales se deben poner las que nacen inmediatamente de la ley y se deberían llamar *accion ó condiccion por ley*.

(27) Ley 10 allí. Véase el Apéndice último del tomo I.

Tenian lugar cuando los pactos no producian accion comunmente, sino solo algunos señalados, y principalmente aquellos en que alguna ley lo concedia. Era, pues, esta condiccion una accion personal subsidiaria, que solo tenia lugar cuando la ley no la establecia señalada contra aquel ó sus herederos que estaba obligado á dar ó cumplir lo que la misma ley disponia. Mas en el supuesto de que por nuestro derecho y práctica, todo pacto justo produce accion (28), y que nace tambien de cualquier ley para su cumplimiento, aunque no se espese en ella, es inútil en nuestro foro dicha condiccion.

22—La tercera clase comprende aquellas acciones personales que dimanen de un hecho *licito*. Hecho obligatorio licito, llamamos á la *convencion*. Esta es, ó pacto, ó contrato; y el contrato, ó es verdadero, ó cuasi contrato: el verdadero, ó es nominado, ó innominado. De cualquier pacto, por desnudo que sea, como se conozca ó pueda probar la intencion de obligarse, nace accion, segun nuestro derecho, aunque no tiene nombre señalado; por lo cual es ocioso esplicar la accion de *constituta pecunia*, que no era mas que un pacto pretorio, lo mismo que la llamada *in factum de jurejurando* (29).

23—Por lo que hace á las acciones nacidas de los contratos verdaderos, tenemos poco que decir, por haber tratado ya de cada una en el título de su

(28) Ley 2 tit. 16 lib. 3 Recop. de Cast. Ley 1 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec. Véase la nota (aj) pag. 83 tomo III.

(29) Esta accion se concedia á aquel que juraba, qué y cuánto se le debia, habiéndose comprometido su deudor á pasar por su juramento, produciendo el efecto de compeler al deudor á pagar todo lo que el actor habia jurado que se le debia.

correspondiente contrato; y así aquí las enumeraremos solamente. Los contratos *verdaderos*, según hemos dicho, ó son *nominados* ó *innominados*. Los *nominados* son, ó *reales* ó *verbales*, ó *literales* ó *consensuales*. Los *reales* son cuatro: *mutuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda*. Del primero nace la acción llamada *de mutuo*: del segundo, la acción *de comodato*, directa y contraria: del tercero, la acción *de depósito*, directa y contraria; y del cuarto, la acción *de prenda*, asimismo directa y contraria (aa).

24—Como en el día no se encuentra contrato alguno á que llamemos *verbal*, tampoco hay acción que le corresponda. El *literal* es uno solo, y se verifica en el caso de haber confesado alguno por escrito, que debe cierta cantidad y dejado que pasen dos años, en virtud de lo cual nace acción para obligar al que recibió á que pague la cantidad que confiesa (bb). Los contratos *consensuales* son cinco: *compra venta*, *locacion conduccion*, *enfiteúsis*, *sociedad* y *mandato*. De todos ellos nacen acciones de su mismo nombre, ámbas directas, á escepcion del mandato, en el que la una es directa y la otra contraria (cc).

25—De los contratos *innominados* nacen tambien las correspondientes acciones, que se dan al que dió ó hizo por su parte para obligar al que prometió dar ó hacer, á cumplir el contrato, las cuales, como ellos, no tienen nombre (30).

(aa) Véase el tít. 13 tom. III pag. 53 y siguientes.

(bb) Véase el tít. 22 tom. III pag. 107 y siguientes.

(cc) Véanse los títulos 24, 25, 26 y 27 tom. III pag. 113 y siguientes.

(30) Estas acciones se llamaban entre los romanos *in factum*, y tambien *præscriptis verbis*, porque debian concebirse en las demandas con ciertas y señaladas pa-

26--Síguense los *cuasi contratos*, y basta solamente referir sus acciones, pues están esplicadas en otras partes (dd). Estos cuasi contratos son en primer lugar, el manejo ó *administracion de negocios ajenos*, del cual nace una acción llamada del mismo nombre, directa y contraria. El segundo es la *tutela*, de la que nace otra acción, asimismo directa y contraria. El tercero es, la *herencia comun*, de donde sale la acción llamada *familix erciscundæ* mixta de real y personal; y así trataremos de ella despues. El cuarto es, la *adicion de la herencia*, que produce una acción personal que compete á los legatarios y fideicomisarios, y a todos aquellos á quienes se debe algo del testamento, para obligar al heredero que aceptó, á pagar los legados, fideicomisos y demas cosas dejadas en el testamento, con sus frutos y acciones desde el día de la muerte del testador. El quinto es, la *paga indebida*, de la cual nacen la *condicion* ó acción personal para repetir lo pagado, en los casos que se esplicaron en su lugar. El sexto es, recibir los maestros, taberneros y mesoneros algunas cosas en su nave, taberna ó meson; y de la acción que se dá contra ellos cuando los compañeros ú otros de los viajeros hurtan algunas cosas, ó hacen algun otro daño, se trató ya en donde corresponde (31). El último es el gasto ó espensas hechas en el entierro de algun difunto.

labras, arreglándose á las que resultaban de las convenciones particulares, y deduciendo en juicio segun ellas la acción *in factum*; pero el día de hoy no hay palabras algunas señaladas para introducir las acciones. Véase el núm. 12 pag. 45 tomo III.

(dd) Véase el tit. 28 tom. III pag. 244 y siguientes.

(31) Tit. 5 pag. 36 de este libro.

Se verifica en el caso de que uno, movido de piedad, haya hecho dichos gastos de su cuenta, por no estar todavía aceptada la herencia, y no haber heredero que pueda hacerlos. Se dice que este es un *cuasi contrato*, porque propiamente no es *mandato*, supuesto que ninguno mandó, ni *administracion de negocios ajenos*, porque aun no hay heredero de quien se administren, y al difunto no le pertenece ya esta administracion. Mas en este caso se concede al que hizo los gastos, la accion llamada *funeraria*, que es: *una accion personal que compete contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenecia hacer los gastos del funeral del difunto, para que restituya todo lo gastado por dicho motivo*. Esta accion es tan privilegiada, que el actor será preferido en la paga a todos los otros acreedores del difunto (ee).

27—Resta explicar la cuarta clase de acciones personales, que son aquellas que nacen de un hecho *ilicito* á que llamamos *delito*. Este es, ó ver-

(ee) Se entienden por *gastos funerarios*, la *cera*, *misas* y *gastos del enterramiento*, segun la ley 30 de Toro, que es la 9 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec. Esto es, el hábito con que se amortaja el cadáver, la caja ó atahud, el velarle y amortajarle, la cera que se gasta en la casa del difunto mientras está de cuerpo presente, y en la iglesia durante la vigilia y misas, la limosna de éstas y los responsos, la conduccion del cadáver á la iglesia y al cementerio, la sepultura y los demas accesorios sin los cuales no puede hacerse el entierro. El luto de la viuda y de los hijos no se comprende entre los gastos de esta clase, á no haber tal costumbre en el pueblo: ESCRICHE, palabra *Funerales*. Véase el núm. 2 del Apéndice de la *pretacion de las obligaciones*, página, 255 tomo III.

dadero, ó cuasi delito. *Verdaderos* son, en primer lugar, aquellos cuatro delitos privados de que hemos tratado en los títulos anteriores. Del *hurto*, pues, que es el primero, nace la *condicion furtiva*, que es una accion persecutoria de la cosa, y la *accion de hurto* que persigue la pena (32). De la *rapina*, que es el segundo, nace la accion de este nombre, ó la de hurto, ambas personales. Del *daño hecho contra justicia*, nace otra accion de su mismo nombre; y de la *injuria*, la accion de injurias, esplicadas ambas ya. Se agrega á éstas el delito de *recibir algo por causa torpe ó injusta*, y la accion que se concede para repetir lo dado, se llama *condicion por causa torpe*, y es: *una accion personal en virtud de la cual aquel que honestamente y con buen fin, dió alguna cosa, puede repetirla del que la recibió por causa torpe ó injusta y de sus herederos, con sus frutos ó su estimacion en caso de haber perecido.*

28—Mas esta accion no tiene lugar si interviene torpeza de parte del que dá y no del que recibe: v. g., lo que se dá á una meretriz despues de haber pecado con ella. Tampoco se concede si hay torpeza de parte de uno y otro: v. g., lo que se diese á un juez ú otro oficial público á efecto de sobornarlo. Infiérese, pues, que solo tiene lugar en el caso de que uno dá por causa honesta y otro recibe por torpe ó injusta: v. g., por evitar el que se cometa un homicidio ú otro delito (ff).

(32) De ésta se trató en el título 1.

(ff) La torpeza ó injusticia puede estar de parte del que dá, ó del que recibe, ó de ámbos. Cuando la torpeza está únicamente de parte del que recibe, hay lugar á la repeticion de la cosa pagada; y no le hay,

29—Otra accion procedente de delito es la llamada *de distrahendis rationibus*, y compete al huérfano para repetir contra su tutor cuando con dolo ó fraude ha usurpado parte de sus bienes, y ha da-

quando está de parte del que dá ó de ambos: ley 47 tit. 14 Part. 5. Así, pues, si das dinero á Pedro porque no cometa hurto, sacrilegio, homicidio, adulterio ú otro delito, ó al juez para que no te haga injusticia, podrás repetirlo; porque es torpeza recibir precio por abstenerse de lo que no se puede hacer sino faltando á sus deberes; y no lo es el darlo para que no se haga mal, ó para redimir una vejacion. Pero si das dinero ú otra cosa al juez con el fin de sobornarle, ó á una muger de buena fama con intencion de seducirla, no lo podrás recobrar, aunque en el segundo caso la muger no acceda á tus deseos; porque hay torpeza de parte de los dos, y habiendo igualdad es mejor la condicion del que posée; bien que en el caso del juez, lo dado no queda en él, sino que pasa al fisco: ley 53 tit. 14 Part. 5.—Si los que se casan sabiendo que tienen impedimento legitimo entre sí, se dieren uno á otro alguna cosa por dote ó arras, y despues se separa el matrimonio, ninguno de los dos podrá pedir ni recobrar lo dado al otro, por cuanto la torpeza procede de ambas partes; pero tampoco gana cada uno lo recibido, sino que debe aplicarse al fisco; á no ser menores de veinticinco años, los cuales habrán de restituirse lo que se hubiesen dado por dote ó arras, sin que incurran en la pena de perderlo para el fisco: ley 54 allí.—Si una muger, sabiendo que tiene impedimento para casarse con Juan que lo ignora, se casa no obstante dándole dote, no la podrá reclamar cuando los separen, porque hay torpeza de parte del que dá: ley 50 allí.—Por esta misma razon, no tiene derecho de repeticion el que diese dinero á muger pública por tener acceso con ella; en cuyo caso dice la ley que está la torpeza de parte de él, y no de la muger, que sin embargo de su

do cuenta fraudulentamente; y produce el efecto de compelerlo á que las liquide ó aclare, y pague lo que hubiere sustraído, con el doble (gg).

30—Por lo que hace á los *cuasi delitos*, de cada uno de ellos nace su respectiva accion; pero no tiene nombre determinado, sino que se espresa con el del cuasi delito a que pertenece.

31—Esplicadas ya las acciones reales y personales; síguese ahora tratar de las *mistas*, que son aquellas que participan de la naturaleza de unas y otras, aunque por lo regular se pueden reducir á alguna de las dos especies.

32—Las principales acciones de esta naturaleza, son las que se conceden para *deslindar los términos comunes*, para *pedir la herencia* ó dividirla, y para *dividir cualquiera otra cosa común*, á las que agregamos la accion *pauliana*, porque siendo en realidad personal, tiene tambien algo de real. La accion para deslindar los términos comunes, á que dicen en latin *finium regundorum*, es de aquellas que se llaman *dobles*, porque en el juicio que se promueve, ambos colitigantes pueden intentarla como actores. Tiene lugar en cualesquiera términos, mojo-

grave pecado, no obra mal en recibir lo que le ofrecen: ley 53 citada.—Finalmente, el que habiendo cometido algun adulterio, homicidio, hurto ú otro delito semejante, diere alguna cosa á otro para que no le descubra, puede pedir su restitucion, porque si bien fué torpeza haber cometido el delito, no lo es dar algo para evitar el peligro de ser descubierto, pues todo hombre debe solicitar cuanto pudiese no caer en riesgo de perder la vida ó la fama. *ESCRICHE*, palabra *Paga por causa torpe*.

(gg) Véase la nota (e) pág. 14 de este libro, y los números 7 y 8 tit. 22 del lib. I pág. 162.



nes ó límites oscurecidos ó confusos, para que, averiguándose su antigua situación, se restablezcan ó se termine el pleito por adjudicación de partes señaladas (33). Es mista de personal y real, porque se intenta contra el que dió ocasión al litigio, y para vindicar una cosa en que se tiene dominio; y así compete como directa á solos los dueños de los predios, y como útil a los que en ellos tienen derechos útiles: v. g., los usufructuarios. También compete ó se da no solo para arreglar los límites, sino también para recuperación de cuanto interesa de los frutos percibidos y daño causado (hh).

33—La segunda acción mista y también *doble*, es la que se dá para *dividir una cosa comun*, y trae su origen de que ninguno puede ser obligado á permanecer en comunidad con otro, por los inconvenientes que de ello resultarían. Supuesto este principio, se introdujo la acción *communi dividundo*, porque como la del contrato de compañía, pertenece más a las prestaciones personales, que á la división de las cosas comunes, fué preciso inventar una que solo tuviese este objeto, bien naciese la comunidad de compañía, ó bien de otra cualquiera causa, escepto herencia y confusión de términos. De lo dicho se infiere, que ésta es: *una acción que com-*

(33) Ley 10, v. *Otrosí decimos*, en el medio tit. 15 Part. 6.

(hh) Esta acción que los romanos llamaban *finium regundorum*, y que nosotros podemos llamar *de amojonamiento ó apeo*, nace de la obligación que tienen los propietarios vecinos de deslindar y amojonar sus heredades cuando alguno de ellos lo pide; porque éste es el mejor medio de impedir las usurpaciones de terreno y evitar los pleitos á que pudiera dar lugar la falta de mojones: ley 10 tit. 15 Part. 6.

*pete directamente por razon del dominio á cualquiera de los que poseen como dueños por indiviso alguna cosa, para que se divida y se presten los frutos percibidos* (34).

34—La accion de *division de herencia*, dicha *familiæ erciscundæ*, se concede para dividir las bienes de ella judicialmente, cuando no se han convenido los coherederos á ejecutarlo por sí. Es tambien mista de real y personal, porque se da para conseguir las cosas hereditarias: de lo que se deduce, que por ella se exigen los frutos percibidos de la herencia comun, y por el contrario se satisfacen las espensas hechas en ella (35).

35—La accion de *peticion de herencia* se cuenta entre las mistas por nacer, no solo de derecho en la cosa, sino tambien de derecho á la cosa, pues dimana del derecho hereditario y del cuasi contrato que hay en el caso de que uno administra una herencia comun. Es, pues: *una accion por la cual el heredero pide la herencia que le compete, con todos los frutos y acciones que le corresponden desde el dia de la muerte del testador*. Se da esta accion al heredero, ya sea por testamento ó ab intestato, contra aquel que se reputa como heredero, ó que posee de otra suerte ó sin causa alguna, para obligarlo á que restituya la herencia con sus frutos, segun hemos dicho, y resarza los daños, si los hubiere causado.

36—La *querella de inoficioso testamento* no es otra cosa que: *una especie de peticion de herencia, ó una accion que compete á los desheredados, contra los herederos instituidos en el testamento*,

(34) Ley 2 tit. 15 Part. 6.

(35) Véase el tit. 15 P. 6, y principalmente la ley 10.

para pedir que se rescinda el testamento, y ellos sean admitidos á la herencia como herederos ab intestato. No nos estendemos mas en esta accion, por estar esplicada ya en otra parte (36).

37—Finalmente, hemos agregado á las acciones mistas la *pauliana*, por tener tanto de las reales y personales, que por unos autores es tenuta por solo real, y por otros por solo personal (37). En efecto, si no es mista, es de una naturaleza especial, y corresponde cuando el deudor enagenando sus bienes intenta defraudar á sus acreedores, y con efecto se verifica así. Por esto no debe introducirse hasta que hecha escusion en sus bienes se acredite la insolvencia (38). Debe intentarse siempre que el deudor, por cualquier hecho que disminuya su patrimonio se hace insolvente; pero no cuando por alguno deja de adquirir. Se da contra los que adquieren bienes del deudor fraudulento por titulo oneroso y con noticia del fraude; y contra todos los que los obtienen por título lucrativo, aunque lo ignoren (39). Se puede intentar esta accion dentro de un año computado desde el dia que supieron la enagenacion (40) (ii). Es, pues, la accion llamada *pauliana*: una accion

(36) Lib. 2 tit. 18 de estas Instituciones.

(37) Por solo *real* la tiene el Teatro de la legislacion fundándose en Justiniano: por solo *personal* la tiene Heineccio en este titulo, y el Sr. Tapia lib. 3 tit. y cap. 1 núm. 17.

(38) Arg. de la ley 7 ibi, *porque non puedan fallar de lo suyo*, tit. 15 Part. 5.

(39) Ley 7 en el medio, tit. 13 P. 5.—(40) Dicha ley 7.

(ii) La accion *pauliana*, llamada así por haberla introducido el pretor Paulo, tiene lugar cuando el deudor enagena sus bienes ó parte de ellos en perjuicio de sus acreedores, no solo despues de pronunciada la

*que se concede á los acreedores para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas por sus deudores en fraude suyo, obligando á los poseedores á que restituyan lo recibido con sus frutos [\*].*

sentencia contra él, sino tambien antes de ella: Gregorio Lopez, glos. 3 á dicha ley 7.

[\*] Para la exacta inteligencia de esta accion, que es importante en la práctica, anotaremos lo que dicen algunas leyes sobre ella. Una, declara por *enagenacion fraudulenta* la que hace el deudor personal de todos sus bienes, despues que es condenado al pago de sus deudas, y antes de haberse trabado la ejecucion en ellos: ley 7 tit. 13 Part. 7.—En la misma, se concede la revocacion de la donacion hecha en vida ó legado en testamento, cuando se perjudica á los acreedores; y tambien podrán revocarse segun ella, las ventas, cambios, daciones en dote ó prenda, justificando el acreedor que el que así la recibió sabia la dolosa intencion de su deudor en fraude de los acreedores; concediendo á los menores de veinticinco años el privilegio de que no puedan ser despojados de los bienes adquiridos por los títulos ya espresados, aunque supiesen el engaño, sin que se les abone el precio que por ellos dieron: dicha ley 7.—Otra ley declara *fraudulenta* la enagenacion ejecutada contra los acreedores, cuando éstos por sí ó por otros se opusieron á que se efectuase: ley 8 del mismo título.—Pero no se tiene por tal cuando el deudor da en pago de una deuda legitima á su acreedor bienes que deducidos de su patrimonio lo hacen insolvente para con otros; de cuya regla se esceptúa el caso de que hubiese ya hecho cesion de ellos de su voluntad ó por mandato del juez: ley 9 tit. 13 Part. 5.—Tambien está prevenido en ellas, obtenga para sí los bienes del deudor sin comunicarlos á los demas acreedores, aquel que, sabiendo que huye por no pagar, se los toma de su autoridad por hallarlo en despoblado, ó con la del juez, si estaba el deudor en lugar don-

38—Pero es de advertir que no tiene lugar esta accion contra el acreedor que fué vigilante en cobrar, aunque por esto no queden bienes para la satisfaccion de los otros, ni contra el comprador que los adquiere con ciencia y tolerancia de aquellos.

## §. II.

### *De las acciones persecutorias de la cosa, penales y mistas.*

39—Hemos concluido la primera division de las acciones: síguese la segunda, por la cual unas son

de le habia; con tal que los bienes aprehendidos valgan tanto como la deuda del que los tomó, pues en lo que escedan deben comunicarse: ley 10 del mismo tit. 13. Igualmente declara otra, que la restitucion de la cosa enagenada con engaño, debe hacerse con los frutos, y en el estado que estaba al tiempo de la enagenacion, y los que produjese desde el dia en que se demanda-se en juicio hasta la sentencia, deduciendo las espensas hechas en la recaudacion de éstos, ó mejoras en la cosa. Pero los frutos que ésta produzca en el medio tiempo, desde la enagenacion á la demanda, son del comprador: ley 11 del mismo titulo 13 Partida 3.— Por último: precaviendo todo fraude en la materia, se declara insubsistente la remision de la deuda hecha por alguno á su deudor en perjuicio de los acreedores del que la perdona, cuando sabe el engaño aquel á cuyo favor se hizo. Tampoco se liberta de la obligacion al pago el fiador cuando se le echa fuera de la fianza, sabiendo él que se hace en fraude de los acreedores; antes en el caso de ignorar este hecho el deudor principal, es obligado dicho fiador al pago de toda la deuda, teniendo bienes suficientes, y solo en defecto de éstos, el deudor principal; de cuya obligacion se exime el fiador, ignorando el fraude cometido por su deudor: ley 12 del mismo titulo 13 Partida 3.

*persecutorias de la cosa*, otras *penales* y otras *mistas*. *Persecutorias de la cosa* son aquellas por las cuales solo pedimos lo que se nos debe ó ha salido de nuestro patrimonio. De esta calidad son: 1º todas las acciones reales: 2º todas las que nacen de la equidad natural, pactos y contratos; escepto la accion del depósito miserable que en el caso de que el depositario lo niegue dolosamente se da en el doble; y así, es *mista* de persecutoria y penal: 3º De los delitos, solamente hay dos acciones puramente persecutorias de la cosa, y son la *condicion furtiva*, y la accion de *sustraccion de cosas*; y es aquella que compete á los casados cuando alguno de ellos durante el matrimonio, pero principiada la causa de divorcio, quitase, ocultase, vendiese ó consumiese alguna cosa, por sí ó por medio de otros, para que la restituya con sus dependencias ó frutos, verificado el divorcio (jj). Puramente *penales* se llaman aquellas por las cuales solo se persigue la pena. Estas no son muchas, y solo provienen de delitos; y son la accion de hurto, la de injurias, la de lo suspendido ó colgado en algun lugar donde pueda caer y hacer daño, y la de las cosas derramadas ó arrojadas, en el caso de causar la muerte á alguno. *Mistas* son por las que juntamente se persigue la cosa y la pena. Estas son: 1º la accion de depósito miserable, por la cual se consigue el doble, en que se incluye la cosa y la pena: 2º la accion del legado dejado á lugares sagrados ó á causas piado-

(jj) Los romanos daban á esta accion el nombre de *rerum amolarum*, y compete al padre contra el hijo, ó á uno de los cónyuges contra el otro que le ha sustraído alguna cosa. Véanse las leyes 5 tit. 2 Part. 3, y 4 tit. 14 Part. 7.

sas, pues en el caso de que el heredero niegue que lo debe, ó retarde maliciosamente su solucion, se le condena tambien al doblo. Finalmente, son mistas de persecutorias de la cosa y penales, todas las acciones que nacen de los delitos, de que hemos tratado ya.

§. III.

*De las acciones por las cuales se pide el simple, duplo etc, y de las de buena fé, de riguroso derecho y arbitrarias.*

40—Aunque en nuestro derecho se encuentran leyes que dan acciones para pedir mas de la cosa que se debe, como es el doblo, tres tanto ó cuatro; con todo, la práctica del dia acredita que no tienen uso tales acciones en esta parte, y que con razon se dice comunmente que es feliz el que consigue, mediante la accion que intenta, su cosa solamente; por lo que omitimos gastar el tiempo en hacer una larga enumeracion de ellas.

41—Del mismo modo en el dia no se conoce la distincion que habia antiguamente entre acciones *de buena fé, de riguroso derecho y arbitrarias*; mas para dar una completa idea de este título, diremos brevemente lo que eran, remitiendo a los que deseen mas estension en esta materia, a los autores que de ella tratan (41).

42—Acciones *de buena fé* eran aquellas por las que no estaba el juez ligado a ciertas formulas, antes por el contrario, con libertad podia determinar lo que segun bondad y equidad debe darse y recibirse por los colitigantes. Tales eran todas las que

(41) Vinn. en el § 28 de este tit. Hein. en el mismo tit. desde el § 1181 hasta el 91.

nacen de contratos ó negocios *bilaterales*, en los que es mútua la obligacion. Las *de rigoroso derecho* eran aquellas que compelian al juez á sentenciar segun lo convenido espresamente por las partes, de suerte que no podia adjudicar nada mas de lo que se contenia en la cantidad cierta y espresa de la couvencion; y de esta naturaleza eran todas aquellas que traian su origen de negocios *unilaterales*, como la que nace del mútuo, de la estipulacion, del contrato literal, de la paga indebida, y del testamento. Las acciones *arbitrarias* se daban cuando el juez habiendo graduado primeramente conforme á equidad cuánto debia pagar el reo, éste por malicia ó contumacia no queria obedecer, por lo que le condenaba á satisfacer del modo que á su arbitrio juzgaba conducente, ó en cuanto juraba el actor que le interesaba. Entre estas acciones se contaban todas las *reales*, (escepto la peticion de herencia) la accion de lo obrado por miedo, y la de dolo, la accion á exhibir, la accion de lo que se prometió pagar en cierto lugar, con la cual aquel á quien se le prometió la paga en determinado lugar, repite contra el que no le pagó en el lugar prometido, para que le satisfaga todo el daño causado é intereses; la accion *redhibitoria*, que es la que se dá para rescindir la venta de cosa viciosa, y la que compete para deslindar los términos comunes.

43—En esta cuarta division de las acciones se trata regularmente, como por via de apéndice, del daño que resulta al actor pidiendo en juicio *mas* de lo que se le debe; acerca de lo cual diremos algo. Es principio asentado que el actor, siempre que sea posible, debe pedir una cantidad determinada; de suerte, que no basta que diga: *Ticio me debe mucho*, sino que debe espresar cuanto le debe: v. g.,



600 pesos, pues de lo contrario no podrá el juez, como debe, dar una sentencia precisa y determinada. Mas se añade: que así se debe practicar siempre que sea posible, porque en muchas acciones no lo es: v. g., en las acciones hereditarias, y en otras universales, en las cuales el heredero pide la herencia, aunque ignore a cuanto ascienda su valor, lo que apareciera después por el inventario que se haga.

44—Antiguamente era tan rigoroso el derecho en este particular, que el que pedía, aunque fuese un real mas de lo que se le debía, se le condenaba á perderlo todo (42). El *pedir mas* era de varios modos: se pedía mas *en cosa* cuando se pedía mayor cantidad de la que se adeudaba; v. g., 500 pesos por 400: *en tiempo*, cuando se pedía mas luego, o antes de que llegase el día; v. g., si se pedían el día de hoy 100 pesos que no se debían pagar, sino hasta después de un año; o por razón *del lugar*, como si se pide en lugar en que es mas incómodo para el deudor pagar, que aquel en que prometió hacerlo; o finalmente, por cualquiera otro motivo que haga mas gravosa o mayor la paga, que llaman, *mas por causa*; v. g., si se pide puramente lo que se debe bajo de condicion que no se ha cumplido: si se pide precisamente al esclavo Ticio, habiéndose prometido dar á Ticio ó á Cayo alternativamente. En todos estos casos, y en otros semejantes lo perdía todo el actor por haber pedido *mas* (43). Este rigor está mitigado en nuestro derecho; y así se haya establecido, que el que pide mas por razón del tiempo, es decir, el que pide antes de tiempo, tenga la pena de que se le duplique el que debía esperar: v. g., debía uno pagar de aquí á un año, si le cobra aho-

(42) Ley 43 tit. 2 Part. 3.—(43) Dicha ley 43.

ra su acreedor, tendrá que aguardar dos años en pena (44) (kk). El que pide mas por razon del lugar ó de la causa, tiene la pena de pagar el tres tanto de todos los daños y perjuicios que haya causado con su demanda (45). Finalmente: el que pide mas en cosa, debe pagar las costas del pleito, como tambien el que pide mas en tiempo; pero ninguno pierde lo que en realidad se le debe (46). Mas esta severidad de las leyes de Partida, aun mitigada algun tanto, no tiene lugar en el dia, y asi, al que pide mas, solo se le condena en las costas, como injusto litigante. Por otra parte, enmendando el actor el libelo ó peticion que ha presentado al juez, como puede ántes de la sentencia (47), ó evitará del todo la pena no causando perjuicio al reo, ó la disminuirá tanto, cuanto se disminuyan las actuaciones que se hubieran de hacer continuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas (ll).

(44) Ley 45 tit. 2 Part. 3.

(kk) Segun Salgado esto no tiene lugar y puede pedirse ántes del plazo, cuando la hipoteca perece, ó el deudor va empobreciendo ó se teme la fuga. *Labyr. Credit. part. 1 cap. 8 núm. 3 y sig.*

(45) Dicha ley 45 tit. 2 Part 3.—(46) Ley 43 allí.

(47) Ley 10 tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop.

(ll) Conviene aclarar mas este punto, segun las disposiciones terminantes de nuestro derecho. El que cometi6 dolo para pedir mas de lo que se le debe, pierde efectivamente la deuda; pero no interviniendo fraude en los términos que dice la ley 44 tit. 2 Part. 3, solo ha de ser condenado en todos los daños y costas que ocasionó el demandado por lo que pidió de mas; sin que al mismo tiempo deje de condenarse á éste á pagar la cantidad que verdaderamente debiere, absolviéndole de la parte que no deba. El que pidiere ántes del

§. IV.

*De las acciones por las cuales se consigue todo lo que se debe, y de las con que se consigue ménos.*

45—Resta solamente tratar de la quinta division de las acciones, y la mas facil: ésta es, que hay unas acciones por las cuales se consigue el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se consigue ménos. Sentamos por regla general: que el todo se consigue ordinariamente con cualquiera accion, ya sea real, ya personal. Pero hay ciertos casos en que se consigue ménos, y éstos sirven de escepciones de la regla dada.

46—El primer caso es en la accion *de peculio*: ésta tiene lugar cuando el hijo de familias ó siervo que tiene peculio profecticio ha comerciado y contraido deudas: entónces los acreedores deben intentar la accion *de peculio* contra el padre ó el señor,

plazo ó tiempo en que se le debe pagar, no ha de ser oido, debiendo el juez alargar el plazo otro tanto cuanto el actor pidió antes de lo que debia pedir. Ultimamente, el que pide en otro lugar del que corresponde, ha de pagar al demandado el tres tanto del daño que le causó en su demanda; y lo mismo será si se excediere en el modo, pidiendo, por ejemplo, una cosa determinada y sin hacer mencion de la otra, cuando el deudor debiese una de las dos; bien que sobre esta última causa dice el Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas*, part. 1 cap. 3 n. 21 y 22, que para evitar las perniciosas consecuencias de inutilizarse una instancia y repetirse otra nueva, persuade la buena fé que el juez sufra tales defectos, concibiendo la sentencia en los mismos términos que lo haría si el actor no los hubiese cometido, conservando al demandado la eleccion, y condenándole á que entregue la cosa que elijiere: leyes 42, 43, 44, 45, y 48 tit. 2 Part. 3.

para obligarlo á que pague hasta donde alcance el peculio. De consiguiente, si hay ménos en el peculio que la cantidad que se adeuda, los acreedores reciben ménos que el todo de la deuda (48). Pero de esta accion trataremos de propósito en el siguiente título.

47—El segundo caso se verifica en la *compensacion*: ésta, segun hemos dicho en otra parte, es: *un contrapeso ó equilibrio de la deuda ú obligacion del deudor y del acreedor*. De aquí es que produce efectos de paga y disminuye la obligacion por ministerio del derecho (*ipso jure*), á lo ménos hasta la suma concurrente: v. g., finjamos que Ticio se presenta contra Cayo diciendo que le debe mil pesos; mas Cayo por su parte prueba que Ticio le debe seiseientos: entonces esta suma se compensará con aquella; y así á Ticio solo se le adjudicarán cuatrocientos, es decir, ménos del todo (49) (mm).

48—El tercer caso es, cuando se goza del *beneficio* llamado *de competencia*, el cual no es otra cosa: que *un privilegio personal, que hace que quien lo goza no pueda ser condenado á pagar mas de lo que pueda cómodamente*: es decir, que a quien tiene beneficio de competencia, no se le quita cuanto tiene hasta obligarlo á mendigar, sino que se le deja lo necesario para que subsista. De este privilegio gozan unos *por razon de parentesco*, como los ascendientes y descendientes; y otros por *justas consideraciones*, como el marido y la muger, el patrono y el liberto, los socios y los que son recon-

(48) Arg. de la ley 5 tit. 17 Part. 4.

(49) Leyes 20 y sig. tit. 14 Part. 5.

(mm) Véase el tit. 30 del tomo III n. 6 pág. 272.

venidos por donacion (50). A los parientes se agregan con mucha razon los hermanos; porque aunque no les conceden espresamente este beneficio nuestras leyes, pero se hace argumento de mayoridad de razon con los socios, que lo gozan por reputarse como hermanos (51) (un). Por *commiseracion* se concede este beneficio al deudor que de buena fé hizo cesion de todos sus bienes, para que si despues viniere á mejor fortuna, no sea obligado á pagar mas de lo que pueda, quedándole siempre lo necesario para su cóngrua substentacion (52).

(50) Ley 1 tit. 15 Part. 5, y 15 tit. 40 de la misma Partida, 32 tit. 11 Part. 4, y 4 tit. 4 Part. 5.

(51) Arg. de las leyes 1, y 10 tit. 10 Part. 5.

(un) Véase el tit. 26 del tom. III n. 7 pág. 211, y el n. 20 del Apéndice de la dote y bienes estradotales, tomo II pág. 113.

(52) Ley 3 tit. 15 Part. 5. Véase la nota (da) pág. 271 del tomo III.

## TÍTULO VII.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS CONTRATOS  
CELEBRADOS CON LOS QUE ESTAN EN AGENA POTESTAD.

### SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| 1 Razon del órden.  | entre <b>mandato</b> y <b>precepto</b> .                      |
| 2 Particularidad de las acciones de que se trata en este título.  | 3, 6 De las acciones <b>exercitoria</b> é <b>institoria</b> . |
| 3 ¿Por qué razon quedan obligados el padre y el señor por los contratos hechos por sus hijos y siervos? | 7 Algunas observaciones acerca de estas acciones.             |
| 4 De la accion de mandato del padre ó dueño, y diferencia   | 8 De la accion <b>tributoria</b> .                            |
|   | 9 De la accion <b>de peculio</b> .                            |
|   | 10 De la llamada de lo <b>convertido en utilidad propia</b> . |

**D**espues de haber explicado en el precedente título las cinco primeras divisiones de las acciones; síguese explicar en este la sesta, á saber: que unas acciones nacen de *hecho nuestro*, y otras de *ageno*, esto es: de un hijo de familias, de un siervo ó de algún cuadrúpedo nuestro. Trátase pues, aquí, de las acciones que se dan contra el padre ó el señor, por los contratos de los hijos de familia ó siervos: en el siguiente título, de las que corresponden contra el señor por los delitos de los siervos; y finalmente, en el nono, de las que se dan contra el poseedor, por los daños causados por sus béstias.

2—Todas las acciones que se tratan en este título, tienen la particularidad de ser un cierto género supremo (1), bajo del cual se comprenden varias especies de acciones, y tantas cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo: la accion de peculio es género: si el hijo de Ticio debe por razon de mútuo, se puede intentar contra el padre la ac-

(1) En latin se llaman estas acciones *adjectitia qualitatis*.

cion de *mútuo*, de *peculio*: si debe por compra, la accion de *venta*, de *peculio*; y así de las demas. De suerte, que el ser de *peculio*, es una *calidad añadida* á las acciones que nacen de los contratos celebrados por semejantes personas; y lo mismo se debe decir de las demas de que se trata en este título.

3—Si se pregunta ¿por qué el padre ó el señor quedan obligados por los contratos hechos por sus hijos ó siervos? Podemos responder á esta cuestion, dando dos causas de esta disposicion; una *remota* y otra *próxima*. La remota es, porque el vínculo de la potestad, ya sea paterna, ya dominica, induce unidad de persona; y así el padre y el hijo, el señor y el siervo se reputan en derecho como una misma persona; de donde podemos inferir, que lo que el hijo y el siervo trataron, lo trató el padre o el señor. Pero en realidad esta razon es remota y fundada en una especie de ficcion, y tan trascendental que de ella se podria inferir que aun por los delitos del hijo podia ser reconvenido el padre; y así, es necesario recurrir á otra razon mas inmediata. Esta comprende cuatro casos. 1º Si el padre ó señor mandó al hijo ó siervo contraer: 2º Si el padre ó señor puso al hijo ó siervo de negociante: 3º Si el padre ó señor dió al hijo ó siervo *peculio* para que negociase con él: 4º Si lo adquirido por el hijo ó siervo en sus contratos se convirtió en utilidad del padre ó señor. De aqui se coligen las acciones de que se ha de tratar en este título, á saber: 1º de la accion de mandato del padre ó dueño: 2º de la accion exercitoria é institoria: 3º de la tributoria: 4º de la accion de *peculio*: 5º de la accion de lo convertido en utilidad propia.

4—La primera accion es la de mandato del padre ó dueño. Este *mandato* ó *precepto* (que esto

quiere decir la palabra *jussum*), se diferencia del mandato de que hemos tratado en el libro antecedente. Aquel es un verdadero contrato que requiere el consentimiento de ambos contrayentes, lo que no se puede verificar en el padre y el hijo, ni entre el señor y el siervo, que no se reputan por dos sino por una persona: luego este de que tratamos no se puede llamar en rigor *mandato*, sino un *precepto* que los padres ó dueños imponen á sus hijos ó siervos. De consiguiente, si el padre manda á su hijo contraer ó negociar, ó á su siervo el señor, es lo mismo que si el padre ó señor hubieran contraído ó negociado, y quedan obligados por esta accion, la que podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel que contrajo con un hijo de familias ó siervo, que tenia orden de su padre ó señor para contraer, á efecto de obligar á éstos, ó á sus herederos, á que cumplan el contrato celebrado, en todas sus partes* (2).

5—Síguense las acciones *exercitoria* é *institoria*, para cuya inteligencia es necesario explicar algunos vocablos. *Exercitor* en lengua latina se llama aquel que trata de cargar una nave, suya ó alquilada, para echarla al mar, de suerte que á él, como á dueño, pertenecen los emolumentos ó réditos de ella. Este, por lo comun, pone á otro en su lugar para que entienda en las negociaciones, presida y gobierne la nave, el cual se llama *maestre de nave*, *capitan* y aun *patron*, siendo indiferente el que sea padre ó hijo de familia, libre ó siervo, mayor ó

(2) Arg. de la ley 2 tit. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec., en la que se previene, que de cualquier modo que conste que uno quiso obligarse, quede obligado. Véase la nota (aj) pag. 83 tom. III.



menor (oo). Al que ponen los mercaderes en sus tiendas públicas, para que en su nombre gire y gobierne la negociacion en ellas, llaman en latin *institor*, y entre nosotros se conoce con el nombre de *factor ó cajero mayor*. Tampoco importa el que este sea padre ó hijo de familias, siervo ó libre, mayor ó menor (pp). Finalmente, las condiciones que se prescriben por el dueño al maestre de nave ó factor para que las guarde precisamente en el comercio, se llaman *instrucciones*. Ahora, pues, si un mercader ingles envia á España una nave con su correspondiente maestre, y los mercaderes españoles contraen con él, parece que en rigor no deben éstos tener accion contra el mercader ingles, supuesto que no contrajeron con él, sino con el maestre; mas nuestro derecho, siguiendo la equidad, concede á éstos la accion llamada *exercitoria*. Es, pues, ésta: *una accion personal que compete á los que contrajeron con el maestre del navio conforme á la instruccion recibida, contra el exercitor ó dueño, para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el maestre* (3).

(o) *Capitan, maestre ó patron* de navio, es aquel que siendo dueño propietario de él, le manda y gobierna en los viajes que se le ofrecen; ó que no siendo tal dueño, otros que lo son del casco y aparejos, le elijen y nombran por tal maestre, capitan ó patron; para que en su nombre gobierne y mande el navio, con facultad de disponer de él y sus aparejos, como si realmente fuese tal dueño en propiedad. Véase el cap. 24 de las Ordenanzas de Bilbao, y el cap. 4 del lib. 3 de la Curia Filipica.

(pp) Véase la nota (bi) pág. 236 del tomo III.

(3) Leyes 7. al fin, tit. 24 Part. 4, 26 tit. 28 Part. 5, y tit. 37 y 38 lib. 9 Rec. de Indias.

6—De la misma naturaleza es la *institoria*, la que tambien es: *una accion personal que corresponde á aquel que, conforme á instruccion, contrato con algun factor, contra el mercader que lo puso en la tienda para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el factor* (4).

7—Mas acerca de estas acciones se debe observar: 1º Que queda siempre en arbitrio de los actores intentar la accion que tienen contra el maestre ó factor, ó la que igualmente les corresponde contra el exercitor ó mercader, pues esta accion concedida por equidad, no debe quitar la directa que tiene cualquiera contra la persona con quien contrato: 2º Que no tienen lugar estas acciones por delito del maestre ó factor, como ni tampoco por otros contratos, que no pertenezcan al oficio en que estan puestos (5). Y la razon es: porque los que los pusieron en aquel cargo solo estan obligados en fuerza del consentimiento que dieron para los contratos que celebrasen, y deben constar de las leyes de la instruccion que les hayan dado.

8—Siguese la accion *tributoria*, que en el dia no tiene uso alguno ni se hace mencion de ella, sino en el derecho de los romanos, por lo que no parece regular tratar de ella en unas instituciones que solo tienen por objeto el derecho de España [\*].

(4) Dicha ley 7, y la 7 tit. 1 Part. 5.

(5) Arg. de la ley 7 tit. 21 ya citada, deducido de aquellas palabras: *con quien quier que los haga por razon de aquel menester ó mercaderia en que lo pone*, al núm. 3.

[\*] Porque no se ignore qué cosa era esta accion, la trataremos brevemente por via de nota. Entre los romanos, si un hijo de familias que habia comerciado con el peculio profecticio, quebraba por haber contraido

9—La quinta accion es, la *de peculio*. Peculio se llama un pequeño patrimonio que el hijo de familias ó siervo posee con separacion del caudal de su padre ó señor. Mas como éste, por razon del hijo, sea de muchas maneras, y se divida en *militar y pagano*, y de éstos el primero en *castrense y cuasi castrense*, y el segundo en *adventicio y profecticio*; aquí sólamente se habla del *profecticio* que es, aquel que dimana de los bienes del padre (qq). Ahora, pues, si el padre á su hijo ó el señor a su siervo, dió peculio para que negociase con él, y este hijo ó siervo contrajo deudas ó quedó responsable en algunos contratos que celebró; en este caso los acreedores á quienes se debe algo, tienen la accion *de peculio* contra el padre ó señor y sus herederos, hasta donde alcance el peculio. Están pues, obli-

muchas deudas, y sus acreedores lo urgian para que pagase; en este caso no se necesitaba de recurrir al juez, sino solamente á su padre, que tenia la calidad de juez doméstico. Este, pues, estaba obligado á distribuir *prorata* entre los acreedores las mercaderías procedentes del peculio, y á esto llamaban *distribuir*, en latin *tribuere*. Pero sucedia muchas veces que el padre fuese injusto y no guardase la igualdad debida en esta distribucion, prefiriendo un acreedor á otro de mejor derecho; y para que este daño se remediase, se daba á los acreedores la accion *tributoria*, que competia á aquellos á quienes se habian distribuido mal las mercaderías del peculio del hijo ó siervo, contra el padre ó señor, para obligarlo á que ejecutase una distribucion arreglada. De lo dicho se infiere claramente, el motivo de estar abolida esta accion, pues en su caso, aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ni al señor la graduacion de los créditos ni el pago, sino al juez: ley 2 tit. 15 Part. 5.

(qq) Véase el n. 4 y siguientes, tit. 9 tomo I, pág. 124.

gados el padre y señor en todo el valor del peculio, y si hay poco ó nada en él, poco ó nada pagan: por esta razon referimos en el título antecedente, esta accion entre aquellas por las cuales no siempre se consigue el todo. Concluiremos con su definicion en términos para mayor claridad. Es, pues: *una accion personal de calidad adherente á todos los contratos, que se dá contra el padre ó señor por el contrato celebrado por el hijo ó esclavo que tiene peculio, para obligarlo á pagar hasta donde alcance el valor de este.*

10—La última accion perteneciente á este título es, la que se llama *de lo convertido en utilidad propia*, en latin de *in rem verso*. Se introdujo esta accion en favor de los que contrataban con los hijos de familia ó esclavos, para repetir por medio de ella contra sus padres ó señores, estinguido el peculio, todo cuanto se hubiese convertido en su utilidad ó entrado en su patrimonio. El caso de ella se puede figurar de esta suerte: un padre ó señor no mandó á su hijo que contrajese; mas con todo el hijo ó siervo contrajo de modo que resultó utilidad ó aumento en su patrimonio, ya sea porque recibiese algo del contrato, como si compró algunos cajones de libros y los remitió á su padre; o ya sea que éste dejase de hacer algunos gastos necesarios con su dinero y los hiciese con el que el hijo había tomado á mútuo; como si reparó su casa que amenazaba ruina, y pagó á sus acreedores (6). Se funda, pues, esta accion en aquel principio de equidad: que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, y por lo mismo, aunque se introdujo directa por los contratos de hijos de familia y siervos, se

(6) Ley 7 tit. 4 Part. 5.

dá tambien útil contra cualquiera, por lo que otros hagan á su nombre, verificandose haberse convertido en su provecho (7). De lo dicho se infiere, que la que hemos explicado es: *una accion personal que se dá contra el padre ó señor por la responsabilidad que les resulte de los contratos celebrados por su hijo ó siervo que administraron peculio, en cuanto se haya convertido en su utilidad (rr).*

(7) Leyes 5 y 6 tit. 1 Part. 5.

(rr) Para completar la doctrina de este titulo, recordaremos la disposicion del *Senadoconsulto macedoniano*, el cual era un decreto del Senado de Roma que declaraba nula toda obligacion de un hijo de familias nacida de haber tomado dinero prestado, de modo que el prestamista quedaba sin accion alguna para reclamar lo que habia dado. Llamóse *macedoniano*, porque dió motivo ú ocasion á él un particular llamado *Macedon*, el cual segun unos era un usurero que pervertia las costumbres, y segun otros un hijo de familia, que viéndose abrumado de deudas por sus excesos y desórdenes, habia atentado á la vida de su padre. Este Senadoconsulto está recibido entre nosotros. Véanse las leyes 4, 5 y 6 tit. 1; penúlt. tit. 3, 30 tit. 13, 12 tit. 14, y 2 tit. 15 Part. 5.

## TÍTULO VIII.

### DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS DE LOS SIERVOS, LLAMADAS NOXALES.

#### SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| <p>1 Qué se entiende por <i>noxia</i>, y qué por <i>noxal</i>.</p> <p>2 De la naturaleza de las acciones <i>noxales</i>.</p> <p>3 Contra quién se dan estas acciones.</p> <p>4 Qué disponen las leyes de Indias sobre esta materia.</p> | <p>5 Diferencias entre lo dispuesto por las leyes de Partida y las de Indias.</p> <p>6 Por derecho español nunca ha tenido lugar la acción <i>noxal</i> en los delitos que cometen los hijos de familia.</p> |
|---|--|

**L**as acciones esplicadas en el título antecedente, dimanar de contratos: síguense ahora las que nacen de delitos de los siervos. Se llaman *noxales* de esta palabra *noxia*, por la que se entiende en derecho, cualquier daño causado por algun delito de un siervo. *Noxa* se llama al mismo siervo que causó el daño ó cometió el delito; pero aunque esta es la rigurosa significacion de estas palabras, se suelen confundir y usurpar promiscuamente (ss). Es, pues, acción *noxal*: *la que intentan aquellos á quienes ha dañado algun siervo, contra cualquiera que lo posee, á efecto de obligarlo ó á que resarza el daño causado, ó á que entregue el siervo á la noxa*: es decir, que lo entregue al dañado en manera de satisfaccion (1).

2—La naturaleza de estas acciones consiste en dos cosas. 1.<sup>a</sup> Que todas, como las del título ante-

(ss) *Noxa autem est ipsum corpus quod nocuit, id est, servus: noxia, ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. Instit. lib. IV tit. VIII § 1.*

(1) Leyes 4 tit. 13 y 5 al fin, tit. 15 Part. 7; 2 tit. 2 lib. 7 Fuero Juzgo, y 3 tit. 13 lib. 4 Fuero Real.

cedente, son de calidad *adjecticia*, ó adherente, que comprenden bajo de sí tantas especies, cuantos son los delitos privados, y cuasi delitos que pueden cometer los siervos; y así, si un siervo cometió hurto se da la accion noxal de hurto: si injuria, accion noxal de injuria: si dañó arrojando ó derramando, accion noxal de lo arrojado ó derramado.

2<sup>a</sup> Que esta accion es equivalente á real, porque se da contra cualquier poseedor; y así, el que tiene en su poder al siervo al tiempo de la contestacion del pleito, es el reconvenido noxalmente. Mas si el siervo fuese manumitido, entonces él mismo seria reconvenido, no con accion real sino con la directa, procedente del delito cometido.

3—De la definicion dada se deduce claramente, contra quién se dan estas acciones, á saber: contra el señor, pues parece justo que ya que éste lo adquiere todo por el siervo, tambien sufra el daño cuando lo cause. Mas como podia acontecer que la pena importase mas que el valor del siervo, se tuvo por conveniente conceder al señor arbitrio para que escojiese una de dos, ó resarcir el daño, ó desamparar el siervo (2).

4—Lo dicho tiene lugar atendidas las leyes de Partida; mas por el derecho de Indias se puede intentar la accion correspondiente al delito, directamente contra el mismo siervo oyendo á su dueño, si no es que lo desampare ántes de contestar la demanda, ó sea intresado en la acusacion, y siempre con citacion y audiencia del procurador síndico de la ciudad, en calidad de protector de esclavos (3).

(2) Ley 5 al fin, tit 15 Part. 7.

(3) Real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 9. Téngase presente, siempre que se cite esta real cédula, que

5—Debemos, pues, distinguir dos casos conforme á este derecho: el primero, cuando el señor no desampara al siervo, y el segundo, cuando lo desampara; pero en ambos casos hay notable diferencia entre este derecho y el de Partidas. En el primero, no queriendo el señor desamparar al esclavo, y siendo éste condenado á la satisfaccion de los daños causados por su delito, en favor del agraviado, deberá pagarlos el señor, y el esclavo sufrirá la pena correspondiente al delito que cometió (4). En el segundo caso, en que el esclavo es desamparado por el dueño, si tiene peculio propio suyo, como puede tenerlo conforme a derecho (5), debe pagar los daños y perjuicios ocasionados por su delito, y si no tuviere con qué sufrirá la pena corporal correspondiente, y en uno y otro caso se debe proceder con arreglo á lo que disponen las leyes sobre las causas de los delincuentes de estado libre (6).

6—Por lo que hace á los hijos de familia, segun el derecho de España, nunca ha tenido lugar la accion *noxal* en los delitos que cometen, sino que ellos deben ser reconvenidos, y condenados a la pena correspondiente, la que si fuere pecuniaria, y él no tuviere peculio, ni su padre la quisiere pagar, se convertira en corporal (7).

esta suspenso su cumplimiento, segun hemos dicho en otra parte; pág. 123 tomo II, y 90 tomo III.

(4) Véase sobre este caso la ley 40 tit. 4 Part. 7, que dice: que no queriendo el señor pagar la pena pecuniaria que merece el siervo, que se la den corporal, pero no de muerte.

(5) Dicha real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 3.

(6) Arg. del cap. 3 ya citado y del 9, de donde se deduce lo esplicado.

(7) Ley 5 al fin, tit. 15 Part. 7.




## TÍTULO IX.

## DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS CUADRUPEDOS Ó BESTIAS.

## SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1, 2 Se distinguen tres casos acerca del contenido de este título. | América.   |
| 3, 4 Acciones que resultan de cada uno de dichos casos.            | 7 Accion que compete al que recibió daño estimable ó inestimable de una bestia fiera mal guardada. |
| 5, 6 Disposiciones relativas á la                                  |  |

 acerca de este título, para proceder con claridad, debemos distinguir tres casos. El 1º cuando una bestia *mansa*, contra su natural instinto ó costumbre y sin instigarla hizo daño: v. g., cuando un caballo dá coces: el 2º cuando dañó en las cosas ajenas por hechos naturales: v. g., un buey pastando en prados ó mieses de otros; y el 3º, cuando el daño proviene de una bestia de las que se llaman *fieras*, como leon, oso, tigre, etc.

2—Para todos estos casos, aunque por nuestro derecho no tienen nombre distinto las acciones que resultan, se debe proceder en ellos con distincion, por no ser una misma la pena que se impone en todos (1).

3—La accion que resulta en cualesquiera de ellos, se llama *de daño causado por las bestias*, llamada en latin *pauperies*, aunque esta palabra se usurpaba para significar el daño ocasionado por un cuadrúpedo contra su naturaleza, conforme explica-

(1) Por derecho de los romanos la primera accion se llamaba de *pauperie*: la segunda, de *pastu pecorum*; y la tercera se llamaba *edilicia*. Pero nosotros á cualquier daño de estos tres podemos llamar *pauperies*.

mos en el primer caso. Sea, pues, por hecho contrario á su natural mansedumbre, sea por un hecho natural, corresponde por nuestro derecho: *una accion contra cualquier poseedor del animal que dañó sin ser irritado ni instigado, para que, ó resarza el daño causado, ó entregue la béstia* (2). Se dice que esta accion se intenta contra cualquier poseedor, porque no es puramente personal, sino que tiene esta calidad de real (3). Se dice que ha de haber dañado sin ser irritado ni instigado, porque si alguno la espantó ó la irritó, no se da esta accion, sino la *de daño causado sin derecho*, y no contra el dueño de la béstia, sino contra el que la irritó (4). Finalmente, se añade: que debe el dueño resarcir el daño ó entregar el animal, porque esta accion es *noxal*, que tiene por su naturaleza esta alternativa, y milita para ella la misma razon que dimos en el título antecedente.

4—Tiene tambien por efecto esta accion cuando es intentada por daños hechos en huertas, mieses ú otras cosas de alguno, causados por los animales a sabiendas del dueño, ó por malicia suya ó del pastor que los guarda, de obligar á la satisfaccion del doble de todos los daños, conforme los valuaren hombres inteligentes (5). Pero aun cuando se encontrase á las béstias ó ganados haciendo el daño, no será lícito matarlos, herirlos, ni hacerles mal alguno, solo sí cojerlos para llevarlos ante el juez (6).

5—En la América, consultando al bien de los in-

(2) Leyes 22 y 24 tit. 15 Part. 7, y 20 tit. 4 lib. 4 Fuero Real.

(3) Arg. de la ley 22 ya citada.

(4) Dicha ley 22 al fin, tit. 15 Part. 7.

(5) Ley 24 tit. 15 Part. 7.—(6) Dicha ley 24, al fin.

dios, y considerando que las haciendas de ganados vacunos, yeguas, y de otros mayores y menores, pueden hacer gran daño en los maizales de los indios, cuando estan muy cerca de sus pueblos, está mandado: que no se concedan haciendas ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños: que las que haya de haber se sitúen léjos de los pueblos de los indios y sus sementeras: que las justicias hagan que los dueños del ganado pongan tantos pastores y guardas que basten a evitar el daño; y que en caso que suceda alguno, lo hagan satisfacer (7).

6—No bastando estas disposiciones por su generalidad, se estableció posteriormente [\*]: que las haciendas de ganado mayor no se puedan situar dentro de legua y media de las reducciones antiguas, y las de ganado menor, media legua; y que en las reducciones que de nuevo se hagan, haya de ser el término dos veces tanto, pena de perder la hacienda y mitad del ganado que en ella hubiere. Finalmente, que todos los dueños de hacienda tengan el ganado con buena guarda, pena de pagar el daño que hicieren; y se concede á los indios que puedan matar el ganado que entrare en sus tierras, sin pena alguna (8).

7—Ultimamente, por lo que hace al tercer caso que se agrega á este título, aunque en rigor no pertenece á él, se concede accion al que recibió un

(7) Ley 12 tit. 12 lib. 4 Recop. de Indias.

[\*] Digo posteriormente, porque la ley citada es del año de 1350, y esta de que se trata es del de 1618.

(8) Ley 20 tit. 3 lib. 6 Rec. de Indias. Véanse tambien las leyes 13 tit. 31 lib. 2, 52 tit. 3 lib. 3, 12 tit. 12 lib. 4, y 19 tit. 9 lib. 6 Recop. de Indias.

daño *estimable* de una bestia fiera mal guardada, contra el dueño que no tuvo el cuidado debido con su seguridad, para obligarlo á que pague el dos tanto del daño causado (9). Mas si el daño fuese *inestimable*, como si la fiera mordiese ó lastimase á un hombre libre, por la misma accion será obligado el señor de la bestia á pagar las espensas de la cura, y todos los daños y menoseabos que se le sigan; ya por la cesacion de obras, ya de otra manera, como si quedase impedido para siempre. Y si muriere, debera pagar doscientos maravedis de oro, la mitad para los herederos del muerto, y la otra mitad para la cámara del Rey (10) (tt).

(9) Ley 23 tit. 15 Part. 7.

(10) Dicha ley 23, al fin, y la 20 tit. 4 lib. 4 Fuero Real.

(tt) Además de las acciones ya esplicadas, hay otras, á saber. La accion *civil*, que es la que compete á uno para reclamar sus cosas y sus intereses pecuniarios: la accion *criminal*, que es la que se tiene para pedir el castigo de un criminal. Accion *directa* es la que dimana del espíritu y de las palabras de la ley: *útil*, la que solo procede de la mente de la ley y no de sus palabras, ó ni de aquella ni de éstas. Accion *solidaria* ó *in solidum*, es la que tiene cada uno de dos ó mas acreedores solidarios para exijir el pago total del crédito comun. De las acciones *estimatoria* ó *del cuanto menos*, *redhibitoria*, *hipotecaria* y *pignoraticia*, hemos hablado en sus respectivos lugares, y solo resta indicar que hay tambien acciones *ordinarias* ó *ejecutivas*, cuyo nombre toman segun el juicio que con ellas puede intentarse.



## TÍTULO X.

### DE LOS PROCURADORES.

#### SUMARIO.

- |                                    |  |
|------------------------------------|--|
| 1 Razon del orden.                 | del número.  |
| 2 Qué es <b>procurador</b> .       | 8 Circunstancias que debían tener para poder ejercer el oficio.                    |
| 3 Quiénes pueden nombrarlo.        |  |
| 4 Quiénes pueden ser procuradores. | 9, 10, 11 Cosas que les están prohibidas, y otras disposiciones relativas a ellos. |
| 5, 6 Modos como se acaba el poder. |  |
| 7 De los antiguos procuradores     |  |

**C**on motivo de que las acciones de que hemos tratado hasta aquí se intentan en juicio, ó por sí, ó por medio de procurador, se trata en este título de los procuradores.

2—*Procurador*, en el sentido que aquí se toma, es: *aquel que, por mandato del dueño, recibe en sí la administración de algun pleito ó negocio judicial* (1) (uu). Se dice que aquí se toma en este sentido, porque también hay procuradores estrajudiciales, que son los que propiamente se llaman *mandatarios* (vv). Se dice también que el procurador ad-

(1) Ley 1 tit 5 Part. 3.

(uu) Procurador ó *personero* como lo llama la ley 1 tit. 5 Part. 3, *es aquel que recabda ó hace algunos pleitos ó cosas ajenas por mandado del dueño de ellas*; y aunque este nombre esplica con propiedad que aquel representa la persona de otro, sin embargo, en las leyes de la Recopilacion se le dá el nombre de *procurador*, de modo que el de *personero* suele aplicarse al que lo es del comun, llamado propiamente *sindico procurador*. Véanse las leyes del tit. 18 lib. 7 Nov. Recop. y las Ordenanzas municipales de 31 de diciembre de 1839 secc. 4.

(vv) Véase el tit. 27 pág. 228 del tomo III.

ministra un pleito ageno, por mandado de su dueño, porque si lo hace sin esta calidad, es decir, sin un mandato ó verdadero ó presunto, no será procurador sino *defensor*, el que solo se admite en favor del reo y no por el actor; y esto no de otra suerte que dando caucion *de rato*, y de pagar lo juzgado y sentenciado (2) (xx).

(2) Ley 10 tit. 5 Part. 3.

(xx) Los procuradores se constituyen tales en virtud del poder que se les confiere. Este poder es, *la facultad que por medio de un instrumento solemne da un individuo, á otro para que en su nombre haga lo que él haría por sí mismo en el negocio que le encarga.* Quien recibe tal poder ó facultad se llama *apoderado, personero, poder-habiente, procurador ó mandatario*; y el que lo dá, *poderdante ó mandante.* El poder ha de hacerse ante escribano público, y ha de contener los nombres del poderdante y del apoderado, los de los testigos, el lugar, dia y año de su otorgamiento, el objeto, fin, pleito ó negocio para que se confiere, las facultades que se conceden al apoderado, y la obligacion de tener por firme cuanto éste practicare dentro de los límites del poder: leyes 13 y 14 tit. 5 Part. 3. Antiguamente el poder para pleitos se hacia tambien *apud acta*, esto es, en los mismos autos, nombrando la parte á su apoderado delante del juez, quien lo hacia poner en el mismo preceso; pero ahora semejante modo de dar poder está prohibido por la ley 3 tit. 3 lib. 11 de la Nov. Recop., y solo se usa en los asuntos de pequeña cuantia, que se ventilan ante los alcaldes municipales. Cuando muchas personas tienen algun pleito ó negocio comun, pueden dar un solo poder nombrando uno ó muchos apoderados: leyes 18 tit. 5; 4 y 6 tit. 10 Part. 3, y 8 y 13 tit. 10 lib. 1, y 6 tit. 1 lib. 2 Fuero Real. El poder puede ser *general ó especial*, y tambien *judicial ó extrajudicial*, como el mandato; y debe, ademas, para servirse de él en juicio, estar

3—De la definicion dada se infiere, quién puede constituir ó nombrar procurador, conviene á saber: el dueño del negocio que tiene la libre administracion de sus cosas. La razon que tenían los romanos para esto y que tambien se deduce de nuestro derecho (3) es, porque en el procurador se transfiere el dominio del pleito; y así es una especie de enagenacion, la que no puede hacer el que no tiene la libre administracion de sus cosas. De donde se deduce claramente, por qué los hijos de familia, los menores sin autoridad de su curador, y los siervos, no pueden constituir procurador sino en ciertos casos, en los que son reputados como dueños (4) (yy).

calificado de *bastante para el efecto á que se contrae*, por algun letrado, segun las leyes 3 tit. 31 lib. 5 y 3 tit. 3 lib. 11 de la Nov. Rec. y 21 tit. 24 lib. 2 de la Rec. de Indias. Véase el Acuerdo gubernativo de 29 de abril de 1854, en cuyo art. 1 se establece: «Que en los tribunales y juzgados no se admitan poderes que no esten *bastanteados* por el letrado que dirige el negocio, debiendo ingresar á los fondos del Colegio de Abogados un peso por el bastanteo.»

(3) Arg. de las leyes 2 y 3 tit. 5 Part. 3.

(4) Véanse las leyes 2, 3 y 4 tit. 5 Part. 3.

(yy) La primera condicion de un poder, es que sea dado por persona lejitima, y así no pueden conferirlo los inhábiles, faltos de juicio, los menores de veinticinco años sin otorgamiento de su guardador, de manera que si alguno de ellos nombra procurador por sí, solo valdría lo que éste hiciese en beneficio del menor; pero no lo que le perjudicára: ley 3 tit. 5 Part. 3. Los guardadores tampoco pueden, segun esta ley, nombrar procurador en los pleitos de sus menores, sino despues de haberlos comenzado por sí mismos por demanda y por respuesta. Ni tampoco la muger casada, sin licencia de su marido, sino es cuando tenga que usar

4—De la misma definicion venimos en conocimiento de quién puede ser procurador; esto es, cualquiera que sea capaz de encomendarse de la administracion de los negocios judiciales ó pleitos ajenos (5). Por falta de esta calidad no pueden ser procuradores de otro en cosa alguna, el loco, des-

contra él de sus acciones civiles y criminales, como sobre restitucion de dote porque se la disipe, ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, sevicia ó escesiva dureza en el trato, alimentos ú otras semejantes, para las cuales no necesita licencia ni de su marido ni del juez: TAPIA, Febrero nov. lib. 3 tit. 2 cap. 1 n. 24 Ni el hijo que esté en la patria potestad, aunque sea mayor de veinticinco años, sino cuando litigue con un extraño por lo perteneciente al peculio castrense ó cuasi castrense, ó sobre cualquiera otro asunto, siempre que su padre se halle ausente y él sea mayor de edad; pero tratando de litigar con el mismo padre, solo podrá hacerlo sin su licencia: 1º en todo lo perteneciente á dichos peculios: 2º si el padre le negase los alimentos ó malgastase su peculio adventicio: 3º si pretendiere salir de la potestad de su padre, por tratarle éste cruelmente: 4º cuando se mueve pleito sobre si uno es ó no hijo de cierta persona que se tiene por padre; y 5º cuando el hijo quiere casarse con determinada persona y el padre le niega injustamente su consentimiento: leyes 2 tit. 2 Part. 3, y 9 tit. 2 lib. 10 Nov. Rec.; pero en todos estos casos debe el hijo para litigar con su padre, obtener ántes la *venia* del juez, la cual se pide en la misma demanda, y viene á ser una mera fórmula. Tambien tienen que pedir esta *venia* los descendientes, demandando á sus ascendientes, el liberto á su señor, el yerno al suegro, el súbdito al señor de quien es vasallo, el discípulo al maestro, el parroquiano al párroco, el ahijado al padrino de bautismo y el entenado á la madrastra: TAPIA, lug. cit. n. 13 y sig.

(5) Ley 5 del mismo tit. 8 Part. 3.



memoriado, mudo y sordo del todo; ni el acusado de delito grave, mientras dura la acusacion; la muger, si no es por sus ascendientes y descendientes no habiendo quien los defienda, y estando ellos imposibilitados, y tambien por librar á sus parientes de servidumbre ó de sentencia de muerte; los religiosos, si no es en pleito de su orden; los clérigos de orden sagrada, si no es en los de sus iglesias, rey ó prelado; los siervos, si no es en pleito del rey; los caballeros ó soldados, estando en actual servicio; y los menores de veinticinco años (6) (zz).

(6) Leyes 5, 6, 7, 8 y 9 tit. 5 Part. 3, y Cédula de 25 de noviembre de 1764.

(zz) Ninguno puede tomarse por sí el oficio de procurador de otro sin poder de éste. Exceptúanse no obstante, ciertas personas que sin presentar poder, son admitidas á nombre de otros en los juicios: tales son el marido por la muger, el pariente por su pariente, hasta el cuarto grado, el suegro, yerno ó cuñado, el aparcerero ó condueño de una misma heredad ú otra cosa, los cuales antes de entrar en juicio deben asegurar con fiadores ó prendas, que aquel por quien demandan habrá por firme lo alegado, hecho y juzgado en el pleito; aunque si esta caucion se les exige despues de comenzado el pleito, no tendrán obligacion de darla: leyes 10 tit. 5 P. 3; y 5 y 14 tit. 10 lib. 1 Fuero Real, y 10 del Estilo. Todo esto debe entenderse para demandar como actor, pues para tomar la defensa del reo no se requiere ni ser pariente, ni tener poder; pero si dar caucion de que el reo lo dará por bien hecho y pagará lo juzgado; y esta caucion se exige tambien por la ley 21 tit. 5 Part. 3, al procurador, ó defensor del reo, aunque tenga poder. Si este es dudoso y la parte contraria lo resiste, tampoco debe ser admitido el procurador sin fianzas ó prendas; mas si en el mismo poder se obliga el poderdante á cumplir lo que fuere juzgado y sentenciado, no se deben exigir: leyes 21 citada, y 6

5—Se acaba el oficio de procurador por muerte del que le dio el poder, si acaece ésta antes de la contestacion de la demanda, pues si acaeciére despues no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, aunque los herederos no ratifiquen espresamente el poder, como no nombren otro procurador (7). Del mismo modo, si el procurador fallece antes de comenzar el pleito, espira su oficio; pero si ya lo hubiere comenzado, pueden y deben sus herederos continuar en él, siendo idoneos, lo que no se practica [\*].

6—Tambien se acaba el oficio de procurador por la sentencia definitiva, siendo favorable; pero si fuere adversa, puede apelar de ella, aunque esta facultad no esté espresa en el poder; pero no puede continuar la apelacion sin nuevo consentimiento ó mandato del dueño ó mandante (8). Asimismo se acaba por renuncia voluntaria que haga de su oficio el procurador, la que despues de contestado el

tit. 7, 2 y 14 tit. 10 lib. 1 Fuero Real.

(7) Ley 23 tit. 5 Part. 3.

[\*] Estas disposiciones se fundan en aquel principio del derecho de los romanos, adoptado por las leyes de Partida, de que el procurador, por la contestacion de la demanda, se hace señor del pleito con verdadero dominio en él: por lo cual, como las cosas en que se tiene dominio pasan á los herederos, era consiguiente que la facultad de continuar pasase. Por esta razon solo se estinguia el poder de los modos con que se estinguia el dominio; mas si esta regla ó principio tuviera lugar en el día, no se podría revocar el poder en cualquier estado del pleito, como se hace en la práctica, pues el dominio una vez adquirido no se pierde por revocacion. Véase la glosa 6 de la ley 23 tit 5 Part. 3.

(8) Ley 23, v. *Aun decimos*, en el medio, tit. 5 P. 3.

pleito debe ser con justa causa (9), como tambien la revocacion hecha por el mandante. Pero como la manifestacion de las causas que pueden motivar la revocacion tiene inconvenientes, se ha tenido por mas equitativo en la práctica, no seguir lo dispuesto en derecho, y que en cualquier tiempo que lo juzgue oportuno a sus intereses el mandante, haga la revocacion del poder, no solo no alegando causas ni prometiendo probarlas, sino espresando: *que deja al procurador, ó apoderado en su buena opinion y fama, y que le revoca el poder sin ánimo de injuriarle* (10). Pero ántes de la contestacion del pleito lo puede quitar sin causa alguna (ab).

7—Aunque las leyes permiten generalmente á todos los que no estan prohibidos el que puedan comparecer en juicio por si mismos; con todo, el órden y arreglo que se debe observar en los tribunales superiores ha hecho, que en todas las Audiencias y Chancillerias haya cierto número de procuradores examinados (11), para que los negocios se manejen por personas inteligentes y fieles, sin que ninguna persona pueda presentar peticion, si no fuere por medio de uno de los procuradores del número (12).

(9) Leyes 23 y 24 del mismo tit. 5 Part. 3, y 40 tit. 40 lib. 1 Fuero Real.

(10) Ley 24 tit. 5 Part. 3, y Febr. *Librer. de Escr.* cap. 14 § 1 núm. 22, en donde asegura que así se observa judicial y estrajudicialmente.

(ab) Véase el n. 7 tit. 27 tomo III pag. 234 de esta obra, y el cap. 14 lib. 2 tit. 4 del Febrero novisimo por Tapia.

(11) Ley 1 tit. 28 lib. 2 Recop. de Indias.

(12) Leyes 1 tit. 21 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 25 lib. 5 Nov. Rec., y 2 tit. 28 lib. 2 de la de Indias.

8—Estos, para poder ejercer el tal oficio, han de ser ántes examinados y aprobados por el presidente y oidores de la Audiencia, quienes si hallaren que son hábiles, les deben conferir facultad por ante escribano para ejercer el oficio, haciendo préviamente juramento de usarlo bien y fielmente (13). No pueden presentar peticion en la Audiencia sin traer poder de las partes y presentarle firmado por bastante por algun abogado (14).

9—Les esta prohibido hacer los escritos por sí mismos, debiendo para el efecto valerse de abogado examinado en la misma Audiencia; y solo se les permite presentar peticiones pequeñas para acusar rebeldías ó pedir prorogaciones de términos y otros semejantes (15).

10—Deben ser multados cuando dijeren en la Audiencia cosas falsas, y cuando hablaren sin licencia; y privados de sus oficios si recibieren dadas ó presentes de las partes porque dilaten las causas en que procuran (16).

11—Otras muchas disposiciones acerca de los procuradores pueden verse en los títulos 24 lib. 2 de la Recopilacion de Castilla, y autos acordados; y 28 lib. 2 de la de Indias, que omitimos consultando á la brevedad (ac).

(13) Leyes 1 ya citada y 4 tit. 28 lib. 2 Rec. de Ind.

(14) Leyes 2 de dicho tit. y 13 tit. 28 lib. 2 Recop. de Indias. Véase la nota (xx) pág. 96 de este tit.

(15) Ley 8 tit. 24 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 9 tit 34 lib. 3 Nov Rec., y 10 y 11 tit. 28 lib. 2 Rec. de Ind.

(16) Leyes 5, 6, y 8 tit. 28 lib. 2 Recop. de Indias.

(ac) Antiguamente, en los lugares donde residian las Audiencias, habia número determinado de procuradores, cuyas plazas, que se llamaban *bancos*, eran vendibles y renunciables, y nadie podia comparecer en

juicio ante estos tribunales, sino por medio de alguno de los procuradores del número. Entónces como hoy, les está prohibido dar peticiones ante escribano que sea padre, hermano, hijo ó yerno suyo, el cual debe pasar la causa á otro escribano que no tenga tal parentesco: ley 11 tit. 31 lib. 5 Nov. Recop. No pueden convenirse directa ni indirectamente con los abogados sobre recibir de éstos parte alguna del honorario que debiera corresponderles, bajo la pena de suspension de oficio por un año y de volver lo que hubieren llevado por tales conciertos, lo cual se aplicará por iguales partes al fisco, juez y denunciador: ley 27 tit. 22 lib. 5 Nov. No deben hacer partido de seguir y fenecer los pleitos á costa suya por cierta suma, bajo la pena de cincuenta mil maravedís: ley 22 tit. 22 allí. No deben concertarse con los receptores ni con las partes para alargar ó abreviar las conclusiones, ni recibir por ello alguna cosa, aunque sea de comer: ley 7 tit. 31 lib. 5 cit. Ni hacer concierto con el sugeto á quien defienden de que les ha de dar parte en el pleito si se gana, pena de incurrir en infamia: Gregorio Lopez glosa 8 á la ley 14 tit. 6 Part. 3. Véanse las leyes 5, 6, 8 y 9 tit. 28 lib. 2 Rec. de Indias y las del tit. 31 lib. 5 de la Nov. Recop.

## TÍTULO XI.

### DE LAS CAUCIONES JUDICIALES.

#### SUMARIO.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Razon del método.  | 6 Plazo dentro del cual debe el fiador presentar al reo.                          |
| 2 Qué se entiende por <b>caucion</b> , y por qué se exige esta seguridad                                     | 7 De la fianza de saneamiento.  |
| 3 Cuantas especies hay de cauciones  | 8 De la caucion de rato.  |
| 4 De la fianza de la <b>haz</b> : casos en que tiene lugar, y modos de otorgarse; y de la caucion juratoria. | 9 De la fianza llamada de la ley de Toledo.                                       |
| 5 De la fianza <b>carcelera</b> .  | 10 De la de la ley de Madrid.   |
|  | 11 Últimamente, de la fianza llamada depositaria, ó de acreedor de mejor derecho. |

**C**omo el actor ó su procurador y el reo, estan obligados en muchos casos á prestarse alguna seguridad, así por lo que hace á su persona, como á las resultas del pleito; parece regular que despues de haber tratado en el título antecedente de los procuradores, se trate en este de las cauciones ó seguridades que deben dar en juicio, tanto el actor como el reo (ad).

2—*Caucion* en este sentido, no es otra cosa que: *un acto por el cual el reo asegura al actor, ó éste al reo* (ae). De aquí mismo se deduce la razon por qué se exige esta seguridad. Importa a la república que

(ad) *Actor ó demandante* es, el que promueve el pleito, demandando alguna cosa ó derecho: *reo ó demandado*, el que es llevado á juicio á contestar la demanda. En las causas criminales se llama *acusador* el que pide, y *reo ó acusado* aquel contra quien se dirige la acusacion.

(ae) O lo que es lo mismo: *la seguridad que una parte presta á su contraria*. Véanse sobre *fianzas* los títulos 24 del tomo I, y 21 del tomo III.

los juicios no sean ilusorios, y que los ciudadanos no se vejen mutuamente con pleitos injustos. Debe, pues, el actor estar seguro de que el reo no hará fuga, ó de que pague lo juzgado y sentenciado; y éste de que el actor continuará el pleito, y lo indemnizará de los perjuicios que le haya causado cuando lo intenta sin tener de su parte la justicia.

3—Todas las cauciones de que se puede usar conforme á derecho, se reducen á cuatro especies. La 1ª es, la *fideiusoria*, que consiste en dar fiadores idóneos y abonados; es decir, que tengan con qué pagar, y puedan ser fácilmente reconvenidos. La 2ª es, la *pignoratitia* que se presta dando prendas de un valor que esceda ó iguale al de las deudas. La 3ª es, la *juratoria*, por la cual, interpuesta la religion del juramento, se asegura el cumplimiento de lo pactado. La 4ª es, la *mere promisoria*, y consiste en una simple promesa de cumplir su palabra.

4—Hemos dicho que así el reo como el actor están obligados muchas veces á dar caucion. Veremos, pues, separadamente, cuales dá el reo y cuales el actor. La primera que se puede exigir del reo es, la fianza *de la haz*, y se le da este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro, en virtud de orden del juez (af). Puede tener lugar tanto en las causas civiles como en las criminales. En las civiles lo tiene, cuando se manda á algun deudor poco abonado que arraigne el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso. Esta caucion sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado. En las criminales se da, cuando no se puede imponer al reo otra pena que pecuniaria por ser leve el de-

(af) Tapia, Febr. novis. lib. 2 tit. 4 cap. 18 n. 7.

lito. Puede otorgarse de dos maneras, y son: *de presentarse en juicio y de pagar lo juzgado y sentenciado* (ag). Por la primera se obliga el fiador solamente á que el reo asistirá al juicio y no hará fuga; y así, solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia. Durante ella debe traer el reo á juicio siempre que se le mande, ó comparecer él en su nombre y defenderle. Por la segunda se obliga á las resultas del juicio, esto es, á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. No son, pues, otra cosa estas dos especies de fianza, que asegurar el fiador que el reo se presentara en juicio, estará á derecho en la causa y pagara lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfara él enteramente (1). Pero si el demandado en juicio no halla quien le fie, bastará que preste juramento de estar á derecho hasta la conclusion del negocio. Esta promesa, que es la que se llama *caucion juratoria*, y esplicamos arriba, obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se da por falta de fiador, cuando el reo por ser pobre no lo encuentra ni tiene prendas para la seguridad de la deuda, ó cuando la cosa porque se dá la caucion es de corta entidad (2).

(ag) Estas cauciones se llamaban entre los romanos *de iudicio sisti*, y *judicatum solvi*. La pena del fiador que no cumple su obligacion de traer al reo ó demandado á estar á derecho, debe ser pecuniaria y no corporal, aunque la merezca el fiado: ley 10 tit. 29 P. 7.

(1) Leyes 17 y 18 tit. 12 Part. 5, y 9 tit. 18 lib. 3 Fuero Real.

(2) Ley 41 tit. 2 Part. 3. Véase á Vilanova, *Materia crim. for.* obser. 9 cap. 4 n. 18, y á Parlod. *diff.* 61.



5—Otra fianza de las que dá el reo es, la que se llama *carcelera ó de cárcel segura*. Esta se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, y se le admite cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecuniaria por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision (3). Este fiador se llama *carcelero comentariense*, porque toma á su cargo la custodia del reo, por cuyo encargo, y promesa que hace de volverlo a la cárcel, se le pone en libertad, obligándose á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que presina el juez ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal carcelero se le imponga, ú otra á que se obligue.

6—Mas aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado y no lo cumpla, no por eso incurre al punto en la pena; antes bien debe el juez concederle seis meses de término, si el primero fué igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año: si dentro de él no lo presenta incurre en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio (4). Esta pena ha de ser meramente pecuniaria, porque ninguno puede obligarse á pena corporal por delito que no cometió (5); por cuya razon á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella (6). Si el reo fallece antes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; pero si sucediere su muerte despues de cumplido, incurre en ella y se le puede exigir. Si se obliga solamente á presentarlo a dia

(3) Leyes 24 tit. 18 Part. 3, y 16 tit. 1 Part. 7.

(4) Leyes 17 y 18 tit. 12 Part. 5.

(5) Ley 10 tit. 29 Part. 7.—(6) Dicha ley 10.

cierto sin imponerse pena, puede el juez condenarle si no cumple, en alguna arbitraria; y si procediese la no presentacion de dolo ó malicia suya, imponérsela mayor (7). Mas en ninguno de los casos espresados debe ser reconvenido el fiador por la pena, pasado el año siguiente al dia en que el plazo se cumplio, si dentro de él no se le demandó (8).

7—La fianza *de saneamiento* es, la que da el reo ejecutado no exento, aunque tenga bienes competentes al pago de la deuda, para evitar que se le ponga preso (9). Se llama así, porque el fiador está obligado a *sanear* los bienes secuestrados al deudor, y en su defecto à pagar de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza ha de constar de tres particulares. El primero, que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado. El segundo, que serán equivalentes al tiempo del remate, no solo para la solucion de la deuda, sino de las costas que se causen en su cobro. Y el tercero, que se obligue à satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, ó el resto, deducido el importe que produzcan los que haya; para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, si es el ejecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximira de serlo, à ménos que pertenezca al Rey, pues entonces aunque sea hidalgo y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Real Hacienda se reintegre efectivamente de todo su cré-

(7) Ley 19 tit. 12 Part. 5.

(8) Ley 10 tit. 16 lib. 5 Rec. Ley 1 tit. 11 lib. 10 Nov. Recop.

(9) Ley 19 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 12 tit. 28 lib. 11 Nov. Rec.

dito (10) (ah).

8—Entre las cauciones que se pueden exigir del actor, la primera es, la de *rato*. Esta debe dar todo aquel que comparece en juicio en nombre de otro sin poder, ó sin el bastante, ó como conjunto: v.g., el marido por su mujer, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los socios que tienen compañía. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena, de que aquel por quien acciona habrá por firme lo que se practicare é hiciere en el pleito; y que si no quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al colitigante la pena prometida, y la que se les imponga. Pero el reo debe pedir la fianza ántes de la contestacion, porque despues no están obligados á darla aunque se les pida (11).

(10) Leyes 4 y 14 tit. 2 lib. 6 Recop. de Cast. Leyes 2 y 15 tit. 2 lib. 6 Nov. Recop.

(ah) Tambien corresponde dar al reo la caucion de *seguridad de la vida*, llamada entre los romanos *de non offendendo*, por la cual se obliga el fiador, ó el mismo reo bajo de juramento, á no ofender al sujeto á cuyo favor se otorga, haciéndose responsable de los males que le sobrevengan por consecuencia de las amenazas que dieron lugar á la fianza. Se puede exigir por el injuriado siempre que la injuria envuelva amenaza ó intento de matarle, herirle ó dañarle, justificando aunque sea sumariamente, que el recelo es fundado; y se debe decretar de oficio, aun cuando los interesados no la pidan, siempre que se verse la utilidad pública; pudiendo obligar al que deba prestarla, si lo resiste voluntariamente, hasta con apremio de la prision; pero no si su resistencia nace de no tener quien le fie, pues entónces se suplirá con la caucion *juratoria*. VILAN. *Obs.* 9 cap. 4 n. 132 y *obs.* 11 c. 9 n. 17 y 18.

(11) Ley 10 tit. 3 Part. 3. Véase el n. 2 y nota (ut)

9—La fianza llamada *de la ley de Toledo*, que es la 2 tit. 21 lib. 4 de la Recopilacion de Castilla (ai), tiene lugar en el juicio ejecutivo. Se dá por el actor en el caso de que el reo ofrezca probar con testigos la paga ó lejitima escepcion, fuera del término perentorio de diez dias que le concede el derecho, sin cuyo requisito no percibirá el importe de la condenacion. Tambien se dá en el caso de que el reo ejecutado apele al tribunal superior, con cuya fianza se admite la apelacion, en cuanto al *efecto devolutivo*, pero no en cuanto al *suspensivo*; y el reo queda asegurado de que siempre que por el superior se revoque la sentencia de remate, volverá y restituirá el ejecutante la cantidad que hubiere percibido por dicha sentencia (12).

10—La *de la ley de Madrid*, que es la 4 tit. 21 lib. 4 de la Recop. de Castilla, se dá tambien en la via ejecutiva que se entabla en virtud de sentencia arbitraria proferida en compromisos y transacciones (aj). En este caso la parte que pide la ejecucion

pág. 229 tomo III.

(ai) Es la seguridad que en el juicio ejecutivo tiene que prestar el acreedor á quien se hace pago de la deuda con el producto de los bienes ejecutados, obligándose y dando fiador que se obligue á la restitution de lo cobrado *con el doble por pena en nombre de interes*, en caso que se revoque la sentencia. Llámase *fianza de la ley de Toledo*, por haber sido establecida por los reyes católicos D. Fernando y Doña Isabel en Toledo, el año de 1480.

(12) Leyes 3 y 19 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 2 y 12 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

(aj) Llámase *fianza de la ley de Madrid*, por haber sido establecida por los mismos reyes católicos en las Ordenanzas de Madrid de 1502. Se advierte que

de la sentencia debe dar fianza llana y abonada ante el juez á quien se pidiere la ejecucion de la sentencia, de volver y restituir lo que hubiere de recibir por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun fuere condenado el reo, en el caso de que se revoque. Esto mismo tiene lugar en las transacciones hechas entre partes por ante escribano público (13).

11—Ultimamente: la fianza llamada *depositaria ó de acreedor de mejor derecho*, es la que un acreedor á un concurso ú otro juicio universal dá, cuando ántes ó despues de la sentencia de graduacion ha de cobrar su crédito, de que si pareciere otro de mejor derecho devolverá lo que haya recibido, ó la parte que de ello se mandase, despues de ser vendido en juicio (14) (ak).

la calificacion de si son ó no bastantes las fianzas, se hará por los jueces que deban ejecutar las sentencias, no debiendo, segun la ley 4 tit. 17 lib. 11 de la Nov. Rec., admitirse de ella apelacion ni súplica. Véase la nota (av) pág. 100 tomo III.

(13) Ley 4 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 22 lib. 11 Nov. Recop.

(14) Ley 12 tit. 16 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 10 tit. 32 lib. 11 Nov. Recop. Tapia, tomo 2 lib. 2 tit. 4 cap. 18 n. 15.

(ak) Hay, ademas de las espresadas, otras fianzas de que daremos aquí una lijera idea. La primera es la que se llama *de calumnia*, y es la que se exige del acusador con el fin de que si procede con malicia y no justifica el delito que imputa al acusado, no quede impune, ni el acusado sin indemnizacion, ni el juicio sea ilusorio. Por ella asegura el acusador que su acusacion no es culumniosa, y el fiador afianza que la accion é intencion del actor quedarán probadas: que no es impulsado por odio, venganza, enemistad, inte-

res, ó por vejar al acusado; y se obliga en caso contrario, á pagar las penas de la falsa querrela, costas, daños y perjuicios y demas impuestas por derecho. Algunas veces se obliga solamente al acusador á todas estas resultas, bajo la cantidad que el juez le asigna y manda depositar: ley 8 tit. 33 lib. 12 Nov.; Vilanova, *Materia crim.* obs. 6 cap. 1 n. 89 y 90. Véase la ley 38 tit. 18 lib. 2 Rec. de Indias, que manda que los fiscales no den fianza de calumnia.—La segunda, es la que se llama *de arraigo*, y es la seguridad que dá el demandado de responder á las resultas del juicio, despues de celebrado el contrato principal, siempre que éste intentase mudar de domicilio, ó disipase sus bienes, y mediante la cual evita el deudor que se le ponga preso: leyes 1 y 2 tit. 18 lib. 3 Fuero Real. Mas para obligarle á darla en justicia; debe el acreedor hacer constar previamente la deuda por escritura auténtica, por informacion de testigos ó por confesion del mismo deudor: ley 66 de Toro, ó ley 5 tit. 11 lib. 10 Nov. Rec. Véase á Tapia, lib. 2 tit. 4 cap. 18 n. 17.—Otra fianza hay y se llama *de indemnidad ó de sacar á paz y á salvo*, y es la obligacion que uno contrae de pagar al acreedor lo que éste no pueda cobrar ó conseguir del deudor. Esta caucion se diferencia de la fianza simple: 1º en que en ésta se obliga el fiador á lo mismo á que está obligado el deudor principal, y en la de indemnidad no se obliga sino á lo que no pueda conseguirse del dicho deudor: 2º en la de indemnidad no está obligado el acreedor á demandar indispensablemente al deudor principal ántes que al fiador, á no ser que éste le oponga el beneficio de excusion; y en la simple se requiere la excusion previa de los bienes del deudor, como una condicion necesaria para poder reconvenir al fiador: ANTONIO GOMEZ, lib. 2 *Var.* cap. 13 n. 3.



## TITULO XII.

### DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES Y DE LAS QUE PASAN A LOS HEREDEROS Y CONTRA ELLOS.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| <p>1 Ultima division de las acciones, en perpetuas y temporales, y de las que se dan ó no á los herederos y contra ellos.</p> <p>2 En qué concepto se tienen por perpétuas las acciones.</p> <p>3 Continuacion del mismo asunto.</p> <p>4 Regla sobre la duracion de las acciones reales.</p> <p>5 Regla acerca de la de las acciones personales.</p> <p>6, 7 Otra sobre las acciones mixtas.</p> <p>8 Cuanto tiempo dura la accion de pedir ejecutivamente.</p> | <p>9 Desde cuando empieza á correr, y cómo se computa este tiempo.</p> <p>10 Acciones personales que sirven de escepcion de las reglas anteriores.</p> <p>11 Otras acciones que se acaban en breve tiempo.</p> <p>12, 13, y 14 Reglas relativas á la prescripcion de los delitos.</p> <p>15 De las acciones que pasan á los herederos y contra ellos.</p> <p>16, 17 y 18. Reglas para saber las acciones que pasan á los herederos y contra ellos.</p> |
|--|--|

**R**están finalmente, la octava y nona division de las acciones: conviene á saber, que unas son *perpétuas* y otras *temporales*: unas se conceden á los herederos y contra los herederos; y otras, ni se dan á los herederos ni contra ellos.

2—Aunque antiguamente se llamaron *perpetuas* las acciones que nunca se acababan, despues consultando á que los pleitos no fuesen interminables, se dicen *acciones perpetuas*, aquellas que duran un tiempo muy largo, como viene ó treinta años; y *temporales* las que se acaban dentro de un breve espacio; v. g., un año, dos, tres ó cuatro. El que tengan término las acciones no solo es útil, sino tambien conforme á los principios de derecho. Segun estos, las acciones se enumeran entre las cosas incorporales, las que se cuentan en nuestros bienes y aumentan nuestro patrimonio. Mas como todo lo

que es de esta naturaleza está sujeto á perderse por prescripcion, por militar en unas y otras cosas las razones en que se funda este derecho: de ahí nace que las acciones, como cualquiera otra cosa, se pierden por tiempo; y todas si se hubiera de hablar con rigor, se deberian llamar *temporales* (al).

3—Para proceder con la posible claridad en esta materia, que es practica y de importancia, estableceremos várias reglas para conocer cuanto duran las acciones.

4—Regla 1.<sup>a</sup> *Las acciones puramente reales duran tanto, quanto permanece el derecho en la cosa de donde dimanar.* Es decir, que si se ha de intentar una accion real para vindicar una cosa *mueble*, debe hacerse dentro de tres años: si *raiz*, dentro de diez entre presentes, y veinte entre ausentes. Si se dejaron cumplir estos términos, la cosa se prescribió, y se estinguió la accion para repetirla (1). Esto se entiende poseyendo con buena fé, pues si con mala, durará la accion treinta años, y aunque pasados éstos se estingue, sin embargo, no adquiere el dominio el poseedor (2).

5—Regla 2.<sup>a</sup> *Las acciones puramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion personal, ya con ejecutoria dada en virtud de ella* (3). Es decir, que toda accion personal ordinaria [\*] dura veinte años, contados desde el dia en

(al) Véase el título 6 pag. 79 del tomo II que trata de la *usucapion*.

(1) Leyes 9, 17 y 18 tit. 29 Part. 3.

(2) Ley 21 tit. 29 Part. 3.

(3) Ley 6 tit. 15 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 5 tit. 8 lib. 14 Nov. Recop.

[\*] Llamamos accion *personal ordinaria* la que se debe intentar en juicio ordinario, por no estar fun-



que se consiguió ejecutoriar [\*]. Mas como de la sentencia *ejecutoriada*, ó *pasada en autoridad de cosa juzgada* [\*\*] nace otra accion personal para pedir ejecutivamente, que es lo que llamamos *derecho de ejecutar*, el cual segun la regla que daremos despues, dura diez años; se sigue que el acreedor que obtuvo ejecutoria, dentro de los diez pri-

dada en alguno de aquellos documentos que traen aparejada ejecucion.

[\*] *Ejecutoriar* no es otra cosa, que conseguir que en el juicio ordinario seguido por todos sus trámites, y aun despues de segunda instancia, se declare corresponder el derecho que se ha litigado, sacando para cumplimiento de la sentencia el despacho ó carta llamada *ejecutoria*, la que es un instrumento legal en que consta lo determinado en juicio por dos ó tres sentencias conformes, segun el estilo y práctica de los tribunales reales ó eclesiásticos.

[\*\*] No es lo mismo *ejecutoriar*, que declarar una sentencia por *pasada en autoridad de cosa juzgada*. Lo primero ya hemos explicado qué es: lo segundo se verifica cuando dada sentencia definitiva no se apela de ella por ninguna de las partes; en cuyo caso, pasados los cinco dias de término que concede el derecho para interponer apelacion de cualquiera sentencia (segun la ley 1 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast., que es la 1 tit. 20 lib 11 Nov. Rec., que deroga á la 22 tit. 23 Part. 3 que concedia diez dias), la parte en cuyo favor fuere pronunciada, presenta pedimento para que se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo relacion del dia en que se pronunció, y del de sus notificaciones; á cuya continuacion se dá traslado al reo, y con lo que diga ó no, se provee auto por el juez, en que declara la sentencia por consentida, no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando que se lleve á debido efecto, por lo cual se dice que tiene aparejada ejecucion.

meros años puede pedir ejecutivamente, y dentro de los diez restantes solo ordinariamente, por haber perdido el derecho ejecutivo que ántes tenia; de suerte, que si dentro de los veinte años no usa de su derecho en la forma espresada, no puede intentar despues accion alguna contra su deudor por haber espirado ámbas con el curso del tiempo y presumirse pagada ó remitida la deuda [\*].

(\*) No hay duda que esta prescripcion ó pérdida de las acciones por el curso del tiempo se funda principalmente en presuncion de paga, no siendo regular que de otra suerte el acreedor se estuviese tanto tiempo, sin usar de su derecho, y si se le oyese, sucederia muy facilmente, que muchos dadores que ya habian pagado se verian en precision de volver á pagar, por no poder acreditar la paga hecha. Así lo dice la ley 3 tít. 13 lib. 3 del Ordenamiento Real, que aunque algunos la tienen por derogada, por la ley 63 de Toro que es la 6 tít. 15 lib. 4 de la Recopilacion, y otros la concilian valiéndose de la 4 del mismo título; con todo, dá luz en esta materia, y prueba lo que hemos dicho. Por cuyo motivo insertaremos aqui literalmente las dos, porque no son muy comunes los ejemplares de este código de nuestro derecho antiguo. Dice, pues, así la ley 3. «Suele acae-  
cer que seyendo las deudas pagadas á quien eran de-  
bidas, que ellos ó sus herederos las demandan despues  
de luengo tiempo á los deudores ó á sus herederos,  
y porque no pueden probar la paga por muerte de  
los testigos ó por ser perdida la carta de pago, han  
de pagar lo que no deben. Por ende ordenamos. que  
aquel que alguna accion ó demanda tiene contra otro,  
con carta ó sin carta, y desque el plazo llegare no le  
demandare en juicio ó no ficiere emplazar la parte  
sobre ello, ó no fuere fecha entrega y ejecucion por  
ello fasta diez años, que dende en adelante pierda la  
demanda y no sea oydo sobre ello.»—Y la ley 4 des-  
de el rubro se esplica en estos términos.—«Que la ley

6—Regla 3.<sup>a</sup> *Las acciones mistas de reales y personales, v. g., cuando en la obligacion hay hipoteca, de suerte que no solo está obligada la persona sino tambien sus bienes, dura treinta años (4).*

7—Esta regla es clara atendidas las doctrinas dadas en la antecedente.

8—Regla 4.<sup>a</sup> *La accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, que es lo que se llama derecho de ejecutar, dura solamente diez años (5) (am).*

« ante de esta se entienda que no se pueda facer entrega por tal deuda si el deudor no fuere demandado. »—« Mandamos que prescripto el contrato por transcurso de tiempo de diez años, segun que en la ley ante de esta se contiene, ninguna entrega ni ejecucion se pueda facer del tal debdo, fasta que el deudor sea emplazado y oydo. » El tenor de estas leyes demuestra que se fundan en presuncion; y como esta debe siempre ceder á la verdad, se sigue que usando el acreedor del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ú obligacion, sino que tambien declare si debe su importe: de este modo hace que reviva la accion muerta por el discurso del tiempo —El Dr. Diego Perez glosador de estas leyes, dice así en estas palabras. *Prescripto el contrato Intellege quod ad executionem quantum veró ad actionem personalem præscribendam, sunt necessarij alij decem anni et sic actio personalis jure regio vicennio jus autem exequendi decennio præscribitur; et est optimus intellectus nedicamus uno momento hanc corrigere superiorem.*

(4) Ley 6 tit. 45 lib. 4 Rec. Ley 5 tit. 8 lib. 11 N. R.

(5) Dicha ley 6.

(am) Para comprender mejor la doctrina del autor, transcribiremos aqui las palabras de la ley 63 de Toro

9—Acerca del punto en que comienzan á correr estos diez años, aunque opinan los autores con diversidad, parece lo mas probable que se entienda de este modo (an). Si se pide en virtud de escritura con clausula guarentigia, no hay duda que comienzan á correr los diez años desde el dia en que se cumplio el plazo, y si no lo contiene ó es obligacion pu-

que es la 3 tit. 8 lib. 11 de la Novis. *El derecho de ejecutar por obligacion personal, dice, se prescriba por diez años, y la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mista, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.* Téngase presente que no hablando esta ley ni ninguna otra de la Recopilacion, de la prescripcion de las acciones *meramente reates*, queda en su fuerza y vigor la de treinta años, establecida por la ley 21 tit. 29 Part. 3

(an) Es punto ya fuera de toda duda que el *derecho de ejecutar ó de pedir ejecutivamente* solo dura diez años, que empiezan á correr desde que nace la accion ejecutiva y no antes, porque no ha existido. Y asi, en la *sentencia*, corren desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: en la *ejecutoria*, desde el en que se dió: en el *instrumento público*, desde el de su otorgamiento si la obligacion es pura ó simple, y desde el dia del cumplimiento de la condicion ó del plazo, cuando la obligacion es condicional ó á dia cierto: en los instrumentos *de censo, pension ó legado anual*, desde la última paga ó desde la celebracion del contrato, si ninguna ha habido todavia; y en los *rates, quirógrafos ú otros papeles simples*, desde el dia de su reconocimiento, si lo han sido dentro del término de la accion principal ú ordinaria, hasta que ésta espire; en cuyo caso, hallándose ambas estinguidas, ninguna puede ejercitarse: Sigüenza, *Cláusulas instrumentales*, lib. 1 cap. 33 n. 4.

ra ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples, desde su reconocimiento, hecho en la forma que pide la ley (6) para que traigan aparejada ejecucion [\*]. Y siendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó ejecutoriada, antes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se ejecutorio; y pasados se perdió el derecho de ejecutar, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la cual segun hemos dicho antes, le dura otros diez años [\*\*].

10—Sirven de escepcion á estas reglas, várias acciones *personales* que solo duran tres años, y pasados se presume pagada la deuda, no habiéndose interrumpido la prescripcion por cobro ó contestacion de pleito. Tales son: 1ª la que tienen los abogados y procuradores para pedir sus honorarios (7); 2ª la que compete á los boticarios, joyeros y

(6) Ley 5 tit. 21 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 4 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

[\*] Véase al señor Vela en la *Disertacion* 26, quien prueba latamente esta opinion, despues de proponer los fundamentos de los que quieren se cuenten desde el dia del otorgamiento, y la confirma con la práctica de la Audiencia de Sevilla, de donde fué oidor, en la que dice que muchas veces se confirmaron ejecutorias de jueces inferiores, que contenian sentencias dadas contra deudores reconvenidos por papeles simples, judicialmente reconocidos despues de diez años.

[\*\*] Sobre esta materia puede tambien verse á Gomez en la ley 63 de Toro, y á Febrero, no solo en la Libreria de escribanos, cap. 4 § 4 á los números 72, 73, 74 y 75, sino tambien en el libro 3 de los *cinco juicios* cap. 2. en donde trata difusamente, de qué modo se interrumpe la prescripcion cuando el deudor ha hecho algun pago dentro de los diez años.

(7) Ley 32 tit. 16 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 9 tit. 11 lib. 10 Nov. Recop.

otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, para cobrar lo que hubieren dado de sus tiendas, ó las hechuras de los muebles ó cosas que hubieren hecho (8): 3ª la que tienen los criados para cobrar sus servicios ó salario; debiéndose contar los tres años en éstos, desde el día en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el día en que se contrajo la deuda (9).

11—Se acaban tambien en breve tiempo las acciones que rescinden algun acto, como son las restituciones *in integrum* que duran cuatro años (10): escepto la que se concede á las iglesias, fisco y ciudades cuando la lesion es enorme que dura treinta años (11). Méenos duran las acciones *redhibitoria* y *quanto minoris*: pues la primera se da para rescindir la venta dentro de seis meses, y la segunda para minorar el precio dentro de un año, contado uno y otro término desde el día de la venta (12).

12—Las reglas dadas tienen lugar en las acciones personales que nacen de contratos; mas en las que nacen de delitos se señalan distintos tiempos para intentarlas.

13—Regla 1.ª *Las acusaciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo para acusar en los delitos públicos, dura veinte años* (13). De esta regla se esceptúan varios casos. 1º Cuando

(8) Ley 9 tit. 13 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 10 tit. 11 lib. 10 Nov. Recop.

(9) Dicha ley 9 del mismo título 13.

(10) Leyes 2, 3 y 5 tit. 19 Part. 6.

(11) Ley 10 de dicho título 19.

(12) Ley 63 tit. 5 Part. 5.

(13) Ley 5 tit. 7 Part. 7; y Paz, 5ª parte, tomo 1 cap. 1 n. 8, que así lo asienta, y se funda en esta ley.

el crimen se continúa; y así, mal podría un ladrón público oponer la prescripción de veinte años, habiéndolos pasado todos ellos en hurtar. 2º Los delitos contra la castidad, cuya acción para acusarlos solo dura cinco años, y aun en algunos casos ménos (14). Excepto el adulterio, que siendo cometido por fuerza, dura su acusación treinta años (15). 3º Los delitos gravísimos, como la heregía, simonía, de lesa magestad y otros semejantes, en los que se puede siempre acusar; de consiguiente esta acción en rigor será perpetua (16).

14—Regla 2.ª *La acción de cualquier delito privado se prescribe en el espacio de veinte años, si no es que se encuentre mas ó ménos tiempo señalado en las leyes* (17). Así, la acción de dolo dura dos años solamente; mas la de *daños y perjuicios* que resultan de él, dura treinta (18). La acción de injurias un año solamente (19); y así de otras, cuyos tiempos pueden verse en las mismas leyes (20).

(14) Leyes 3 y 4 tit. 17 Part. 7.

(15) Dicha ley 4 tit. 17 Part. 7.

(16) Véase á Gregorio Lopez en la glosa 4 de la ley 4 tit. 17 Part. 7 que así lo asienta citando á otros.

(17) Paz, 5ª parte, tomo 1 cap. 3 num. 83 y 84.

(18) Ley 6 tit. 16 Part. 7.

(19) Ley 22 tit. 9 Part. 7.

(20) Sin embargo de que la ley 3 tit. 2 lib. 10 Fuero Juzgo, señala el transcurso de treinta años para la prescripción de los delitos, las leyes de Partida y Recopiladas, fijan otros términos, según sean ellos; y así los de falsedad pueden acusarse por cualquiera del pueblo, dentro del término de treinta años: el adulterio solo puede acusarse dentro de cinco, y si hubiere sido ejecutado por fuerza, dentro de treinta, con tal que los consortes no se hallen divorciados; y en caso de haberse pronunciado la sentencia de divorcio, puede el mari-

15—Pasemos ahora á la segunda parte del título, en la que se trata de las acciones que pasan á los herederos y contra ellos; y para su conocimiento da-

do acusar á su muger de adúltera para la pena, dentro de sesenta dias, contados desde el divorcio, sin incluir los feriados ni los de lejítimo impedimento: leyes 3 y 4 tit. 17 Part. 7. El incesto, y el acceso con religiosa, viuda que vive honestamente ó con doncella, han de acusarse en igual tiempo que el adulterio: ley 2 tit. 18 Part. 7—La accion criminal de hurto se prescribe por veinte años, aunque la de repetir la cosa hurtada nunca se estingue: ley 2 tit. 8 lib. 11 Nov. Rec.—El comiso ó la pena de esta calidad se prescribe por cinco años, y si recae en cosa de arrendamiento real, dura el tiempo de este y seis meses despues.—El delito de simple fornicacion se prescribe por tres años, y si es de adulterio complicado con incesto, entónces dura el tiempo de cuarenta años, igualmente que todos los demas que en derecho se llaman atroces ó atrocisimos, como son el de heregia, lesa magestad, parricidio, asesinato, fabricacion de moneda falsa, simonia, aborto procurado de feto animado, sodomía ó pederastia, bestialidad, sacrilegio y otros de igual ó mayor gravedad.—Pasados los referidos términos de prescripcion, ni de oficio ni por acusacion de parte, ni aun mediante el beneficio de restitucion *in integrum* puede procederse como los delitos no esten procesados; pues siéndolo, si la causa esta pendiente por citacion legítima ó por contestacion, nunca se acaba esta instancia criminal: TAPIA, *Tratado del juicio criminal*, tomo 6 tit. y cap. 1 n. 38.—Ultimamente, se advierte, que el procedimiento de oficio en los juegos prohibidos no tiene lugar pasado un año: Decreto de 18 de julio de 1840 art. 14; ni tampoco puede procederse contra un reo de causa liviana que hubiere sido dado en fiado, si dentro de sesenta dias desde su escarcelacion, no habiendo querella de parte, no se hubiere sentenciado su causa: ley 24 tit. 38 lib. 12 Nov. Rec.



remos tambien tres reglas (ap).

16—Primera. *Toda accion persecutoria de la cosa ó penal, puede ser intentada por los herederos del difunto; si no es que sea destinada solamente para la venganza.* La razon es, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto; de suerte, que lo que a él le correspondia o se le debia, ya por derecho en la cosa o á la cosa, pertenece y se le debe tambien al heredero. Se exceptuan las acciones que solo miran á la venganza, como la accion de injurias, la de inoficioso testamento, la que se da para revocar la donacion por ingratitude y otras semejantes, porque en ellas en realidad no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal (20).

17—Segunda. *Toda accion persecutoria de la cosa, aunque nazca de delito, se da contra los herederos.* La razon es, porque segun dijimos en la regla antecedente, los herederos suceden en todos los derechos del difunto, el cual cuando se obligo, no solo lo hizo por sí, sino tambien por sus sucesores (21).

18—Tercera. *Las acciones penales ya nazcan de delito, ya de contrato, (v. g., la de depósito miserable) pueden ser intentadas por los herederos.*

(ap) Téngase presente, que la accion *penal*, del mismo modo que la persecutoria de la cosa, es meramente *civil*; y asi no ha de confundirse con la *criminal*, pues aunque las dos nazcan de delito, la una no tiene mas objeto que un interes pecuniario y se ejerce civilmente, al paso que la otra se dirige al castigo y escarmiento del delincuente.

(20) Ley 23 tit. 9 Part. 7.

(21) Ley 20 tit. 14 Part. 7.

ros; pero no contra ellos, si no es que el pleito haya sido contestado por el difunto (22) (aq). La razon es, porque las penas como los delitos son puramente personales; y así, solo tienen lugar en los autores del delito, no en los herederos que supongamos inocentes. La razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito induce un *cuasi contrato*, el cual ya estaba entre el difunto y el agraciado; y así, la obligacion de él pasa al heredero (23) (ar).

(22) Dicha ley 20. Véanse las leyes 23 tit. 1, y 2 y 3 tit. 13 Part. 7.

(aq) La accion *persecutoria de la cosa* pasa á los herederos del acreedor y se da contra los herederos del dendor; pero la accion *penal* no pasa á los unos ni puede ejercerse contra los otros, sino solo en el caso de que se hubiese entablado y contestado el pleito en vida del ofensor y del ofendido: ley 25 tit. 1 Part. 7—Supongamos, pues, que Pedro te hurta un caballo, tienes en tal caso contra él, accion persecutoria de la cosa y accion penal, es decir, puedes pedirle la restitution del caballo, ó bien su estimacion en caso de pérdida, y la pena del duplo, esto es, dos tantos mas de su valor. Si tú ó Pedro ó los dos, falleceis antes que le pongas la demanda y él la conteste ya no podrás tu ni tus herederos pedir á Pedro ó á los suyos la pena del duplo, sino solo el caballo ó su estimacion, pues la accion penal se estinguió por tu muerte ó la de Pedro; pero si el fallecimiento de cualquiera de vosotros dos ó de ambos, no acaece hasta despues de la contestacion de la demanda, entónces tú ó tus herederos podreis usar de las dos acciones, persecutoria y penal, contra Pedro ó sus herederos, los cuales tendrán que restituiros el caballo ó su estimacion y pagaros ademas, dos tantos de su valor.

(23) Leyes 23 tit. 9, y 20 tit. 14 Part. 7.

(ar) Conocida ya la naturaleza y terminos concedidos para uso de las acciones, resta decir algo acerca de la *acumulacion* de ellas. Esta consiste en la deduccion de


dos ó mas acciones en un mismo juicio. Es de dos maneras, *propia é impropia*: la 1.<sup>a</sup> es la union simultánea de diversas acciones en un mismo juicio, tiempo y demanda; y la 2.<sup>a</sup> es la deducción sucesiva de diversas acciones en diverso tiempo y demanda, hasta la contestacion del pleito. La acumulacion, unas veces es, pues, *necesaria*, porque diversas acciones tienen que tratarse en un juicio, y otras es *voluntaria*, pero que, pedida por el reo, se convierte en necesaria, y el actor tiene que hacerla. En un mismo libelo ó demanda puede proponer ó intentar el actor contra uno ó mas sujetos, muchas y diversas acciones civiles ó criminales, por distintas causas y razones, con tal que no sean contrarias entre sí, pues si lo son, es necesaria para ello nueva instancia ó interpelacion: ley 7 tit. 10 Part. 3.—Gregorio Lopez, glosa 1.<sup>a</sup> allí, dice que en este caso pueden intentarse disyuntiva ó condicionalmente, pues segun dicha ley, por la adopcion de la una, se entienden renunciadas las demas, sin poder volver á ellas. Si en una misma demanda se intentasen las dos acciones *criminal* y *civil* al mismo tiempo, habría de conocerse primero de aquella, porque al interes particular del demandante, se añade el de la sociedad en castigar los delitos; á ménos que se intentase principalmente la civil y por incidencia la criminal, pues entonces debe reservarse hacer uso de ésta á su tiempo, que es despues de sentenciada la primera, porque no se permite usar principalmente á un tiempo de ambas, sino en el hurto, en que se puede pedir la cosa y la pena: ley 18 tit. 14 Part. 7. Curia Filipica, part. 1 § 12 n. 8, y part. 3 § 14 n. 6.

## TÍTULO XIII.

### DE LAS ESCEPCIONES.

#### SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| <p>1. 2 Qué se entiende por <b>escepcion</b>, cómo se define, y cual es su principal division.</p> <p>3 Se dividen tambien en <b>reales y personales</b>.</p> <p>4 Cuando deben oponerse las escepciones <b>dilatorias</b>.</p> | <p>5 Qué tiempo se concede para alegar y oponer las <b>perentorias</b>.</p> <p>6, 7 Despues de hecha publicacion de probanzas, ninguna puede alegarse: escepcion de esta regla.</p> |
|---|---|

 sí como al actor corresponde entablar su accion, de la misma manera es á cargo del reo elidirla y defenderse. Esta defensa puede hacerse por el reo, ó negando absolutamente la peticion del actor, ó confesando la causa que tiene para pedir, pero rechazándola por algun motivo justo, que es á lo que llamamos *escepcion*.

2--Diremos, pues, que la escepcion es: *una defensa ó exclusion de la accion intentada por el actor, que hace el reo, ó elidiendola del todo ó suspendiendo su efecto* (1). Segun este modo de explicar las escepciones, que es conforme á nuestro derecho [\*], se dividen en *perpétuas* ó *perentorias*

(1) Leyes 7 y 8 tit. 3 Part. 3, y 1 y siguientes tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. ó 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec.

[\*] Segun el derecho de los romanos, la *escepcion* era una exclusion fundada en la equidad, de la accion que competia atendido el rigor de derecho; es decir, que solo decian escepcionarse el reo, cuando la accion que tenia el actor, atendido el rigor de derecho era válida, y debia producir su efecto; pero la equidad prohibia que lo produjese. Por ejemplo: era principio constante, que la voluntad, aunque fuese coacta ó careciese de espontaneidad, era voluntad por el rigor de

y en *temporales* ó *dilatorias*. Las primeras son aquellas que alegadas acaban con la accion que parecia tener el actor: v. g., la escepcion de cosa juzgada, de dolo ó de miedo grave (2). Las segundas son las que sólamente suspenden el efecto de la accion ó la difieren hasta otro tiempo: tales son las que se dirigen, ó à la persona del juez, diciendo que es sospechoso ó incompetente; ó à la persona que demanda por no ser legitima para comparecer en juicio, ó al mismo negocio, como si pide el actor ántes de haber llegado el plazo (3) (as).

derecho; pero la equidad dicta se rescindan los contratos hechos por miedo: de aquí, pues, nacia la escepcion *Quod metus causa*. Del mismo modo, por rigor de derecho, el hijo de familias debe quedar obligado por el mútuo, y por cualquier contrato que celebre; pero la equidad y favor de los padres, quitan la fuerza à esta accion, mediante la escepcion del senado-consulto *macedoniano*. Tampoco se llamaban escepciones, hablando con propiedad, aquellas que alegadas hacen ver que no hay accion, á lo que llaman quitar la accion *ipso jure*: v. g., la paga, la compensacion: á estas llamaban escepciones *facti*, y á aquellas en que era necesario alegar la escepcion para elidir la accion, decian escepciones *juris*. Mas ahora por nuestro derecho, llamamos *escepciones* á todas aquellas defensas que propone el reo, y que justamente impiden que produzca su efecto la accion intentada contra él.

(2) Dicha ley 8 tit. 3 Part. 3.—(3) Ley 9, allí.

(as) *Escepcion* es, todo lo que opone el reo á la demanda del actor, ya para destruir el derecho de éste, ya para dilatar el juicio ó impedir que se entable de cierto modo. Las escepciones, por otro nombre *artículos*, se dividen en *meramente dilatorias y temporales*; en *meramente perentorias y perpetuas*; en *mistas ó anómalas*, y en *perjudiciales*. Las primeras son las que difieren ó retardan el ingreso ó curso del juicio princi-

3—Tambien se dividen las escepciones en *reales* y *personales*. Reales son, las que aprovechan á los herederos y sucesores, y de esta naturaleza son casi todas; pero hay otras que solo competen á una persona por fundarse en algun privilegio personal, y por eso se llaman personales, y espiran con la persona: v. g., la escepcion de beneficio de competencia.

4—Por lo que hace al tiempo en que se han de proponer la escepciones y término que se concede pa-

pal, y unas son relativas al juez, como la *declinatoria* de fuero ó *incompetencia* del juez por defecto de jurisdiccion, y la *recusacion* por sospechoso: otras relativas al actor, como la de *legitimacion* no solo para pedir sino tambien para comparecer en juicio; y otras á la *causa* ó *proceso*, como la *titis pendencia*, la *subrepcion* del rescripto, la de *libelo inepto ú obscuro*, la de *pacto temporal de no pedir*, la de *carecer el actor de accion para litigar*, *pedir antes de que espire el plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes: las *perentorias* son, las que estinguen la accion del actor, como las de no haber entregado el dinero, la prescripcion, solucion, etc: *mistas* son las que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, como la cosa juzgada, transaccion, pleito acabado, paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion, por no haberla tenido nunca ó haberla ya perdido: ultimamente, las escepciones *perjudiciales*, que se comprenden entre las dilatorias, ó son absolutamente y de suyo *perjudiciales*, como las que se proponen sobre el estado de libertad, sobre si uno es hijo de quien se dice, ó cuando el hijo dice que no está bajo la patria potestad; ó respectivamente, que son las que se proponen como acciones privilegiadas, contra otras que no lo son, lo cual sucede: 1.º cuando se intentan dos, una principal y otra accesoria, pues aquella perjudica á ésta, porque se trata primero de ella: 2.º cuando se instaura una y luego otra contraria, pues no se admite ésta por el perjuicio que

ra probarlas, hay diferencia entre las dilatorias y perentorias. Las *dilatorias* se deben oponer ántes de la contestacion del pleito, ó por mejor decir, oponiéndolas no se contesta el pleito. Para oponerlas y justificarlas concede el derecho al reo el término de nueve dias continuos, contados desde el de la citacion, y pasados no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitution del privilegiado á quien competa, si no es que de su inadmission se

causa á la otra: 3.º cuando se intentan dos civiles, una particular y otra universal, pues aquella cede á ésta; ó cuando la una es civil y la otra criminal y ésta absorve en sí á aquella: 4.º en caso de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion, ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado: 5.º cuando alguno intenta la accion de division de herencia diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si le niegan esta calidad, no puede dividirse la herencia: 6.º cuando intenta la de division de cosa comun, y se le niega ser comun la cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que la obtenga en juicio pasar á dividirse: 7.º cuando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ó contra el fiador simple, porque si se le opone la escepcion de la escusion en el principal obligado, debe hacerla primero y ésta perjudica á la accion: 8.º cuando se opone al actor la escepcion de escunion mayor, de la cual se debe conocer antes que del principal negocio; y 9.º cuando no tiene accion ó no legitima su persona, ó se escepciona contra la del juez por incompetencia ó sospecha, de suerte que cuando el reo intenta alguna accion como tal, ó por via de escepcion, de la cual debe tratarse antes que de la del actor, se llama perjudicial, porque detiene y perjudica su curso y conocimiento. Tapia, lib. 3 tit. 4 cap. 3 n. 1, 2, 3, 47, 51, 60, 61 y 63.

le irroge grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entónces precediendo el conocimiento de ella, pueden ser admitidas (4) (at).

5—Mas para alegar y oponer las *perentorias*, le concede la ley otros veinte dias, contados desde que se concluyan los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos, segun algunos autores, no debe admitirlas el juez, escepto que no se opongan de malicia, jurándolo el reo así, y que hasta entonces no habian llegado á su noticia (5). Pero otros, atendiendo á que nuestras leyes quieren que en la decision de las causas solo se deba atender á la verdad (6), defien-den que se han de admitir las escepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para haberlas ignorado hasta entonces, y que en este caso debe ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion (7).

(4) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec., y Gregorio Lopez en la ley 9 tit. 3 Part. 3, glosando las palabras *no debe ser oido*, glosa 5.

(at) Bien que de todos modos las escepciones dilatorias podrán ponerse como perentorias dentro del término de éstas; y aun alguna de ellas puede alegarse en cualquier estado del juicio, aunque esté concluida la causa, como la *recusacion*: ACEVEDO, en la ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. n. 55: CÖVARR. *practic. quæst.*, cap. 26 n. 2; y *Curia Filip.* part. 1 § 13 n. 6, y § 15 n. 2.

(5) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec.

(6) Ley 10 tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop.

(7) Véase dicha ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec. Acevedo, en la ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov., y Covarr. *pract. quæst.* cap. 26 n. 2.



6—En el caso de haberse ya opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del competente término, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, porque sería necesario que el pleito se recibiese nuevamente a prueba sobre ella; si no es que el que la opone pueda justificarla por escritura pública, ó confesion de la parte contraria (8) (au).

7—No milita lo dicho para con los que gozan del beneficio de restitucion *in integrum*, porque estos la pueden intentar para oponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez solamente, pidiéndola ántes de la conclusion para definitiva; y en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (9).

(8) Ley 5, al fin, tit. 3 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 13 lib. 11 Nov. Recop.

(au) Las escepciones mistas ó *anómalas* pueden oponerse ántes ó despues de la contestacion, y á veces no solo ántes de ésta, como dilatorias ó como mas haya lugar y puedan contribuir á la justificacion del artículo de *no contestar* que se forme, sino tambien despues, en caso que aquel se desprece y se mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento. Si se oponen ántes, sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para enervar la accion del demandante, que es el único fin á que se dirijen. Si la duda ó dificultad es de derecho, debe decidirse al punto, sin necesidad de mas exámen é indagacion, y aun el juez debe suplir de oficio la escepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga: TAPIA, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 68, 69 y 74.


(9) Leyes 5 y 6 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1 y

## TÍTULO XIV.

### DE LAS REPLICACIONES.

#### SUMARIO.

- 1 De la replicacion y duplicacion ó contraréplica.      2 Términos concedidos al actor y al reo para la réplica y duplicación.

 Así como el reo intenta elidir la demanda del actor mediante alguna escepcion, de la misma suerte el actor procura destruir la escepcion alegada por el reo, á lo que llaman *replicacion*, y este responde tambien á ella con la *duplicacion*. Mas alegatos no permite nuestro derecho, sino que habiendo llegado á la *duplicacion*, que es decir, estando la causa en cuarto escrito, se dá el pleito por concluido en esta parte, y se manda recibir á prueba (1).

2—Para la *replicacion* se conceden al actor seis dias, y otros tantos al reo para impugnarla (2).

2 tit. 13 lib. 11 Nov. Recop. Véase en el tomo I, el *Apéndice de la restitucion in integrum*, nota (ay) pá-

(1) Leyes 2 tit. 5, y 9 tit. 6 lib. 4 Recop. de Cast. gina 196.

Leyes 3 tit. 3, y 4 tit. 15 lib. 11 Nov. Rocop.

(2) Dicha ley 2.

## TÍTULO XV.

### DE LOS INTERDICTOS.

#### SUMARIO.

- |  |   |
|--|---|
| 1 Razon del orden.   |   |
| 2 Qué son los <b>interdictos</b> .   |   |
| 3 De la posesion <b>civil y natural</b> , y ventajas del que posee.  |   |
| 4 Porqué se han llamado <b>extraordinarias</b> las acciones que nacen de interdictos.  |   |
| 5, 6 Division de éstos en <b>prohibitorios, restitutorios y exhibitorios</b> , y qué se entiende por cada uno de ellos.  | terdictos, es en unos que tienen por objeto <b>conseguir</b> , otros <b>retener</b> , y otros <b>recobrar</b> la posesion; y en qué casos tiene lugar el primero. |
| 7 Otra division de los interdictos en <b> sencillos y dobles</b> .   | 9 Del interdicto de <b>retener</b> la posesion, y casos que se dan de él.   |
| 8 La principal division de los interdictos, es en unos que tienen por objeto <b>conseguir</b> , otros <b>retener</b> , y otros <b>recobrar</b> la posesion; y en qué casos tiene lugar el primero. | 10, 11 Continuacion de la misma materia.  |
|  | 12 A quién se concede el interdicto de <b>recuperar</b> .   |
|  | 13 De la accion de <b>despojo</b> y regla sobre el particular.  |

unque en los títulos precedentes se han explicado todas las acciones, así *reales* como *personales*, se omitieron los *interdictos*, porque esta clase de acciones propiamente no nacen, ni del derecho *á la cosa*, ni *en la cosa*, sino de la *posesion*. Ahora, pues, se tratará de ellos en el lugar que los pone Justiniano.

2—Los *interdictos* son unas acciones extraordinarias, con las cuales se entabla un juicio breve y sumario, para discutir algun punto perteneciente á posesion (av).

(av) *Interdicto* es, la accion que uno tiene para reclamar en juicio sumario la posesion actual ó momentánea que le corresponde sobre alguna cosa. Decimos *actual ó momentánea*, y no *de hecho*, porque la intencion del que por medio del interdicto reclama la posesion, no se dirige á la posesion de hecho, ó sea á la simple tenencia de la cosa, sino á la posesion de derecho, esto es, á la posesion que cree que por

3—Hemos dicho, que por medio de los interdictos se litiga sobre posesion; mas no de la posesion llamada *natural*, por la que se tiene solamente la nuda detencion de la cosa, como la que se verifica en el conductor ó depositario; sino de la *civil*, que es una detencion de la cosa con ánimo ó intencion de adquirirla, como la que tiene aquel que ha adquirido la cosa con justo titulo; v. g., compra, donacion ó legado, ó por otros títulos hábiles para transferir el dominio. Esta es la que se debe llamar verdadera posesion, y la que es digna de pelearse. Es verdad que ella por sí sola no dá un derecho real y perpetuo, sino solamente momentaneo, y que dura hasta tanto que por sentencia sea despojado el poseedor; mas con todo, es proloquio recibido en derecho: *bienaventurado el que posee*. Y en realidad no carece de razon, porque son grandes las ventajas de un poseedor. En primer lugar, siéndolo de buena fé, hace suyos los frutos industriales consumidos: retiene la cosa hasta que por sentencia del juez se le mande volver, lo cual es de increíble utilidad, por ser los pleitos regularmente inmortales: los poseedores se defienden de propia autoridad contra el que los quiere espeler por fuerza de su posesion, siendo regla general, que la venganza privada está prohibida, y que ninguno puede hacerse justicia por su mano. Finalmente: en caso igual, es mejor la

derecho tiene ó le pertenece; y aunque en el interdicto solo se ventila el hecho de la posesion, esto es, quien la tiene ó debe tenerla en el acto, hay mucha diferencia entre el *hecho de la posesion* y la *posesion de hecho*: el primero puede recaer y se supone aquí que recae sobre la posesion legal; y la posesion de hecho no es de suyo mas que una mera tenencia, de la cual no se trata aquí.

condicion del que posee, y habiendo duda se debe pronunciar sentencia á favor de él (ax).

4— Tanto son los emolumentos de la posesion: en esta virtud, pues, se estableció que para evitar dilaciones y decidir estas causas con brevedad, el que pretendia tener derecho sobre posesion, aunque momentánea, propusiera desde luego su accion ante el juez. Se han llamado *extraordinarias*, porque mediante ellas se decide la disputa con brevedad, sin observar todos los trámites de los juicios ordinarios, y sin admitir apelacion, ó si se debe admitir, es solo en el *efecto devolutivo*, y no en el *suspensivo*. Es verdad que algunas causas de posesion se siguen al modo de juicio ordinario; mas éstas se llaman *plenarias*, y *sumarias* á las que se dirijen á adquirir de pronto, retener, ó recobrar la posesion; y estas acciones son las que con nombre de *interdictos* tratamos en este título [\*].

(ax) *In pari causa melior est conditio possidentis*: C. 63 de *reg. jur.* in 6.º *Favorabiliores sunt rei quam actores*: Ley 127 ff. de *reg. jur.*

[\*] Las leyes romanas llamaban *interdictos* á unas fórmulas ó concepciones de palabras de que usaban los pretores cuando mandaban ó prohibian algo en las causas de posesion. Como éstas eran privilegiadas, y no se permitia que fuesen interminables, presentándose alguno á pelear sobre posesion, no hacia el pretor mas que llamar al contrario, oír á ambos litigantes, y sin forma de juicio decidir la causa mandando ó prohibiendo; y con una breve fórmula, v. g. *uti possidetis ita possideatis*, decidia de pronto quien debia poseer la cosa litigiosa, mientras tanto que no se probaba el derecho de la parte contraria. De manera que *interdicto* no era mas que una sentencia, ó por mejor decir, una providencia interina, *sententia interim dicta*. Justiano sin embargo decia, que se llama así *quia inter-*

5—Se dividen los interdictos primeramente, en *prohibitorios, restitutorios y exhibitorios*. Los primeros, segun nuestro derecho, son aquellos por los cuales pretendemos se prohíba á otro hacer alguna cosa que perjudica ó daña la posesion del público ó la nuestra, ó que se guarde la prohibicion ya establecida. Tal es el interdicto que se llama *denuncia de nueva obra*: v. g., si uno quisiese edificar obra nueva en la plaza, calle ó ejido comun; en cuyo caso tiene accion para denunciarla cualquiera del pueblo, á escepcion de los menores de 14 años y mugeres, que solo pueden hacer la denuncia cuando la obra cede en perjuicio de ellos mismos (1). Tiene tambien esta accion todo aquel que recibe daño de alguna *obra nueva*, y la pueden intentar sus hijos, sus siervos y sus personeros ó mayordomos, y los curadores á nombre de los huérfanos (2) (ay).

*duos dicitur*, y otros muchos aseguran que proviene del verbo latino *interdicere* que significa *prohibir ó vedar*, ya porque los primeros interdictos fueron prohibitorios, ya porque todos ellos, si bien se analizan, contienen prohibicion tácita ó espresa.

(1) Ley 3 tit. 32 Part. 3.

(2) Ley 1 tit. 23 Part. 3.

(ay) La denuncia no solamente puede hacerse al dueño de la obra, sino tambien al que en nombre suyo estuviese allí y á los mismos obreros y oficiales; y puede hacerse de tres modos: ó diciendo al dueño de la obra que cese en ella ó deshaga lo hecho; ó tomando alguna piedra, arrojándola á la obra y diciendo lo mismo, ú ocudiendo al juez para que la mande deshacer: ley 1 tit. 32 Part. 3. En este caso el juez toma juramento al denunciador de que no procede maliciosamente: se traslada al lugar de la obra ó envia al escribano, y tomando medida y razon del estado en que se halla, hace saber al dueño la denuncia y le manda suspender

6—Los interdictos *restitutorios* son, aquellos por los cuales se manda que alguno sea restituido a la posesion de que fué despojado. Tal es la accion que se concede á aquel que por fuerza ha sido echado de la cosa raiz que poseia, el cual debe ser prontamente restituido por el juez á su posesion, y el forzador condenado, no solo á volver los frutos que llevó, sino tambien á perder la cosa raiz, aun cuando tuviese derecho á ella (3). Finalmente, los *exhibitorios* se verifican cuando el juez manda a alguno mostrar alguna cosa en juicio, como en los ejemplos que pusimos en la accion *ad exhibendum* (az).

7—Otra division de los interdictos es, que unos son *sencillos* y otros *dobles*. *Sencillos* se dicen, cuando uno solo de los litigantes puede ser actor, y el otro reo solamente: v. g., en el interdicto de la *expulsion por fuerza*, siempre el arrojado es actor, y el forzador es reo. *Dobles* son, cuando uno y otro

la obra, bajo la pena de derribar á su costa lo que despues construyere: ley 8 allí. En seguida oye en juicio contradictorio al denunciador y al denunciado, y si no pudiere librar el pleito dentro de tres meses, puede continuar la obra el dueño, dando fianza de que la demolerá á su costa, si fuere vencido. Si el denunciado quisiere dar la fianza antes de pasar los tres meses, el denunciador no tendrá obligacion de admitirla; pero si la admitiese antes de presentarse al juez, ó sin ella permitiese al denunciado pasar adelante en la obra, podria éste continuar la construccion. Si el denunciador no quisiere prestar el juramento de que hemos hablado, debe el juez conceder al denunciado que siga haciendo la obra empezada, mandando á su contrario que no se lo embarace: ley 9 allí, y glosa 2.

(3) Leyes 9 y 10 tit. 10 Part. 7.

(az) Véase el título 6 de este libro n. 16 y 17 pág. 35.

de los litigantes pueden ser actor y reo. Tales son aquellos en que es dudosa la posesion, pues entónces uno y otro puede presentarse en juicio, y será tenido por actor el que haya provocado primeramente; y si ámbos provocaron a un tiempo, el que elijere la suerte.

8—La principal division de los interdictos es, que unos son para *conseguir* la posesion; es decir, que por medio de estas acciones pedimos una posesion que aun no hemos tenido: otros son para *retener* ó *conservar* la que gozamos actualmente; y otros para *recobrarla* en el caso de haberla perdido. *Alia interdicta sunt adipiscendæ, alia retinendæ, alia recuperandæ possessionis.* Del primero, aunque puede haber vârios casos, el mas famoso es, el que se concede á favor de los hijos, ú otros parientes que tengan derecho á heredar al difunto por testamento ó ab intestato, los que deben ser puestos en posesion pacífica de los bienes hereditarios, condenando á los que se hayan atrevido á entrar ó tomar la posesion de dichos bienes á título de que se halla vacante, á la pena de perder por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, si alguno alegaren tener; y si ninguno tuvieren, á que restituyan los bienes que tomaron con otros tales y tan buenos ó la estimacion de ellos; procediéndose en todo sumariamente y sin figura de juicio; pero sí con plena prueba (4) (ea).

(4) Ley 3 tit. 13 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 3 tit. 34 lib. 11 Nov. Rec. Acevedo, sobre la ley 3 cit. n. 72 y 73.

(ea) De este interdicto se encuentra otro ejemplo en la ley 2 tit. 14 Part. 6, y se reduce á que presentando alguno al juez un testamento otorgado en forma, no raido ni cancelado, pidiendo se le ponga en posesion de los bienes hereditarios que en él se le dejan,



9—La segunda clase de interdictos es, la *de retener* la posesion, y de éstos hay dos: el uno para las cosas raices, y el otro para las muebles (5). Uno y otro se concede á aquel, que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, pero no con posesion precaria, ni violenta ú ocultamente, contra el que lo perturba ó molesta, á efecto de que cese de perturbarlo, dé caucion de no hacerlo en lo sucesivo, y pague al perjudicado los daños é intereses (eb).

10—Compete, pues, esta especie de interdictos, no solo al que tiene posesion civil y natural, sino al

ha de ser puesto en la posesion que solicita, prohibiendo el juez á otro cualquiera retener cosa alguna de dicha herencia, con pretesto de falsedad del testamento ó de imposibilidad de haberlo hecho el que aparece testador; á no ser que se ofrezca á probarlo inmediatamente, en cuyo caso deberá el juez detener la entrega, y oírle y recibir pruebas en razon de esto.

(5) Al primero llamaban los romanos *uti possidetis*, y al segundo *utrubi*.

(eb) Este interdicto tiene por objeto retener ó *conservar* la posesion en que ya estamos, pero que otro pretende quitarnos por medios violentos ó legales. Si poseyendo, pues, una cosa, natural ó civilmente, ó de ambos modos, viene alguno á inquietarme y molestarte, no dejándome usar de la cosa á mi arbitrio en sembrar, cavar, labrar, edificar, ó hacer lo que me pertenezca, puedo en uso de este interdicto acudir al juez solicitando *amparo de posesion*, á cuyo fin debo probar que soy poseedor, y que el contrario me perturba; y concluir con que se me declare tal poseedor y se mande al reo, que léjos de molestarte en lo sucesivo, me pague los perjuicios que me hubiese causado, y se le imponga perpetuo silencio; lo que efectivamente ordena el juez á este tenor: ANTONIO GOMEZ, en la ley 43 de Toro n. 168 y siguientes.

que tiene solamente la civil, que es el que propiamente se llama poseedor, pues el que goza de sola la natural, se dice que esta en posesion, mas no que es suya; aunque no hay duda que tambien basta para tener este interdicto, no siendo viciosa.

11—Se usa de alguno de los dos interdictos esplicados, cuando dos han de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee, porque la discusion de este punto debe preceder al juicio petitorio o sobre propiedad, el cual no puede instruirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe reconvenir el actor. Y como la posesion es tan preciosa, que segun dijimos, vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion; de ahí es, que es necesario se decida ántes de todo la posesion interina (6).

12—El interdicto de *recuperar* la posesion, es uno solo. Este ya lo insinuamos al esplicar los restitutorios. Se concede al que es echado por fuerza de la cosa raiz que poseía, con la pena de perder el forzador cualquier derecho que en ella tuviese, debiendo restituirla al forzado con todos los frutos que de ella saco. Y si despues de hecha la fuerza se perdió ó empeoró, todo el peligro y daño es del forzador, quien debera pagar la estimacion. Si el forzador fuese padre ó patrono del forzado, ó menor de catorce años, no caera en la pena; pero deberá restituir la cosa (7). Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea juez: de suerte que si algun alcalde ú otro juez despojare á alguno

(6) Véase otro ejemplo de este interdicto en la ley 2 tit. 14 Part. 6.

(7) Ley 10 tit. 10 Part. 7.

de la posesion de sus bienes, sin haber sido llamado, oido y vencido, le deben ser restituidos dentro de tres dias (8). Lo dicho se estiende al caso de que se presente cédula del Rey, en que mande dar á otro la posesion que uno tiene, pues habiéndose despachado sin audiencia del reo, debe ser obedecida y no cumplida (9).

13—Mas des le que el derecho canónico estableció la accion llamada *de despojo*, es de ménos uso el interdicto explicado (10). Lo que tiene de mas útil la accion canónica es, que el interdicto es accion *personal*, y así, solo compete contra el forzador, y la accion de despojo es *real*; y así se dá contra cualquier poseedor. De suerte, que segun el derecho canónico, la posesion es una especie de derecho en la cosa. En el interdicto podría tal vez admitirse alguna escepcion; mas con la accion de despojo, cesa toda escepcion, sea la que fuere. De aqui nace aquella regla de derecho canónico: *Spoliatus ante omnia restituendus* (ec).

(8) Ley 2 tit. 13 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 2 tit. 34 lib 11 Nov. Recop.

(9) Ley 2 del mismo tit. 13.

(10) C. 18 de *restitutione spoliatorum*.

(ec) Para usar de este interdicto por via de accion, tiene el despojado el término de un año útil; pero para intentar por via de escepcion, dura perpétuamente, porque lo que debe demandarse en tiempo limitado, es perpetuo para escepcionarse: TAPIA, lib. 3 tit. 4 cap. 2 n. 10.—El conocimiento de estos recursos, sea eclesiástico, lego ó militar el perturbador, toca á los jueces ordinarios que conocerán de ellos por medio del juicio sumarísimo que corresponde, y aun por el plenario de posesion, si las partes lo promovieren, reservando el de propiedad á los jueces competentes, siem-

## TÍTULO XVI.

### DE LA PENA DE LOS TEMERARIOS LITIGANTES.

#### SUMARIO.

- |   |  |
|---|--|
| 1 Que se entiende por pena en este título.                        | juramento.   |
| 2 Del juramento de calumnia ó de credulidad.                      | 6 Cuando debe haber condenacion especial de costas.                              |
| 3 Cuando se debe prestar y cuantas especies hay de él.            | 7 Que debe hacerse en las causas criminales, si el actor procede maliciosamente. |
| 4 Que personas deben hacerlo.                                     | 8 De la infamia como último medio de reprimir la temeridad de los litigantes.    |
| 5 Que deberá hacerse si el actor ó reo se resisten á prestar este |  |

**P**OR pena no se entiende en este título, un castigo que se impone por algun delito, sino unos medios que ha adoptado el derecho para reprimir la temeridad, así del actor como del reo, que suelen suscitar ó defender pleitos injustos.

2—En este sentido, pues, la primera pena establecida contra los temerarios litigantes, ó el primer modo de reprimir su temeridad, es el juramento llamado de *calumnia*, ó de credulidad. Este no es otra cosa, que un juramento que deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues, en todas las causas, así civiles como criminales. En las primeras, afirmando el actor que mueve el pleito porque cree que tiene justicia, y que así lo proseguirá de

pre que se trate de cosas ó personas que gocen fuero privilegiado: Decreto de 9 de oct.º de 1812, cap. 2 art. 12. La restitucion del despojo hecho por persona privada de autoridad propia ó con la de juez, sin ser citado, oido, y vencido por derecho el despojado, ha de hacerse sin citar al adversario, bastando que conste el despojo por informacion sumaria: *Curia Filip.* part. 2 §. 28 n. 4, citando las leyes 2 y 3 tit. 34 lib. 11 Nov. Rec.

buena fé sin procurar dilatarlo, cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa por odio, ni le intenta acriminar falsamente. El reo debe asegurar, que las escepciones y defensas de que usa, son justas, en los mismos términos (ed).

3—Este juramento se manda hacer por el juez á ámbos litigantes, despues de contestado el pleito, en caso que lo pidan el uno al otro (1). Mas si no lo piden, por su defecto no se anula el proceso, por lo que rara vez se hace con la especialidad referida, y se estima hecho con aquellas palabras que comunmente se ponen al fin de los escritos de demanda: *jurro lo necesario etc.* Segun esto, podemos decir, que el juramento de calumnia es de dos maneras: *especial* y *general*. Especial es, el que se pide espresamente por alguno de los litigantes al otro, acerca de los puntos que hemos dicho antes, y que se reducen á cinco: 1º que crée tener justicia: 2º que

(ed) La ley 23 tit. 11 Part. 3 da á este juramento el nombre de *manquadra*, diciendo: *ca bien asi como la mano que es quadrada é acabada ha en si cinco dedos; otrosi esta jura es cumplida quando las partes juran estas cinco cosas, que aqui diremos; cuyas cinco cosas esplican los prácticos en estos versos:*

*Illud juretur, quod lis sibi justa videtur;  
Et si quæretur, verum non inficietur;  
Nihil promittetur, nec falsa probatio detur;  
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.*

Y se advierte, que si una parte pide por *dos veces* se haga este juramento, y la otra no quiere prestarlo, y sin embargo el juez sentencia la causa, á mas de ser nullo el proceso, debe ser condenado en costas el mismo juez: ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop.

(1) Leyes 8 tit. 10 y 23 tit. 11 Part. 3.



cuantas veces sea preguntado dira ingénuamente la verdad sobre el particular: 3º que no usará de falsas pruebas, ni escepciones fraudulentas: 4º que no pedirá dilaciones maliciosas en perjuicio de la otra parte: 5º que á ninguno ha dado ni prometido, dará ni prometerá cosa alguna por lograr el buen éxito del pleito, sino lo que las leyes permiten dar (2). General se llama esa espresion de juramento que se añade en todos los pedimentos, y que tácitamente contiene los puntos dichos, por lo que tambien se confunde con el llamado de *malicia* [\*].

(2) Dicha ley 23.

[\*] Para que mejor se entienda lo dicho, es menester notar, que hay tres clases de juramentos judiciales, á saber: el de *calumnia*, el de *malicia*, y el de *decir verdad*. El primero ya lo hemos explicado. El de *malicia* es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos ó escepciones, antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la escepcion ó pide la dilacion. Este juramento, que se acostumbra poner en todas las demandas, está deducido de la ley 23 tít. 11 Partida 3 v. *La quinta*, y es una parte del de calumnia; pero segun los autores se diferencia de él; lo primero, en que este se puede pedir antes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo, en que el de malicia se puede pedir tantas cuantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna escepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir y hacer por una persona, en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero, en que el de calumnia se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte; y aquel, sobre escepciones, ó artículos particulares y dilaciones *Febrero Librer. de escribanos*, lib. 3 del *juicio ordinario* cap. 1 § 2 número 109. El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posicio-

4—Deben hacer este, las principales personas del pleito, como son el actor y reo y sus abogados, entendiéndose siempre que el contrario lo pida, mas no los procuradores (3). Fuera de este caso, estan obligados los abogados al comenzar á ejercer su officio, cada año, y siempre que al juez parezca, á jurar que usarán del que toman bien y fielmente, que no defenderán causas en que conozcan que sus partes no tienen justicia, y que si hubieren comenzado á abogar en algunos pleitos injustos, en cualquier estado de ellos que lo conozcan, los abandonaran: que lo harán saber asi á los interesados, aconsejándoles que se dejen de semejantes pleitos, y que veran y se impondran en los autos originales, antes de firmar las relaciones de ellos (4). Mas en el dia solo esta en práctica el haver este juramento al ingreso de su officio, y en el caso de pedirlo las partes.

5—Si el actor se resistiere á hacer el juramento de *calumnia*, debe ser absuelto el reo, y si este lo rehusare, debe ser condenado como si hubiera sido convencido; porque de esta resistencia se infiere, que se mueven á intentar el pleito o á escepcionarse con mala fé (5).

6—El segundo medio de reprimir la temeridad de los litigantes es, imponerles *pena pecuniaria* [\*];

nes, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él; los testigos, sobre lo que saben y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de *calumnia*, que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta.

(3) Ley 23 tit. 11 Part. 3.

(4) Leyes 2 y 3 tit. 16 lib. 2 Rec. de Cast. Leyes 3 y 8 tit. 22 lib. 5 Noy. Rec.

(5) Ley 23 tit. 11 Part. 3.

[\*] Esta pena pecuniaria antiguamente era de tres

la que en el día está reducida á que el temerario litigante, es decir, el que no tuvo justa causa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas este [\*]. Se juzga no tenerla, cuando la demanda es inepta ó claramente injusta, ó el actor no la probó, ó el reo sus excepciones, ó puso alguna maliciosamente (6). Pero no debe pagarlas si tuvo justa causa para litigar, ni cuando probó su intencion, á lo menos con dos testigos, ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia (7). Mas como esta disposicion esta fundada en presuncion de que el que juró diria verdad; de ahí es, que faltando ésta, como si constase de la temeridad ó calumnia del litigante, debe ser condenado en las costas, no obstante el juramento (8).

7—En las causas criminales, procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, no solo debe ser condenado en las costas, y en los daños y per-

modos. Primero: creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que reconvenido negaba la deuda, como en los legados piosos. Segundo: llamando á juicio á alguno sin venia, siendo de aquellos que tenian obligacion de pedirla. Y el tercero, que es el que solamente está en práctica, es la condenacion de costas. Véase el art. 10 secc. 2 de la ley de garantías de 5 de Diciembre de 1839.

[\*] Es digno de notarse que la ley 8 tít. 22 Part. 3 que hace mencion de daños y perjuicios que pueden ser irrogados á un litigante por la temeridad ó malicia de su contrario, no manda sea condenado en ellos, sino solo en las costas del pleito, aunque parece muy justo que siendo los perjuicios de consideracion, y probándolos el agraviado ante el juez, lo deberá condenar á resarcirlos.

(6) Leyes 30 tít. 2 y 8 tít. 22 Part. 3.

(7) Dicha ley 8 del mismo tít. y Part.

(8) Asi Gregorio Lopez en la glosa 2 de esta ley.



juicios causados al injuriado por su injusta acusacion, sino que tambien se le debe imponer la pena que correspondia al delito de que acusó al otro (9) (ef); y si el reo se defendiere con escepciones dolosas é injustas, ó de otros modos ilegales, como si cohechase al acusador ó de otra suerte, queda infame, y será condenado en las penas que merezca su delito (10).

8—La *infamia*, pues, es el último medio de reprimir la temeridad de los litigantes; la que no solo se irroga en el caso esplicado, sino tambien cuando alguno es condenado por dolo cometido en cualquiera de los cuatro contratos famosos, de tutela, depósito, sociedad y mandato, y por todo verdade-

(9) Leyes 5 y 27 tit. 4 Part. 7.

(10) Ley 5 tit. 6 Part. 7.

(ef) Téngase presente que la calumnia puede ser, ó *manifiesta* que es cuando se prueba que la acusacion ó imputacion ha sido maliciosa; ó *presunta*, cuando el acusador no ha probado la acusacion, sin que por su parte el acusado haya demostrado la malicia ó el dolo de aquel. En la calumnia *manifiesta*, todo acusador incurre en la pena del talion señalada por las leyes 26 tit. 4 Part. 7, y 6 tit. 6 lib. 12 Nov. Rec.; pero en la calumnia *presunta* estan esentos de la pena los siguientes: 1º el fiscal y el promotor fiscal: 2º el tutor que acusa á nombre del huérfano por injuria hecha á este ó á sus parientes por quienes él podría acusar, siendo mayor de edad: 3º el heredero que acusare á una persona de quien el testador hubiese dicho en el testamento ó delante de testigos, que le habia causado el mal de que moria: 4º el que acusare al monedero falso: 5º el que acusa sobre agravio hecho á el mismo ó sobre muerte de sus deudos dentro del cuarto grado; y 6º el casado que acusa por la muerte de su consorte: leyes 5, 6, 20, 21 y 26 tit. 4 Part. 7.

ro delito; á escepcion de los casos de la ley Aquilia, por faltar regularmente el dolo en ellos (11) (eg).

(11) Dicha ley 5 tit. 6 Part. 7.


(eg) Para concluir diremos, que infamia ó *disfama-  
miento* como la llama la ley 1 tit. 6 Part. 7 es, *profana-  
miento que es fecho contra la fama del ome*, la cual  
segun la misma ley es, *el buen estado del ome que vi-  
ve derechamente é segun ley é buenas costumbres.*—  
La infamia es *de hecho* ó *de derecho*: aquella provie-  
ne de acciones que, en el concepto de personas hon-  
radas, son indecorosos ó contrarias á las buenas cos-  
tumbres, aunque la ley no las castigue; y así, son teni-  
dos como infames de hecho: 1º el que no ha nacido de  
matrimonio legitimo: 2º el infamado por su padre en  
testamento: 3º el reprendido públicamente por via de  
correccion, por el rey ó por el juez: 4º el infamado por  
alguna persona fidedigna que divulgase sus yerros; y  
5º el sentenciado civilmente al pago ó restitucion de  
cosa hurtada ó tomada por fuerza: ley 2 tit. 6 Part.  
7.—La infamia *de derecho*, que es la que se impone  
ó declara por la ley, es de dos clases pues se incurre  
en ella, ó por solo el hecho de ejecutar la accion, ó  
por la sentencia del juez. En el primer caso son in-  
fames *ipso jure*, el lenon ó alcahuete, el juglar ó bufon,  
el militar echado del ejército, ó que arrienda hereda-  
des por negociacion, el usurero, el que quebranta tran-  
sacciones juradas, el que comete pecado nefando, el  
abogado que hace pacto de *quota litis*, y el juez que  
á sabiendas da sentencia injusta. Son infames por *sen-  
tencia*, los condenados por traicion, falsedad, adulte-  
rio, hurto, robo, engaño ó injuria, ú otro delito pú-  
blico, el acusador que abandonare la acusacion sin li-  
cencia judicial, y los que cometen el delito de desafio:  
leyes 9, 11 y 14 tit. 6 y 24 tit. 22 Part. 3; 17 y 19 tit.  
1, y 3, 4 y 5 tit. 6 Part. 7; 2 tit. 20 lib. 12 Nov., y  
decreto de 24 de marzo de 1813 art. 3.—Los efectos de  
la infamia son: perder los oficios de dignidad y honra,  
sin poder obtener otros, porque no pueden ser jueces,

## APÉNDICE.

### DE LOS ABOGADOS, FISCALES, RELATORES, ASESORES, ESCRIBANOS Y RECEPTORES.

#### SUMARIO.

- |    |  |    |  |
|----|--|----|--|
| 1  | Qué sea <b>abogado</b> , y cuales sus diversas denominaciones.                     | 13 | De las obligaciones y responsabilidad de los <b>asesores</b> .                         |
| 2  | Del origen y excelencia de esta profesion.   | 14 | <b>Escribano</b> , quién es.   |
| 3  | Requisitos para obtener el titulo de abogado.                                      | 15 | Origen, utilidad y denominaciones de los <b>escribanos</b> .                           |
| 4  | Obligaciones de los <b>abogados</b> .  | 16 | De los <b>escribanos reales</b> , del número, de <b>consejo</b> , y de <b>cámara</b> . |
| 5  | <b>Fiscal</b> quien es, y con qué otros nombres se conoce.                         | 17 | Requisitos para obtener el titulo de <b>escribano</b> .                                |
| 6  | Establecimiento de este ministerio, y por quienes y cómo se ha ejercido.           | 18 | De las obligaciones principales de los <b>escribanos</b> .                             |
| 7  | Del <b>promotor</b> y <b>agentes fiscales</b> , y cuales eran sus funciones.       | 19 | Prohibiciones a los <b>escribanos</b> .  |
| 8  | Requisitos para ser <b>fiscal</b> , y de algunas prerrogativas que se le conceden. | 20 | A quién deben pasar los protocolos en los casos que se espresan.                       |
| 9  | De los <b>relatores</b> , y circunstancias para serlo.                             | 21 | Quién sea <b>receptor</b> , y cual es el origen de esta denominacion.                  |
| 10 | Obligaciones de los <b>relatores</b> .   | 22 | Qué se requiere para ser <b>escribano receptor</b> ó de <b>diligencias</b> .           |
| 11 | Disposiciones posteriores sobre esta materia.                                      |    |  |
| 12 | Quién se dice <b>asesor</b> , y cuántas clases hay de ellos.                       |    |  |

 **ABOGADO** es, el profesor de jurisprudencia que, con título legítimo, defiende en juicio, por escrito ó de palabra, el derecho de un litigante, ó la causa de un reo. Esta voz viene del adjetivo latino *advocatus*

sejeros, testigos, ni abogados, aunque sí procuradores, guardadores y otros oficios que les sean gravosos á ellos y útiles al público; pero la infamia es intransmisible, leyes 8. tit. 16 Part. 3 y glosa 2; 7 tit. 1 y 7 tit. 16 Part. 7; 8 tit. 1 lib. 6 Fuero Juzgo; art. 305 de la Constitución española de 1812, y 23 de la ley de 23 de diciembre de 1851.

que significa *llamado*, porque entre los romanos, en los negocios que pedian conocimiento de las leyes, *llamaba* cada cual en su auxilio a los que hacian un estudio particular del derecho. Se les daba tambien la denominacion de *patronos y defensores*, y alguna vez la de *oradores*, porque se les veia desplegar en defensa y proteccion de sus clientes todos los recursos de la elocuencia. La ley de Partida (1) les da el nombre de *Boceros*, con que convienen aquellas denominaciones, *porque con voces y con palabras usan de su oficio*.

2—El origen de esta noble profesion es tan antiguo como el mundo. En España, no obstante, no se conocieron en el foro abogados de oficio, sino hasta los tiempos de D. Alfonso el sabio quien erigió la abogacia en oficio público, honró la profesion de los letrados y estableció que ninguno pudiese ejercerla, sin preceder su examen y aprobacion, juramento de desempeñala fiel y lealmente, é inscripcion de su nombre en la matrícula de los abogados. *La ciencia de las leyes, dice la 8 tit. 31 Part. 2, es como fuente de justicia, é aprovéchase de ella el mundo mas que de las otras ciencias;* y segun el preámbulo del tit. 6 Part. 3, el oficio de los abogados, es muy útil para la mejor decision de los pleitos, porque *ellos aperciben á los judgadores é les dan carrera para el acierto, y sostienen a los litigantes de manera que por mengua de saber razonar, ó por miedo ó por vergüenza ó por non ser usados de los pleitos, non pierdan su derecho* (2).

3—Para obtener el título de abogado es necesario

(1) Ley 1 tit. 6 Part. 3.

(2) Véase el principio del tit. 6 y la ley 1 tit. 22 lib. 5 Nov. Recop.

haber cursado los años de jurisprudencia que prescriben los Estatutos ó plan de estudios: ser mayor de diez y siete años (eh): no ser absolutamente sordo, ciego, loco ó desmemoriado, ni pródigo (3): no haber lidiado por precio con fieras, á no ser por probar su fuerza ó por ser bestia dañosa á los de alguna tierra (4): no haber sido condenado por causa de adulterio, traicion, alevosía, falsedad, homicidio ú otro delito tan grave como estos: no estar infamado por otro delito menor que los anteriores, bien que en este caso puede abogar en causa propia y en las de sus parientes ó pupilo, si fuere tutor (5); no estar ordenado *in sacris*, pues el que lo está, á no ser que obtenga dispensa (6), no puede abogar ante jueces seculares, sino en causas propias ó de su iglesia en que fueren beneficiados, ó defendiendo a sus padres, paniaguados, personas pobres ú otras á quienes haya de heredar (7): está prohibido á las mugeres abogar por otro, porque no es decoroso que tomen oficio de varon, y porque *quando pierden la vergüenza, es fuerte cosa de oirlas,*

(eh) Véanse los números desde el 3 al 9 del tit. 1 part. 2 del tom. I, y los Estatutos de esta Pontificia y Nacional Universidad de San Carlos, decretados en 28 de octubre de 1840. Téngase presente que, conforme al decreto de 5 de diciembre de 1833, no se necesita edad alguna para obtener los grados que exijan ciencia; mas para el ejercicio público de las diversas facultades que la requieran, se guardarán las leyes que exigen determinada edad.

(3) Leyes 2 y 3 tit. 6 Part. 3.—(4) Ley 4 allí.

(5) Leyes 3 y 5 del mismo título 6.

(6) Cédula de 3 de agosto de 1801.

(7) Leyes 1 tit. 12 lib. 1 Rec. de Ind. y 5 tit. 22 lib. 3 Nov. Recop. y tit. 9 lib. 1 Fuero Real.

*é de contender con ellas* (8): los escribanos no pueden ser abogados en negocios que ante ellos pendan, conforme á la ley 25 tit. 16 lib. 2 Rec. de Cast., ni tampoco pueden serlo los jueces letrados, sean propietarios ó interinos, sino es en defensa de sus propias causas, segun la ley de 11 de setiembre de 1820 art. 1.

4--Las obligaciones del abogado son: alegar brevemente sin citar leyes, decretales ni fueros, sino en las informaciones de derecho (9): ver originalmente los procesos (10): abogar de balde por los pobres donde no hubiere abogados asalariados (11): no alegar leyes falsas, ni abogar contra disposicion espresa y terminante de derecho (12): no descubrir á la contraria el secreto de su cliente so pena de falsario, ni aconsejar ó ayudar á ambos en el mismo negocio (13): no abandonar la causa que hubiere comenzado, sino por razon de su injusticia ó por legítimo impedimento (14): no pedir ni pactar estipendio ó ganancia para el caso de salir victorioso en el pleito (15): no abogar en causa en que su padre, yerno, hijo, hermano ó cuñado fuere escribano (16): no hacer preguntas

(8) Leyes 3 tit. 6 Part. 3, y 4 tit. 10 lib. 1 Fuero R.

(9) Leyes 1 tit. 14 lib. 11 Nov. Recop., y 14 tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(10) Ley 8 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec.

(11) Ley 13, allí.

(12) Leyes 1 tit. 7 Part. 7, 13 citada, y 9 tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(13) Leyes 9 y 15 tit. 6 Part. 3; 1 tit. 7 Part. 7; 12 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec., y 11 tit. 24 lib. 2 Rec. de Ind.

(14) Leyes 11 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec. y 9 tit. 24 cit.

(15) Leyes 11 y 22 allí, y la 7 tit. 24 del mismo código de Indias.

(16) Ley 6 tit. 3 lib. 11 Nov. Rec.

sobre lo confesado por las partes (17): no defender en segunda ó tercera instancia á la parte contraria de la que defendió en la primera (18): no poner su firma en pedimentos que se hicieren en causas que deben determinarse verbalmente (19); y no hacer partido de seguir y fenecer los pleitos á su propia costa por cierta suma (20) (ei).

5—*Fiscal* es, el funcionario encargado de promover y defender en los tribunales supremos y superiores de la nacion, los intereses del erario y las cau-

(17) Ley 4 tit. 9 lib. 11 Nov. Recop.

(18) Leyes 17 tit. 2 lib. 5. Nov., y 10 tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(19) Ley 1 tit. 13 lib. 5 Nov. cap. 7, y art. 9 cap. 2 de la de 9 de Octubre de 1812.

(20) Leyes 22 tit. 22 lib. 5 Nov. y las del tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(ei) Parece escusado decir que los abogados deben usar en sus alegatos y discursos, de conceptos y espresiones moderadas y compuestas, y nunca de ofensivas, injuriosas é insultantes. *No es permitido al abogado, dice Quintiliano, usar chanzas pesadas y ofensivas, y mucho menos decir injurias groseras. Este es un gusto inhumano, indigno de un hombre de bien, y que no puede menos de repugnar á un auditorio sabio. Sucede, no obstante, muchas veces, que los litigantes, mas ocupados del deseo de vengarse que del de defenderse, solicitan del abogado este género de elocuencia, y no quedan satisfechos si no mojan la pluma en la masa amarga de la hiel. Pero ¿cual será el abogado, que teniendo algun sentimiento de honor y de integridad, quiera servir tan ciegamente á la cólera y encono de su parte, y hacerse violento y arrojado por un vil motivo de interes, ó por un deseo mal entendido de falsa gloria hacerse indigno ministro de la pasion agena? Véause las leyes 7 y 12 tit. 6 Part. 3.*

sas pertenecientes á la vindicta pública. En Roma se conocieron varios magistrados cuyas atribuciones, tenían cierta analogía, aunque remota, con los fiscales, como los *cuestores* que cuidaban de la exacta recaudación de las contribuciones, y los *triumviros capitales* que tenían a su cargo hacer que se ejecutasen las sentencias. En nuestro Fuero Juzgo y en las Partidas (21) hallamos establecidos los *personeros del rey*, y los *patronos del fisco*. *Patronus fisci*, dice la ley de Partida, *tanto quiere decir, como ome que es puesto para razonar é defender en juicio, todas las cosas é los derechos que pertenecen á la Cámara del Rey.*

6—El ministerio fiscal no se estableció verdaderamente hasta el año de 1315, en el reino de Valencia. Dispúsose entonces que el patronato del fisco se ejerciese por dos funcionarios, el *abogado fiscal* ó simplemente el *fiscal* que debía acusar de todos los delitos, cuidar de que las penas se hiciesen efectivas y defender la jurisdicción real; y el *abogado patrimonial* á quien competía la defensa de las acciones del real patrimonio y del erario, la de los derechos del monarca en los asuntos civiles y el cuidado de que se recaudasen los impuestos. Fueron creados además *procuradores* que entendían en la denuncia de los delitos, si bien bajo la dirección y auxilio de los patronos del fisco, quienes suscribían los escritos de acusación que aquellos presentaban. Así subsistió el ministerio fiscal de Valencia, hasta que Don Felipe V dió a los tribunales de justicia de aquel reino la nueva planta que manifiesta el título 8 del lib. 5 de la Nov. Rec., sufriendo es-

(21) Leyes 1 tit. 3 lib. 2 Fuero Juzgo, y 12 tit. 18 Part. 4. Véase la ley 3 tit. 10 lib. 1 Fuero Real.



ta institucion con el transcurso del tiempo las modificaciones que la necesidad hacia indispensables; y por ultimo, las leyes de Cortes de 17 de abril y 9 octubre de 1812 y 13 de setiembre de 813, designaron el número de fiscales que debia haber en los tribunales y audiencias, y dispusieron que en cada partido hubiese un *promotor fiscal* letrado.

7—Este era el ministro destinado á promover la observancia de las leyes penales, o el que en una causa criminal, era nombrado por el juez para formalizar y sostener la acusacion contra el reo. Esto no se verifica en la República y por tanto es innecesario gastar el tiempo en mayor esplicacion (ej); y concluiremos con decir algo acerca de los *agentes fiscales*, cuyos funcionarios eran unos meros auxiliares de los fiscales, sin caracter ni responsabilidad alguna. Sus funciones estaban reducidas a tomar los autos y firmar el recibo en el libro de conocimientos de las escribanias de Camara, á llevarlos á los fiscales, examinarlos y hacer relacion de su resultado a estos, estender los escritos en los términos y cuando ellos se lo mandaban, cuidar de poner en limpio los que escribian los mismos fiscales, y á devolver los autos despachados á las escribanias, cancelando los conocimientos.

8—Para ser *fiscal* se requiere ser ciudadano en ejercicio, mayor de treinta años, haber ejercido la abogacia en cualquiera de sus ramos por el término

(ej) En las causas criminales, dijo la ley de 22 de julio de 1826 art. 160, no se nombrará *promotores fiscales* para que sean parte por la vindicta pública en los juzgados de primera instancia. En cuanto al promotor fiscal de la Curia episcopal, véase el tercer Concilio mejicano, lib. 1 tit. 9.

de cinco años y ser de conocida probidad y buenas costumbres (22). A sus pedimentos fiscales nunca se provee aun por los mismos superiores, con cláusulas vagas y generales, ni con la fórmula regular que se usa en los otros pedimentos de parte, como *no ha lugar: pidiendo en forma se proveerá, etc.* No puede ser recusado, aunque concurra causa, á no ser que ésta sea muy grave como la de enemistad particular y temible entre él y el recusante; bien que en algunos tribunales aun concurriendo éstas no se admite (23). Le compete el beneficio de restitucion contra el lapso del término probatorio, y el de la apelacion (24), con facultad de pedir se restrinja el que le parece escesivo; y no está sujeto á la calumnia *presunta* por defecto de prueba de sus acusaciones, y por consiguiente se escusa de la fianza de esta especie; aunque sí es responsable de la calumnia notoria y visible (25).

9—*Relator* es, la persona aprobada y diputada en cada tribunal para hacer relacion de las causas ó pleitos. Los relatores han de tener veinte y seis años y los estudios necesarios segun se requiere para los abogados (26). El provisto para este encargo sucede en todos los pleitos y papeles de su an-

(22) Véase nuestra ley orgánica de tribunales de 5 de diciembre de 1839, art. 4.

(23) Leyes 4 y 5 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec. Tapia, *tratado del juicio criminal*, tit. 4 cap. 1 n. 10. Véase el art. 23 de la ley de *recusaciones* de 23 de diciembre de 1851, en que absolutamente se prohíbe que lo sean.

(24) Tapia, lugar citado.

(25) Alfaro, *de oficio fiscal*, glosa 9 n. 38, y ley 5 tit. 4 Part. 7.

(26) Leyes 6 tit. 4 lib. 11 Nov. Recop. y 1 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

tecesor, y hace juramento del buen uso de su oficio, de guardar secreto de lo que pasare en el tribunal y de no llevar mas de sus derechos (27).

10—Son obligaciones de los relatores: 1º hacer las relaciones de las causas ó pleitos con toda exactitud y fidelidad, bajo el concepto de que el que errare en cosa sustancial del hecho, incurre en la pena de diez pesos y otras, perdiendo el oficio si se manifestare inhábil en el desempeño de sus funciones (28): 2º asistir al acuerdo con los procesos que estuvieren vistos, como igualmente á las salas respectivas en las horas acostumbradas (29): 3º abstenerse de abogar en pleitos pendientes en el tribunal (30): 4º hacer verbalmente la relacion en artículos interlocutorios, y por escrito la del pleito que estuviere en definitiva (31): 5º abstenerse de hacer negociaciones en el repartimiento de los procesos, y de vender á otro relator el proceso que les fuere encomendado (32): 6º sacar las relaciones de las causas fiscales dentro del término que se les asigne, y entregarlas al fiscal para que las concierte (33): 7º sacar las relaciones por si mismos, viendo diligentemente los procesos y escrituras sin encomendarlas á otros, ni sacarlas fuera de sus casas donde las partes puedan saberlo (34): 8º espresar en las relacio-

(27) Leyes 1 tit. 23 lib. 5 Nov. y 2 tit. 22 lib. 2 R. I.

(28) Leyes 2 tit. 23 lib. 5 Nov. y 18 tit. 22 lib. 2 R. I.

(29) Leyes 3 de dichos títulos 22 y 23 citados.

(30) Ley 30 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(31) Leyes 6 tit. 23 lib. 5 Nov. y 4 tit. 22 lib. 2 R. I.

(32) Leyes 5 tit. 7. lib. 4, y 8 y 9 tit. 23 lib. 5. Nov., y 21 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(33) Ley 10 tit. 23 lib. 5 Nov. Recop.

(34) Leyes 11 tit. 23 lib. 5 Nov. y 12 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

nes el nombre de cada testigo, su vecindad y edad, si es pariente de alguna de las partes, ó si concurren en él algunas de las preguntas generales (35): 9º al tiempo de recibirse el pleito á prueba y de llevarse para definitiva, han de espresar si hay poderes dados por bastantes, si estan en el proceso y otras circunstancias (36): 10º asentar y firmar sus derechos en el proceso, dando á las partes conocimiento de ellos, aunque no lo pidan (37): 11º no llevar derechos por lo que despachen de oficio ó á pedimento fiscal ó por los pobres, y poner en la segunda ó tercera hoja del proceso, recibo rubricado de los derechos que perciban (38): 12º no exigir de la parte presente los derechos de la ausente ó rebelde, pena de suspension de oficio (39); y 13º que los relatores no reciban peticiones sin firma de la parte ó sus procuradores, y despachen brevemente los pleitos de los indios con moderados derechos (40).

11—Por el art. 67 de la ley de tribunales de 21 de marzo de 1826 era obligacion del secretario de la Suprema Corte de Justicia hacer la relacion de las causas y negocios, la cual segun el articulo siguiente, debia entregarse con los autos á las partes ó sus procuradores y letrados, para que la cotejasen con éstos, cuya diligencia se omitia por convenio de las mismas partes; mas en el art. 55 del reglamento

(35) Leyes 12 tit. 23 lib. 5 N. y 13 tit. 22 lib. 2 R. I.

(36) Leyes 4 tit. 7 lib. 4 Nov., y 6, 16 y 17 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(37) Leyes 26, 27 y 30 tit. 22 lib. 2 Rec. de Indias.

(38) Nota 3 tit. 16 lib. 4 Nov., y leyes 22, 26 y 27 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(39) Ley 25 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(40) Nota 3 tit. 7 lib. 4 Nov. y ley 28 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

interior de la Corte de 22 de marzo de 1832 se estableció, que los magistrados, escepto el presidente de ella, desempeñasen el destino de relatores, turnándose en la lectura de los espedientes; disponiéndose tambien en el 145 de la misma ley, que las causas pudiesen verse íntegras ó por relacion (41).

12—*Asesor* es, el letrado que asiste al juez lego con sus consejos, en lo relativo à la administracion de justicia. Hay dos clases de asesores: unos son especificos ó *voluntarios*, y otros titulares o *necesarios*. *Voluntarios* son, los que à su voluntad y arbitrio nombra el juez lego en los juicios contenciosos, para lo cual se vale regularmente de alguno de los abogados del pueblo: *necesarios* son los que tienen título de tales y obligacion de aconsejar à determinados jueces (42).

13—Las obligaciones de los asesores, en cuanto al desempeño de su oficio, son las mismas que las de los jueces; y en orden à su responsabilidad debe distinguirse: si el asesor es *titular*, esto es, si tiene nombramiento del gobierno, siempre es responsable de las providencias ó determinaciones que consulte; pero si es *especifico* ó *voluntario*, no lo es sino en el caso de que se justifique que hubo colusion ó fraude en el nombramiento (43).

(41) Véase la ley 3 tit. 16 lib. 11 Novísima, ó 6 tit. 9 lib. 4 Rec. de Cast., la cual manda que los jueces, para sentenciar los pleitos, vean los procesos por sus personas, y no por relacion de los escribanos; y que cuando ellos lo hubieren de hacer, sea en presencia de las partes.

(42) Leyes 22 tit. 9 Part. 2, y 1 y 2 tit. 21 Part. 3. Tapia, lib. 3 tit. 2 cap. 4 n. 2 y 3.

(43) Ley 9 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop. Véase la real orden de 6 de diciembre de 1803, en que se manda

14—*Escribano*, esto es, el oficial ó secretario público destinado á redactar cuanto pasa en el juicio y autorizar las escrituras de los autos y contratos que se celebran entre particulares, lo define la ley (44) diciendo ser: *Ome que es sabidor de escribir, é entendido en el arte de la escribania*; á que añade Gregorio Lopez (45), *y tiene autoridad pública, porque está constituido por el que tiene pública autoridad*.

15—La utilidad de la institucion de los escribanos, cuyo origen se remonta hasta la antigüedad, es igual á la importancia y aun necesidad de que se fije y conserve para siempre todo cuanto pasa en los juicios y se estipula en las convenciones. En Roma tuvieron diferentes nombres; y así, se llamaban *scribæ* generalmente á todos los que sabian escribir; *cursores ó logographi*, porque escribian tan apriesa como se habla; *notarii* porque escribian por notas ó minutas; *tabularii ó tabelliones* porque escribian en tablillas; *argentarii*, para designar á los que no asistian á otros contratos que á las negociaciones de dinero, como las de préstamos ó depósitos; *actuarii*, para denotar á los que redactaban las actas públicas y las decisiones ó decretos de los jueces; y *chartularii*, para significar á los que reconocian y guardaban los instrumentos públicos. Adoptárouse tambien entre nosotros las denomina-

que en las determinaciones de los pleitos mercantiles se evite cuanto sea posible la intervencion de letrado, y que en el caso grave de necesitarse el dictámen de asesor, *de que no podrán separarse los jueces*, sea aquel responsable de los que diere en el preciso punto de derecho.

(44) Leyes 1 y 2 tit. 19 Part. 3.

(45) Glosa 1 de dicha ley 1.

ciones de los romanos, y así hemos llamado a nuestros escribanos *tabeliones* y también *cursores*, no precisamente porque hayan escrito tan depriesa como se habla, sino por la celeridad con que han debido y deben practicar las diligencias que por los jueces se les confían: *cartularios*, de la palabra *carta* que significaba en lo antiguo toda especie de escritura ó instrumento; y *actuarios*, con cuyo nombre se designan los escribanos ante quienes pasan los autos ó se instruyen los procesos. Dícense también *secretarios*, no solo porque efectivamente lo son de los jueces y magistrados, cuyas órdenes y decretos redactan, sino por razón del secreto (*poridat*), que deben guardar en el desempeño de su oficio. Los nombres de *notario* y *escribano*, regularmente se confunden; pero aun cuando en cuanto al honor, privilegios, dignidad y abono de la persona, no haya diferencia, la hay sí, en cuanto al ejercer y actuar; porque por *notario* se entiende por lo comun, el apostólico ó que actúa en los negocios eclesiásticos (*ek*); y por *escribano*, el que entiende en los

(ek) Para los negocios eclesiásticos hay en cada diócesis cierto número de *notarios mayores*, y de *notarios ordinarios*, á voluntad de los prelados diocesanos. Los *mayores* son examinados en cada obispado á presencia del provisor ó vicario general, por los demas notarios mayores, haciendo éstos juramento y votando su admision secretamente: *Concilio mejicano* 3º, lib. 4º tit. 10, y el *Tridentino*, sess. 22 cap. 10. Dentro de dos meses, contados desde su nombramiento hecho por el prelado, ó por quien corresponda, tienen que examinarse de escribanos: ley 37 tit. 8 lib. 5 Rec. de Ind., y obtener *fiat* de notaría en la cámara, bajo la pena de quedar vacante la plaza. Los notarios *ordinarios*, que son los que se nombran para estar de asiento en los

contratos y causas civiles y criminales sujetas solo á la jurisdiccion ordinaria (46).

16—Los escribanos estan clasificados en escribanos *reales*, *numerarios*, *de concejo ó ayuntamiento* y de *cámara*: los escribanos *reales* pueden ejercer su profesion en todo el reino ó nacion, menos donde los haya *numerarios*: éstos solo pueden ejercer su oficio en el pueblo ó distrito á que estan asignados, pero lo ejercen allí con exclusion de otros cualesquiera, y se llaman *numerarios* por ser fijo y determinado el número de los que hay en cada punto: los *de ayuntamiento ó de concejo*, son los que estan encargados de asistir á las juntas municipales ó sesiones de este cuerpo, y autorizar sus acuerdos ó resoluciones (47); y por fin, escribanos *de Cámara* se dicen los que actúan ante los tribunales

partidos, como para receptores y hacer diligencias fuera de la capital, son elejidos de entre los que tienen título de escribanos, y examinados por dos notarios mayores; pero está permitido á los Ordinarios que para actuar en las causas criminales de los clérigos puedan nombrar solamente un notario que esté ordenado *in sacris*, el cual no dede sacar notaria de reinos, ni actuar en otra clase de negocios: Pragm. de 18 de enero de 1770, y real cédula de 4 de julio de 1768. Escriche, palabra *Notario*.

(46) Leyes 7 tit. 9 Part. 2, y 2 tit. 18 lib. 8 Orden. de Castilla; Cornejo, *Diccion. hist. for. v. Notarios*, tomo 2.

(47) En los lugares y aldeas donde no hay escribano público se llama *fiel de fechos* la persona nombrada por el Ayuntamiento para asistir á sus sesiones con la calidad de secretario, y auxiliar á la justicia con la de escribano en la redaccion de los autos y diligencias competentes en los negocios de su atribucion. Mas no puede autorizar escrituras, contratos ni testamentos.



superiores ó Audiencias.—Entre nosotros, los escribanos ó son *nacionales* y corresponden á los que se denominaban antiguamente *reales*, ó *públicos* que son los que tienen oficio propio, en el que protocolan ó archivan los instrumentos que ante ellos se otorgan (48).

17—Para obtener el título ó *fiat* de escribano se requiere: 1.º ser persona lega y no eclesiástica (49); 2.º tener veinte y cinco años cumplidos y no menos, no pudiendo obtenerse dispensa de edad (50); 3.º haber adquirido la competente instruccion, la cual se prueba con certificacion de práctica de dos años tenida con algun escribano, uno en los juzgados municipales y otro en los de 1ª Instancia, y se califica en el exámen que debe sufrir ante el Tribunal Supremo de Justicia, acreditando previamente haber estudiado y examinádose en gramática castellana (51); 4.º la precedente y muy rigurosa informacion de arregladas costumbres, instruida ante la autoridad política, con audiencia del ministerio síndico (52); y 5.º finalmente, que presente el título de tal escribano ante la justicia y ayuntamiento del

(48) Sala mejicano, edicion de 1849, tomo 4 página 121 núm. 40. Véase sobre escribanos nacionales el decreto de 16 de junio de 1834.

(49) Leyes 2 tit. 19 Part. 3 y 37 tit. 8 lib. 5 Rec. Ind.

(50) Leyes 2 y 40 tit. 15 lib. 7 Nov. Rec. La parte espositiva del decreto de 28 de noviembre de 1829, no deja duda de que pueden concederse estas dispensas.

(51) Decreto de 27 de noviembre de 1834, art. 8 y 9; y leyes 1, 3, 4 y 5 tit. 8 lib. 5 Rec. de Indias, y 4 tit. 19 Part. 3.

(52) Decreto de 27 de noviembre cit., art. 2, 3 y 4. Ordenanza de Intendentes, art. 54, y leyes 6, 7 y 8 tit. 15 lib. 7 Nov. Recop.

pueblo donde se establezca, para que se le reconozca y tenga por tal escribano, sin que por ello se le lleven derechos (53).

18—Las obligaciones principales del escribano son: 1ª guardar secreto en las cosas que le fuere encargado (54): 2ª estender las escrituras cumplidamente, sin usar de abreviaturas, ni poner la letra inicial en lugar de un nombre, sea de persona ó de pueblo, y sin espresar las cantidades ó fechas con números ó guarismos, sino con todas sus letras (55): 3ª espresar en las subscripciones de las escrituras, el lugar de su domicilio ó vecindad (56): 4ª tener un libro de registro llamado *protocolo* (el), en que sienten las escrituras que las partes le mandaren hacer, estendiéndolas con arreglo á los minutaros, sin mudar ni alterar cosa alguna sustancial (57): 5ª asentar en el protocolo las escrituras antes de dar copias

(53) Leyes 13 tit. 15 lib. 7 Nov., y 5 tit. 8 lib. 5 Rec. de Indias. Los escribanos deben pagar diez pesos á la arca de la Universidad, no debiendo librárseles el título, sin que antes acrediten el pago con recibo del tesorero. Decreto de 2 de setiembre de 1841, art. 4.

(54) Ley 4 tit. 19 Part. 3.

(55) Leyes 7 tit. 19 allí, y 29 tit. 23 lib. 2 y 21 tit. 8 lib. 5 Recop. de Indias.

(56) Leyes 5 tit. 8 lib. 5 Recop. de Indias, y 13 tit. 15 lib. 7 Nov. Recop.

(el) No deben confundirse ni tenerse por sinónimos los nombres *protocolo* y *registro*, pues el primero es el conjunto ó reunion de los segundos; es decir, que cada instrumento es un registro, y reunidos y cosidos todos, forman el *protocolo*, cuya palabra viene de la griega *protos* que significa *primero en su línea*, y de la latina *collium* ó *collatio*, que significa *comparacion* ó *cotejo*.

(57) Leyes 9 tit. 19 Part. 3 y 1 tit. 23 lib. 10 Nov.

signadas à los interesados (58): 6ª dar á las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren, dentro del término de tres dias siguientes al en que les fueren pedidas, si solo contienen dos pliegos, y dentro de ocho dias si escedieren de dos pliegos; teniendo entendido que no pueden dar á cada parte, sin mandamiento de juez, mas que una sola copia, cuando de la duplicidad pudiera seguirse perjuicio á la otra (59): 7ª dar fé y testimonio de lo que ante ellos pasare, si fuere de dar y se les pidiere por persona interesada, dentro de los tres dias siguientes al hecho (60): 8ª hacer en las escrituras la advertencia de que se ha de tomar razon de ellas en el oficio de hipotecas dentro del término de seis dias si el otorgamiento de las especiales fuere en la Capital, y dentro de un mes si fuere en otro pueblo (61): 9ª conservar con todo cuidado, bajo su responsabilidad, los registros y protocolos, y signarlos

(58) Ley 1 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec.

(59) Leyes 10 y 11 tit. 19 Part. 3, y 3 y 5 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec. Por el art. 42 de la ley de 19 de agosto de 1831 está dispuesto lo siguiente: « Todos los « que otorgan escrituras públicas, estan obligados á sacar su testimonio dentro de *sesenta dias*. Al márgen « de ellas debe ponerse razon de la fecha en que se « hayan dado: no verificándose en aquel tiempo, la escritura *caduca*. »

(60) Ley 3 citada.

(61) Escriche, palabra *Oficio de hipotecas*, edicion mejicana, y ley 3 tit. 16 lib. 10 Nov. Por real cédula de 23 de mayo de 1791, se aprueban las providencias que tomó esta Audiencia, en conformidad de lo dispuesto en las cédulas de 9 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783, para el establecimiento del oficio de hipotecas, derechos de los anotadores y término señalado para el registro de los instrumentos, que es: el de *ocho*

al fin de cada año (62): 10ª notar y firmar á la espalda de los instrumentos y procesos, los derechos causados por las partes (63): 11ª estender todas las diligencias judiciales y escrituras públicas en el papel sellado que corresponda (64): 12ª pasar anualmente á la administracion general de rentas las relaciones de las escrituras en que se ha devengado alcabala (65): 13ª dar aviso al tesorero de la Universidad, dentro de tres dias si es en la capital, ó al cura parroco respectivo si es en otra parte, de los testamentos que hubieren otorgado; y en los dias 2 de enero y 2 de junio de cada año, remitiran ó al tesorero ó al Corregidor respectivo, listas de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado (66): 14ª servir los oficios por sí mismos y no por sustitutos (67); y 15ª escribir por sí mismos en los procesos las deposiciones de los testigos, sin que esté presente persona alguna, guardando la debida legalidad y el correspondiente sigilo; pero en caso de impedimento por vejez ó enfermedad, puede nombrar otro escribano que actúe por él en pleito comenzado ante él mismo, pues en el que estuviere por empezar lo ha

*dias* para los instrumentos otorgados en la cabecera donde se halla el anotador; y el de *cuatro meses* para los otorgados en los pueblos de su jurisdiccion, cuya disposicion es la que rije en la República.

(62) Leyes 4 y 6 tit. 23 lib. 10 Nov. y 60 tit. 23 lib. 2 y 20 tit. 8 lib. 5 Rec. de Ind.

(63) Leyes 18 tit. 15 lib. 7 y 8 tit. 35 lib. 11 Nov. Recop.

(64) Ley 1 tit. 24 lib. 10 Nov. y Decreto de 26 de octubre de 1839.

(65) Decreto de 28 de agosto de 1832 art. 53.

(66) Decreto de 2 de setiembre de 1841, art. 6 y 7.

(67) Ley 12 tit. 15 lib. 7 Nov. Rec.

de nombrar la justicia (68).

19—Está prohibido á los escribanos: 1º autorizar escritura ó contrato que quisieren otorgar ante ellos personas desconocidas, á no ser que les presenten dos testigos que digan que las conocen; debiendo el escribano espresar en la escritura los nombres y vecindad de estos testigos en su caso, ó manifestar que conoce personalmente á los otorgantes (69): 2º intervenir en contratos ó compras al fiado que hicieren los hijos de familia ó los menores sin licencia de sus padres ó curadores (70): 3º autorizar los contratos que hicieren al fiado cualesquiera personas, mayores ó menores, á condicion de pagar cuando se casen ó hereden ó sucedan en algun mayorazgo, ó tengan mas renta ó hacienda (71): 4º hacer escrituras en que alguno ponga bienes en cabeza de otro con perjuicio del Estado ó de tercero (72): 5º hacer escrituras en que los legos se sometan á la jurisdiccion eclesiastica, sobre cosas profanas ó no pertenecientes á la iglesia (73): 6º usar su oficio ante jueces eclesiásticos, contra legos en causas que no competan á la jurisdiccion eclesiástica (74): 7º ser abogados de las partes ó favorecerlas en los pleitos que ante ellos penden (75): 8º actuar en causas de sus hermanos ó primos hermanos, donde hubiere copia de escribanos, y en las que fueren procuradores ó abogados sus padres, hi-

(68) Leyes 7 tit. 8 lib. 1 Fuero Real, 5 tit. 19 Part. 3 y 7 tit. 11 lib. 11 Nov. Rec.

(69) Ley 2 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec.

(70) Ley 17 tit. 4 lib. 10 Nov.—(71) Dicha ley 17.

(72) Ley 2 tit. 9 lib. 10 Nov. Rec.

(73) Leyes 7 tit. 4 lib. 4 y 3 tit. 4 lib. 10 Nov. Rec.

(74) Ley 7 tit. 1 lib. 2 Nov. Rec.

(75) Ley 6 tit. 22 lib. 3 Nov. Rec.

jos, yernos, hermanos ó cuñados (76): 9º ser fiadores, abonadores ó aseguradores de rentas reales, de propios ó de concejo en el lugar en que ejercen sus oficios, ó tomarlas en arriendo por si o por medio de otra persona (77): 10º admitir los depósitos judiciales a que dieren motivo las causas que ante ellos pendieren (78): 11º otorgar instrumento alguno á favor suyo, ó de su muger, padre, madre, hijo, hermano, yerno, suegro y demas parientes hasta el cuarto grado; pero puede autorizar todos cuantos sean contra si, ó contra los nominados parientes, y tambien hara fé el que otorgue como apoderado de alguno a favor de otro, y su propio testamento por si y ante sí, pudiendo tambien sustituir del mismo modo los poderes que á él se le confieren, sin necesidad de recurrir á otro escribano (79): 12º autorizar obligacion con juramento de dar, hacer ó pagar alguna cosa ó cantidad á otro, sino en los casos permitidos por derecho (80).

20—Ultimamente, para concluir este asunto diremos, que en caso de muerte ó ausencia de la República, ó de privacion del oficio, deben pasar los protocolos del escribano al que lo sea del Ayuntamiento y en su defecto á la justicia (81).

(76) Ley 6 tit. 3 lib. 11 Nov. Rec.

(77) Ley 7 tit. 9 lib. 7 Nov. Rec.

(78) Ley 1 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec.

(79) Escriche. palabra *Instrumento público*.

(80) Leyes 6, 7 y 22 tit. 1 lib. 10, 3 tit. 22 lib. 12 Nov. y 25 tit. 1. lib. 1 Rec. de Ind.

(81) Leyes 10. 11 y 12 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec. y 19 tit. 8 lib. 5 Rec. de Ind. Véase sobre esta materia de escribanos, lo dispuesto últimamente en el decreto del Gobierno de 30 de marzo de 1854, y declaratoria de 18 de abril del mismo año.

21—*Receptor* es, el escribano que en virtud de facultad o comision de un tribunal, sale á practicar diligencias judiciales (82). El Supremo Consejo tenia antiguamente cien que despues se redujeron á cincuenta. Se les dió el nombre de *receptores*, no solo por estar destinados por los tribunales para que evacuasen sus mandatos, sino principalmente porque habia algunos encargados de recojer o *recibir* los caudales, multas y otras penas que se imponen á los culpados, siendo este el origen de su denominacion.

22—Para recibirse de escribano receptor basta tener la edad de veinte y dos años; ser persona de fidelidad, inteligencia y confianza, y que precedan las demas calificaciones que se requieren para ejercer este cargo (83). Se les da tambien el nombre de *escribanos de diligencias*; pero sus funciones son las mismas que las de los receptores, y entre nosotros es un oficial de la escribania, nombrado por el juez con aprobacion de la Corte cuando el escribano no basta para hacer por sí todo lo que ocurre en el juzgado (84).

(82) Véanse las leyes de los títulos 28 lib. 5 Nov. Rec. y 27 lib. 2 Rec. de Indias.

(83) Decreto de 28 de noviembre de 1829, y leyes 1 y 3 tit. 27 lib. 2 Rec. de Ind.

(84) Decretos de 5 de diciembre de 1839 art. 60 y 64, y de 22 de marzo de 1832, en cuyo art. 89 y en la seccion que habla del *secretario* de la Suprema Corte de Justicia, se dice: «Los escribientes receptores harán las notificaciones dentro de veinticuatro horas, escribirán lo que les designe el secretario, y sustituirán á los oficiales mayores en sus ausencias y enfermedades.»



## TITULO XVII.

### DEL OFICIO DEL JUEZ.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Qué se entiende por juez.                            | 4, 5 6 Cómo se divide la jurisdicción.                         |
| 2 Cuantas clases hay de juoces, y qué es jurisdicción. | 7, 8 9 Obligaciones del juez y otras cosas concernientes á él. |
| 3 Del imperio mero ó misto.                            |  |

**J**UEZ llamamos á una persona pública, constituida por legitima autoridad con jurisdicción para ejercer justicia, dando á cada uno de los litigantes lo que le corresponde, conforme á derecho y al resultado del proceso (1) (em).

(1) Ley 1 tit. 4. Part. 3. *Los juzgadores que hacen sus oficios como deben, deben haber nome, con derecho de jueces; que quier tanto dezir, como omes buenos que son puestos para mandar, é fazer derecho.*

(em) Aunque bajo la denominacion de *Juzgadores* se comprenden los magistrados ú oidores de los tribunales supremos, la voz *juez*, equivalente á aquella, se aplica con mas propiedad á los que desempeñan este cargo en primera instancia. Tres son los requisitos mas indispensables para ser juez, á saber: edad competente, ciencia y aptitud legal. En cuanto á la edad, previene la ley que todo juez ordinario haya de tener veinte y seis años por lo menos, siendo letrado, por deber administrar justicia por sí solo, y veinte si fuere lego por deber hacerlo con acuerdo de asesor: leyes 3 y 6 tit. 1 lib. 11 de la Nov. Rec., y 3 tit. 4 Part. 3. La instruccion y ciencia debe comprobarse con el título de abogado, conforme espresa la ley 6 citada, y ademas por lo que respecta á su aptitud legal, no puede ser juez el loco, fátuo, sordo, ciego, pródigo, enfermo habitual, la muger, el religioso, el clérigo



2—El juez puede ser eclesiástico ó secular. *Eclesiástico* es el que ejerce la jurisdicción eclesiástica, ó para causas puramente espirituales ó conexas, ó en personas del fuero eclesiástico: y juez *secular* es, el que ejerce la jurisdicción real, y en causas profanas, del que aquí se trata (en). La ju-

de órdenes mayores en asuntos que no sean eclesiásticos, ni tampoco el de mala conducta, ó que no tenga la conveniente imparcialidad: leyes 4, 9 y 10 tít. 4 Part. 3, y 4 tít. 1 lib. 11 Nov. Mas según nuestra ley orgánica de tribunales de 3 de diciembre de 1839 art. 50, para ser juez de primera instancia, se necesita ser mayor de veinticinco años, ciudadano en ejercicio de sus derechos, abogado recibido y aprobado conforme á las leyes, y además, gozar de buen concepto público.

(en) La ley 1. tít. 4 Part. 3 divide los jueces en *ordinarios*, *delegados* y *árbitros*, llamando *ordinarios* á los que ejercen jurisdicción ordinariamente ó en virtud de su mismo oficio: *delegados*, á los que solo tienen facultad cometida por el rey ó por algun tribunal ó juez ordinario, para sustanciar y decidir algunos pleitos señalados; y *árbitros* ó *jueces de alvedrío*, á los escogidos por ambas partes para librar alguna contienda que hubiere entre ellas. Mas tomando á los jueces en mayor escala, y considerados con respecto á la distincion de las dos potestades, espiritual y temporal, se dividen en *eclesiásticos* y *seculares*: con respecto á la estension y duracion de su poder, en *ordinarios* y *extraordinarios*: con respecto á la ciencia, en *letrados* y *legos*: con respecto á la materia de que conocen, en *civiles* y *criminales*: con respecto á la validez de sus actos y decisiones, en *competentes* é *incompetentes*; y finalmente, con respecto á su grado, en *inferiores*, *superiores* y *supremos*. Hablando en general, es juez *ordinario* todo el que juzga ó ejerce jurisdicción por derecho propio de su oficio, ya ejerza la jurisdicción real ó comun, ó cualquiera de las es-

*jurisdicción* que es propiamente la que constituye al juez, no es otra cosa: que *una potestad de conocer y sentenciar en causas civiles y criminales, concedida por pública autoridad*. Se dice que compete por pública autoridad, porque toda jurisdicción ó es o dimana del monarca por título lejiti-

peciales ó privilegiadas, como la eclesiástica, la militar, la de hacienda, y la de comercio, ya la ejerza en primera, segunda ó tercera instancia; de suerte que el juez ordinario en este sentido lato, no se opone sino al juez delegado y al árbitro ó avenidor, que son jueces *extraordinarios*, así como los llamados *pesquisidores*; pero en sentido mas estrecho, se llaman jueces *ordinarios* tan solamente los que ejercen la real jurisdicción ordinaria ó comun, por contraposición á los que ejercen las especiales ó privilegiadas. Dos clases hay de jueces *árbitros*: unos nombrados para que juzguen segun derecho, y otros para componer como amigos el negocio que se les somete. Los primeros se llaman *árbitros juris*, y los segundos *arbitradores* ó *amigables componedores*. *Compromiso* es, *el convenio en que los litigantes dan facultad á una ó mas personas para que decidan sus diferencias y pretensiones; y las cuales han de proceder con arreglo á las facultades que se les dieren en el compromiso, verificándolo como los jueces ordinarios si fueren árbitros de derecho, ó del modo que mejor les parezca, como amigos, si fuesen arbitradores*. El compromiso debe constar en escritura pública, y solo vale cuando recae sobre asunto dudoso, y de ningun modo sobre delitos ó causas de matrimonio. El pronunciamiento de los árbitros se llama *sentencia* y el de los arbitradores *laudo*, y tanto este como aquella se dicen *omologados* cuando han sido consentidos por las partes, mediante el silencio de diez dias. Véanse las leyes 22 á 33 tít. 4, y 17 tit. 22 Part. 3: 4 tit. 17 lib. 11 Nov. y Curia Filip. lib. 2, *com. terr.* cap. 14.

mo, sin que pueda tener origen de particulares (2).

3—La jurisdiccion en general, se divide en *suprema*, á que llaman *sumo imperio* y en jurisdiccion absolutamente dicha. El sumo imperio ó *suprema jurisdiccion* es, la que únicamente reside en el emperador, rey ó príncipe soberano que no reconoce superior en lo temporal: v. g., el rey de España en todos los dominios de la península y en la América (3); y *jurisdiccion*, solamente aquella que es concedida por el dueño de la *suprema* para el conocimiento y decision de cualesquiera especie de causas civiles y criminales (eo).

4—A toda jurisdiccion verdadera está anexa la potestad de hacer cumplir las sentencias que se pronuncien, y á esto se llama *imperio ó potestad armada*. Este imperio es, ó *mero* ó *misto*: *imperio mero* es, la facultad y poder para hacer justicia, castigando á los delincuentes con muerte, azotes, destierro etc. (4), á lo que tambien llaman *jurisdiccion criminal*. *Misto imperio* es, la potestad de conocer y terminar los pleitos civiles haciendo ejecutar la sentencia; y ésta tienen todos aquellos á quienes compete la *jurisdiccion civil*, la que sin este imperio seria ilusoria, no pudien-

(2) Leyes 1 y 2 tít. 1 lib. 4 y 1 tít. 3 lib. 3 Rec. de Cast. leyes 1 y 2 tít. 1 lib. 4 y 1 tít. 5 lib. 5 Nov. Rec.

(3) Dicha ley 1 tít. 1 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 4. Nov. R.

(eo) La *suprema jurisdiccion*, tanto en lo civil como en lo criminal, reside radical y esencialmente en la nacion, y su ejercicio está depositado en los magistrados y tribunales establecidos por las leyes: *Acta constitutiva* art. 12.

(4) Ley 18 tít. 4 Part. 3.

do hacer efectiva la sentencia dada, por medio de ejecucion, multa, exaccion de prenda, cárcel ú otros semejantes (ep).

5—La jurisdiccion se divide de varios modos: una hay que se dice *voluntaria*, y otra *contenciosa*. La 1.<sup>a</sup> es, la que se ejerce en algunos casos en que no hay parte contraria á quien citar: v. g., en la manumision de un siervo. La contenciosa, por el contrario, es aquella que no se puede ejercer sin citar y oír á la otra parte: v. g., cuando se intenta una accion en juicio contra otro (eq).

(ep) Tambien se toma la palabra *jurisdiccion* por el distrito ó territorio á que se estiende el poder de un juez; por el término de algun lugar ó provincia, é igualmente por el *tribunal* en que se administra la justicia, llamado *foro* ó *fuero*. En este sentido se dice *fuero ordinario*, *eclesiástico*, *militar*, *mercantil* etc. con relacion á las respectivas autoridades y tribunales en que se conoce de las causas ó negocios comunes, eclesiásticos, militares y de comercio. Asi se dice tambien *declinar jurisdiccion*, cuando el juez ó tribunal no es competente para el emplazado: *prorogar la jurisdiccion*, cuando este se sujeta al juez ó tribunal incompetente por consentimiento espreso ó por algun acto de contestacion: *reasumir la jurisdiccion*, cuando el superior toma en sí la que otro tenia, y *refundir la jurisdiccion* cuando recae en una sola persona ó en pocas la jurisdiccion que residia en muchas mas. *Curia Filip.* part. 1 § 5.

(eq) *Jurisdiccion voluntaria* dicen los autores que es, la que se ejerce *inter volentes* ó *in volentes*, esto es, á solicitud ó por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, ó en virtud de la demanda de una sola parte, mientras no deba ó no pueda comunicarse por el juez á la otra que tenga interes en contradecirla. La *contenciosa* se ejerce *inter invitos* ó por mejor decir *in invitos*, esto es, entre ó sobre los

6—Se divide tambien la jurisdiccion en *ordinaria*, *delegada* y *prorogada*. *Ordinaria* es, la que se ejerce en virtud del oficio á que le está concedida por derecho. Tal es la que ejercen los jueces superiores del real Consejo, chancillerias y audiencias reales, y sus inferiores como los correjidores, alcaldes mayores y ordinarios (5). *Delegada* es, aquella que se concede por juez mayor ordinario, á menor ó á persona particular, para que administre justicia en algun negocio especial en que no tenia poder el delegado (6); y *prorogada* es, aquella que se concede por las partes á un juez estra-

que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio á pesar suyo ó contra su voluntad, á instancia ó solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama *contenciosa*, tomando su nombre de la *contencion* ó disputa que ajita á las partes. La *voluntaria*, pues, se ejerce *inter volentes*, en la adopcion, legitimacion, insinuacion de donaciones y en cualesquiera otros actos en que interviniendo dos partes, no hay contradiccion de ninguna de ellas; ejércese *in volentes* en la apertura y protocolizacion de los testamentos cerrados, en los interdictos sobre posesion hereditaria y otros, mientras no se presenta contradictor; en el nombramiento de tutor y curador, en los espedientes sobre venta de bienes y transacciones de menores, en el depósito de los hijos menores que pretendan casarse contra la voluntad de sus padres, y de una muger casada que pone demanda de divorcio; en la habilitacion de la muger casada para poder contraer ó comparecer en juicio, en ausencia ó demencia de su marido; en la formacion de espedientes sobre dispensas de ley, y finalmente en las informaciones *ad perpetuam*. Escriche, palabra *Jurisdiccion voluntaria*.

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

(6) Dicha ley al fin.

no é incompetente, que por tanto no tiene mando en el que se la da, ni en sus cosas, por cuya accion se hace su súbdito, siendo prorogable la jurisdiccion. Por falta de esta condicion no puede un clérigo someterse á un juez real, ni un secular al eclesiástico (7). La *prorogacion* puede ser *expresa* ó *tácita*: *expresa* es, cuando las partes se convienen espresamente en que un juez, que para las dos ó para alguna de ellas no era competente, conozca de su pleito y lo sentencie; y *tácita*, es la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar; como si el reo contestare el pleito ante un juez incompetente sin objetar la incompetencia (8). Puede prorogarse la jurisdiccion, de *persona* á *persona*, ó de *causa* á *causa*; pero parece mas probable que no se podrá de *lugar* á *lugar*, ni de *tiempo* á *tiempo* porque el juez fuera de su lugar ó de su tiempo, ya no es mas que un particular, á quien por no tener jurisdiccion alguna, no se le puede prorogar (er).

(7) Ley 13 tít. 1 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 8 tít. 1 lib. 4 Nov. Rec.

(8) Leyes 32 tít. 2 y 20 tít. 4 Part. 3.

(er) Se proroga la jurisdiccion de *persona* á *persona*, cuando los litigantes se sujetan á un juez no propio para que conozca de su pleito y lo termine: de *causa* á *causa*, cuando los litigantes consienten en que el juez que solo tiene facultad de conocer en causas hasta determinada cantidad, conozca de otra mayor: de *tiempo* á *tiempo*, cuando el término dentro del cual debia concluirse una causa, se estiende con consentimiento de las partes, de manera que aun pasado aquel término se determina por el juez; y de *lugar* á *lugar*, cuando el juicio se entabla y sigue en lugar diverso de aquel que era debido. Para que la *prorogacion* en caso de tener lugar surta sus efectos,

7—Finalmente, toda jurisdicción, como indicamos desde el principio, se divide en *eclesiástica* y *secular*. *Eclesiástica* es, la que dimana del Sumo Pontífice; y *secular* la que procede del emperador, rey ó príncipe, que no reconoce superior en lo temporal (es). Ambas jurisdicciones tienen su diferente fuero para conocer privativamente de las causas que les pertenecen, y cuando son de ambas se llaman de *misto fuero*. Al del eclesiástico, según ya dijimos, tocan las *espirituales* y anexas á ellas, aunque sea entre seculares, y las de clérigos seculares y regulares, como á sus súbditos. Al fuero *secular* pertenece el conocimiento de las causas temporales y profanas, aunque sea entre eclesiásticos; y de *misto fuero* son aquellas en que pueden conocer por prevención el juez eclesiástico y secular, siendo regla general, que *el actor debe seguir el fuero del reo* (et).

es necesario que los actos judiciales sean espontáneos, que el juez tenga jurisdicción y no medie protesta; y que además las partes puedan hacerla, por cuya circunstancia ni los eclesiásticos, militares, ni comerciantes pueden prorogar la jurisdicción del juez ageno, porque su fuero está concedido á la clase, y porque *privatorum pactis juri publico derogari non potest*. L. 43, § 1 D. de reg. jur.

(es) Llámase también jurisdicción *acumulativa* ó *preventiva*, aquella por la cual puede un juez conocer á prevención, de las mismas causas que otro; á diferencia de la *privativa* que es la que se confiere á aquellos á quienes se comete una causa ó cierto género de causas, con inhibición de los demás jueces de cualquiera clase que sean. *Curia Filip.* part. 1 § 4 n. 13.

(et) En esta materia es, en efecto, regla general, que el actor debe seguir el fuero del reo: *actor sequitur forum rei*. Por ella se previene que el actor, al proponer

8—Por lo que hace al oficio ú obligaciones anexas al oficio del juez, la primera es, juzgar y decidir los pleitos con arreglo á las leyes y costumbres del reino, provincia ó lugar en donde e-

su demanda, busque precisamente aquel juez que tenga toda la autoridad necesaria para conocer y terminar el negocio que trata de entablar, y para obligar y estrechar al demandado á que cumpla y ejecute lo que resuelva por medio de su sentencia: leyes 32 tít. 2 Part. 3, y 13 tít. 4 lib. 5 Nov. Rec. En conformidad con estas disposiciones, todos los prácticos enseñan, que no basta que la demanda se entable ante cualquier juez, sino que es necesario que sea ante el competente, y que el exámen de esta *competencia* debe ser el primero de los cuidados que deben ocupar á un abogado. La ley 32 citada habla de catorce modos de surtir fuero: algunos autores cuentan muchos mas; pero los modos regulares ú ordinarios de surtir fuero se reducen á cuatro:

*Ratione delicti, seu contractus, aut domicilli, sive rei, de qua contra possessorem causa movetur, forum regulariter quis sortitur.*

Asi, en las causas criminales, da fuero el lugar en donde se cometió el delito, y éste se prefiere al del domicilio del reo y al en que tuviere la mayor parte de los bienes: ley 2 tít. 13 Part. 7 y 4 tít. 36 lib. 12 Nov. En lo civil, prefiere el del domicilio, entendiéndose por tal no solo el lugar que habita el reo cuando se entabla la accion, sino el que habitaba cuando se celebró el contrato: ley 23 tít. 2 Part. 3. El lugar del contrato se entiende ser el que se espresó en él, y no habiéndose espresado, aquel en donde se celebró: ley 32 tít. 2 Part. 3. Este fuero es solo relativo á las acciones personales, pues para las reales lo da el lugar donde se hallen situadas las cosas. Por lo que toca á los vagamundos, que las leyes llaman *revoltosos* ó de *mala barata*, que no tienen domicilio fijo, tienen o-



jerce jurisdiccion (9). La segunda, observar el orden de proceder en los juicios, que se halla establecido por derecho, y sentenciar conforme á *lo alegado y probado* por las partes (10). Tercera: se les prohíbe rigorosamente recibir por sí ni por otros, cualquiera especie de dones y regalos de las personas que ante ellos tuvieren pleito, o hubieren de venir a ser juzgados; lo cual, entre otras cosas, deben jurar en su ingreso al oficio (11). Mas esto no impide que lleven los derechos que les corresponden, y que las mismas leyes les asignan (12). Cuarta: no pueden contraer matrimonio en el lugar de su residencia, ni amistades estrechas con los vecinos, ni tampoco negociar ó ser comerciantes (13). Quinta: siendo legos, deben juzgar con pare-

bligacion de responder civil ó criminalmente *do quier que los fallasen*, ley 32 allí; y lo mismo sucede cuando se encuentra al ladrón en un lugar con la cosa robada en otro: leyes 1 tit. 2 y 4 tit. 14 Part. 7. Si el delito se comete en diversos lugares, como si en uno fuese robada una muger y violada en otro, ambos jueces son competentes y cualquiera de los dos puede conocer á prevención; y por último, debe tenerse presente, que debiendo los juicios seguirse y terminarse donde empezaron, el reo debe contestar ante el juez que fué competente cuando se le emplazó, aunque despues hubiere dejado de serlo: ley 12 tit. 7 Part. 3.

(9) Leyes 7 tit. 9 lib. 3 del Fuero Real, y 1, 2 y 4 tit. 1 lib. 2 Rec. de Indias.

(10) Ley 10 tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. R.

(11) Leyes 5 tit. 9. lib. 3 Rec. de Cast. Leyes 7 tit. 1 lib. 11 N. R. y 6. tit. 4. Part. 3.

(12) Ley única tit. 10 lib. 3 Rec. de Cast.

(13) Leyes 47 y siguiente tit. 16 lib. 2 y 74 tit. 3 lib. 3 Rec. de Indias.

cer de asesor, y no serán responsables á las resultas de las sentencias que dieren con su acuerdo y parecer (14). Sesta: dada la sentencia y declarada por *pasada en autoridad de cosa juzgada*, debe hacerla ejecutar, pero con esta distincion: que si condena al reo á pagar alguna cantidad en dinero, le debe dar *diez dias* de término para que la entregue, y siendo otra cosa dentro de *tres dias*, ya sea mueble ó raiz (15) (eu).

(14) Real cédula de 22 de setiembre de 1793. Ley 9 tit. 16 lib. 11 Nov. Rec. Pero en asuntos gubernativos es igual la responsabilidad de los jueces no letrados y sus asesores: Circular de 2 de julio de 1800.

(15) Leyes 3 y 6 tit. 17 lib. 4 de la Rec. de Cast. Leyes 1 y 3 tit. 17 lib. 11 Nov. Rec. y la 5 tit. 27 Part. 3.

(eu) Antes de concluir este título diremos alguna cosa acerca de una especie de fuero privilegiado, que tienen los *embajadores ó ministros diplomáticos*. La casa de estos es inviolable, no solo para ellos sino para todos los que compongan su familia y perciban salario suyo ó de su soberano; mas esta *inviolabilidad* que es dada en obsequio de la independenciam de los embajadores tiene, lo mismo que esta, sus limitaciones que pueden verse en el *Derecho de gentes* de Vattel, lib. 4 cap. 7, 8 y 9. Los ministros estrangeros no pueden ser demandados criminalmente en el pais en que representan, sino que se remitirán á su soberano en el caso que cometan algun grave delito: ni tampoco pueden serlo civilmente, si no es en el de que ejerzan algun tráfico, giro ó negociacion. Por lo que mira á sus criados, la ley 7 tit. 9 lib. 3 Nov. Rec. previene, que siempre que contravengan á las leyes y reglas establecidas para seguridad pública y buen gobierno, podrán ser arrestados dando aviso al ministro; y si el delito fuere leve, se le entregarán para que él los castigue, advirtiéndole que si reincidieren serán tratados

9—Otras muchas son las obligaciones de los jueces, que seria difícil referir aqui (ev). Véanse en las

como pide la ley. Mas si el delito fuere grave, pierde el criado la inmunidad, y debe ser tratado como cualquiera otro, aunque avisándose á su amo de la prision y su causa, y devolviéndole la librea si la tenia. Los *cónsules*, como que no tienen mas carácter que el de unos meros *agentes comerciales* ó *protectores de las personas* de su nacion, pueden ser enjuiciados en el pais en que residan; y aunque la ley 6 tit. 11 lib. 6 de la Novísima les daba el fuero militar como á todos los extranjeros transeuntes, fué derogada por la 8 tit. 36 lib. 12 del mismo Código: sus casas no gozan de inmunidad ni ellos pueden *ejercer jurisdiccion alguna* entre los súbditos de su nacion, *sino componer estrajudicial y amigablemente sus diferencias*; bien que las justicias deben prestarles el auxilio que necesiten para que tengan efecto sus *arbitrarias y estrajudiciales providencias*: Real decreto de 1 de febrero de 1765. Véase el *Apéndice* al tomo primero de las *Lecciones de práctica forense* escritas por D. Manuel de la Peña y Peña, pág. 449.

(ev) Además, entre nosotros es obligacion de los jueces de primera instancia, hacer en los departamentos y distritos donde no reside la Corte, las visitas generales y ordinarias de cárceles prevenidas por la ley: en las generales, que tendrán lugar el sábado de ramos, el trece de setiembre, y el dia vispera de pascua de Navidad, lo verificarán asociados de los alcaldes constitucionales, sus escribanos ó testigos respectivos y dos individuos de la municipalidad; y en las ordinarias que se verificarán los sábados primeros de cada mes, concurrirán tambien con las personas espresadas, y en todo caso, conviene la presencia del juez protector de cárceles, para que informado de las faltas que se noten, en lo que le concierne, provea á su pronto remedio.— Los jueces y alcaldes, dentro de ocho dias de practicadas las visitas, remitirán á la Corte copia certi-

leyes del título 4 Part. 3; tit. 9 lib. 3 de la Rec. de Cast.; tit. I. lib. 11 Nov. Rec. y tit. 3 lib. 3 de la de Indias [\*].

ficada de su resultado: Decretos de 22 de marzo de 1832, art. 105, 132 y 133, y de 5 de diciembre de 1839 art. 29 § 1.—Igualmente es obligación de todos los jueces remitir cada seis meses á la Córte, lista de las causas que hayan fenecido en el último semestre y de las que esten pendientes, con espresion clara del estado que tengan, y de los motivos que hayan retardado su curso, si en él se notare alguna dilacion: Decreto de 27 de octubre de 1843, art. 8.

[\*] Tambien distinguen el oficio del juez en *noble* y *mercenario*. Por el primero, puede decretar aun lo que no le es pedido por las partes; y por el segundo, solo lo que le suplican conforme á derecho.

## APÉNDICE.

### DE LA RECUSACION.

#### SUMARIO.

- |   |   |
|---|---|
| <p>1 Qué se entiende por <b>recusacion</b></p> <p>2 Por quiénes y en qué estado puede intentarse.</p> <p>3 Causas por las cuales puede conceptuarse sospechoso un juez.</p> <p>4 Ley patria sobre el particular.</p> <p>5 Si es necesaria espresion de causa para recusar al juez inferior, y nombramiento de acompañados en su caso.</p> <p>6 De la recusacion de los asesores, y número de los que pueden recusarse.</p> <p>7 De la de los relatores, escribanos y receptores.</p> <p>8 Si pueden serlo y cómo, los jueces <b>árbitros</b>, y el <b>mero</b> y <b>misto ejecutor</b>.</p> | <p>9 No pueden serlo los Capitanes generales ni sus auditores; pero si las demas personas que se espresan y cómo.</p> <p>10 Si es permitido recusar á los ministros del tribunal superior, y en qué términos.</p> <p>11 De la misma materia respecto á los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la República.</p> <p>12 Modos de proceder en la recusacion para la separacion absoluta de los jueces de primera instancia, conforme á la ley patria.</p> <p>13 Términos en que deben formularse y fenecerse los artículos sobre recusacion.</p> |
|---|---|

**Q**omo los jueces pueden, por causas naturales ó por otras especiales, á que ellos mismos suelen dar ocasion, ser sospechosos de parcialidad, se permite al que tema ser perjudicado el remedio de la *recusacion*. Es, pues, ésta *un recurso que las leyes conceden para evitar parcialidades injustas de parte del juez, asesor, relator ó escribano, de quienes tiene sospecha alguno de los litigantes* (1).

2—Las recusaciones deben interponerse por las mismas partes que litigan ó por sus procuradores teniendo poder especial (2); y aunque por derecho comun y de las Partidas debian hacerse antes de la

(1) Ley 22 tit. 4 Part. 3: Curia Filip. part. 1 § 7; Conde de la Cañada, *Juicio civil*, part. 3 cap. 6.

(2) Conde de la Cañada, allí n. 14 y sig.

contestacion de la demanda por considerarlas como escepciones dilatorias, en el dia se permite oponerlas en cualquier estado del pleito, con tal que no se haya publicado ni notificado la sentencia (3). Si el juez ú oficial recusado legitimamente procedieren en la causa sin cumplir los requisitos de la recusacion, será nulo cuanto hicieren; á no ser que el recusante siga litigando ante el recusado sin protestar, pues en tal caso se presume haber renunciado á la recusacion (4).

3—Las causas porque puede conceptuarse sospechoso el juez son: 1ª por tener mucha familiaridad con la otra parte: 2ª por tener con esta parentesco de consanguinidad ó afinidad, mas no si lo tuviere igualmente con ambas: 3ª cuando es teniente del juez ordinario y se tiene á éste por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya: 4ª cuando quiere ser juez en causa propia: 5ª cuando es enemigo capital del recusante, ó lo fué en otro tiempo aunque esté reconciliado: 6ª cuando es pariente del deudo de su enemigo, ó comensal suyo, ó de éste ó su paisano, ú oriundo de su pais, y hallandose en tierra estraña se tratan como hermanos: 7ª cuando es súbdito de la otra parte, por razon de jurisdiccion ú otro motivo: 8ª cuando fué abogado de ella en aquella misma causa: 9ª cuando favorece demasiado a la otra parte y grava al recusante: 10ª si tiene otro pleito igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en éste del modo que quiere se juzgue en el suyo: 11ª si el recusante

(3) Leyes 22 cit. y 8 tit. 10 Part. 3. Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 17. Murillo, *Cur. jur.* lib. 2 n. 287. Curia allí núm. 44.

(4) Glos. in cap. 16, 2 q. v. *Apellent.*

tiene algun pleito con el juez como persona privada: 12<sup>a</sup> cuando el prelado es juez en pleito de su iglesia: 13<sup>a</sup> si fué electo consultor á pedimento solo de la otra parte, o testigo en la causa, y luego pasa á ser juez de ella: 14<sup>a</sup> si es canónigo de la misma iglesia de la que lo es una de las partes: 15<sup>a</sup> si la parte contraria solicitó que su señor fuese su juez en aquella causa, ó el mismo juez procuró serlo, ó es socio suyo, ó ambos viven juntos: 16<sup>a</sup> cuando el recusante tiene interpuesta apelacion de sentencia del propio juez, pues estando pendiente se hace sospechoso para otra sentencia: 17<sup>a</sup> si recibió don ó premio de la otra parte: 18<sup>a</sup> cuando por algun motivo puede redundar la causa en daño ó provecho del juez: 19<sup>a</sup> cuando fué juez en primera instancia, pues no puede serlo en la segunda: 20<sup>a</sup> cuando es imperito y la causa árdua, escesivamente severo y cruel ó indiscreto; y la 21<sup>a</sup> si es compadre de la otra parte, ó no quiere oír al recusante, aunque el pleito sea claro (5).

4—Por nuestras leyes, las causas de recusacion quedaron reducidas a tres, a saber: el parentesco, la amistad ó enemistad, y el interes conocido. Por *parentesco* podran ser recusados los jueces cuando lo tengan con alguna de las partes en linea de ascendientes ó descendientes, y entre colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad por derecho civil; ó por ser compadre, padrino ó ahijado de la otra parte: por *amistad* podrán serlo cuando fuere íntima, manifestada por diarias relaciones, asídua y mútua confianza, ó por vivir en una misma casa el juez y la persona que contiene: por *enemistad*, cuando fuere grave, por cau-

(5) Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 18.

sa notoria, originada de hechos determinados; y por *interes*, cuando de la sentencia pueda resultar alguna adquisicion ó esencion de obligaciones al juez mismo, ó á sus parientes ó amigos, en el grado ó intimidad espresados, ó cuando se pruebe que el juez ha recibido ó espera haber alguna cosa de las partes; ó finalmente, cuando el mismo juez ha sido procurador, abogado ó testigo en la causa, ó lo ha sido algun pariente suyo dentro del grado que se ha dicho (6).

5—En la recusacion del juez inferior no es necesario espresion de causa, sino que basta que el recusante alegue que le tiene por sospechoso, *jurando* al mismo tiempo que no le recusa de malicia ni por calumniarle (7). En las causas civiles el juez inferior recusado debe tomar por adjunto ó compañero á un hombre bueno, para determinar ambos el pleito, jurando sobre los evangelios que guardarán el derecho de ambas partes; y si el adjunto fuere tambien recusado lo que deberá hacerse con espresion de causa y la correspondiente justificacion de ella (8), ó discordare despues en la sentencia, deben los dos nombrar otro tercero para proceder los tres á la decision, prevaleciendo en ella la mayoria de votos (ex). Mas en las causas criminales debe el juez re-

(6) Decreto de la Asamblea constituyente de 23 de diciembre de 1854, art. 1, 2, 3, 4 y 5.

(7) Ley 1 tit. 2 lib. 14 Nov. Rec. El Conde de la Cañada opina que sería mejor obligar al recusante á que espresáse la causa de la recusacion: obra y lug. cit. núm. 1 al 18; y por el art. 21 del espresado decreto se previene que las recusaciones que se formulen deberán ser con espresion de causa.

(8) Gregorio Lopez glosa 9 de la ley 20 tit. 4 Part. 3.

(ex) Estando en desacuerdo el juez principal y acom-



cusado, tomar por acompañado al otro juez del pueblo si le hubiere; en su defecto á dos de los regidores que éstos nombrarán entre sí por convenio ó por suerte, y a falta de regidores á dos hombres buenos que cuatro de los mas ricos del pueblo designados por él, elegirán entre sí por suerte (9); debiendo tambien prevalecer en la sentencia la mayoria de votos, y si éstos fueren iguales, la sentencia mas benigna (ey); siendo de notar que el voto de los dos acompañados, no vale sino como uno solo (10).

6—Los asesores pueden tambien sin espresion de causa ser recusados, ya sean *titulados* ó ya de libre eleccion de los jueces á que llaman *especificos*, se-

pañado para fallar una causa criminal, cada uno pronunciará por sí su sentencia, y notificada al reo se eleva en consulta al Supremo tribunal, segun lo enseña Vilanova, *materia criminal for. Obs.* 3 cap. 6 núm. 4; Villarroel, *Práctica criminal*, lib. 2 pág. 313 n. 44; Curia Filíp. part. 1 § 7 n. 16, y Villadiego en su *Política*, cap. 1 pág. 20 n. 49.

(9) Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 41 Nov. Curia Filípica allí, n. 42.

(ey) No conformándose en las causas civiles el juez ordinario secular recusado y su acompañado, ha de ir la causa al Superior, si se apela de la sentencia de alguno; pero si no se apelare, será válida la que se dá en favor del reo; excepto en los casos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pías y otros, en los cuales vale la que se pronuncie en favor de lo espresado, aun cuando tambien resulte favorable al actor:

*Stat testamentum, libertas, conjugium, dos,*

*Si sunt æquales qui producuntur utrinque.*

Tapia, lib. 3 tit. 4 cap. 3 n. 22. Curia Filíp. part. 1 § 7 núm. 15.

(10) Ley 48 tit. 22 Part. 3; Curia Filípica n. 15 § recusacion.

parándose éstos del conocimiento y acompañándose aquellos (11); y pueden serlo tambien en cualquier estado de la causa, menos si ya han firmado y entregado al juez la sentencia (12). No pueden recusarse mas de tres por cada parte para la final determinacion o artículos de cada causa; advirtiendose que la recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente para cada auto o artículo, sino copulativamente para todos los artículos, autos y sentencias que en cada juicio se provean, de manera que el que recusare tres en un artículo, ya no podra recusar otro en el progreso de la causa (13).

7—En la recusacion de los relatores y escribanos no es necesario espresar causa; pero no se les quita el conocimiento é intervencion en el pleito, ni sus derechos, sino que debe el juez nombrarles acompañado (14); mas para separar al escribano originario del conocimiento de la causa, se requiere motivo grave justificado; lo que no es indispensable para separar al escribano de diligencias (15).

(11) Real orden de 23 de julio de 1778: Cédulas de 27 de mayo de 1766 y 22 de setiembre de 1793, y art. 19 de la Ordenanza de intendentes. Decreto cit. art. 16.

(12) Ley 9 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec. Tapia, lugar citado n. 28. Véase respecto de los auditores la nota 7 tit. 2 lib. 11 Nov.

(13) Leyes 27 tit. 2 lib. 11 Nov., y 41 tit. 46 lib. 9 Rec. de Ind. Tapia allí n. 28. Entre nosotros está prohibido recusar mas de dos asesores en cada pleito, si no es con causa legal, y remitiendo á la Corte las diligencias respectivas; ni tampoco pueden serlo despues que las partes hayan consentido su nombramiento: artículos 16 y 17 del decreto de 23 de diciembre citado.

(14) Ley 6 tit. 20 lib. 4 Nov. Rec. Gregorio Lopez en la ley 22 tit. 4 Part. 3 glosa 9, y Tapia allí, n. 40 á 42.

(15) Entre nosotros debe observarse lo dispuesto en

8—Los jueces árbitros ó compromisarios, pueden ser recusados por la misma parte que los nombró, pero con espresion y justificacion de causa que haya sobrevenido al nombramiento, ó al menos la noticia de ella, y esta recusacion debe hacerse ante el juez ordinario, que separará al recusado del conocimiento del negocio (16). En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el juez *mero ejecutor*, porque nada hace de su autoridad propia; pero el *ejecutor misto* que tiene facultad para admitir escepciones y determinarlas, puede serlo en los términos que el ordinario (17). Por lo que respecta á los jueces eclesiasticos, la recusacion debe ser siempre con espresion y justificacion de causa (18). El prior y cónsules y cólegas y Diputados consulares pueden tambien ser recusados con causa legítima y probada, igualmente que el juez de alzadas, mas no pueden serlo los tres, prior y cónsules, sino hasta dos de ellos. Véanse las leyes 31 y 39 tit. 46 lib. 9 Rec. Ind., y art. 15 de la Cédula de ereccion de este Consulado.

9—Los Capitanes generales ú otras autoridades á quienes pasan los procesos para la aprobacion

el art. 15 de la ley de 27 de noviembre de 1834, que dice: «Cuando algun escribano sea recusado, será separado *enteramente* de toda intervencion en el asunto, nombrándose otro por el juzgado donde esté radicado el juicio; y en tal caso desde el auto en que se le dé por separado, el que lo sea no llevará derechos, pero si podrá cobrar los devengados hasta aquella fecha.» Esto es igualmente aplicable á los notarios: art. 25 de la misma ley.

(16) Ley 31 tit. 4 Part. 3. Tapia, lugar citado n. 33.

(17) Tapia allí n. 34.

(18) Tapia, lugar citado, núm. 30, 31 y 32.

de las sentencias de los consejos ordinarios de guerra, no pueden ser recusados por los reos ó sus defensores, ni tampoco los auditores ó letrados con quien aquellos gefes las consulten, porque en dichas causas no proceden como jueces, ni los generales, ni los auditores ó asesores (19). Mas los vocales del consejo, los fiscales, y secretarios ó escribanos, pueden serlo y segun las razones que se aleguen podran ser separados por el Capitan general, ó por el fiscal si el recusado fuese el escribano; bien que en algun caso podrá nombrarse de acompañado del fiscal a algun ayudante ú otro oficial para que ambos continuen el procedimiento (20).

10—Los ministros superiores, magistrados ú oidores no deben recusarse sino con causa espresada y probada y de la manera y forma que previenen las leyes (21); y no probándola debe pagar el recusante 120 mil maravedis si el recusado fuere presidente, 60 mil si fuere oidor y si alcalde del crimen 30 mil; bien que siendo pobre el que recusa, cumplirá con obligarse á pagar cuando tenga bienes, si incurriere en dicha pena. El tribunal superior debe examinar ante todo, si la causa en que se funda la recusacion es justa y probable, y si tal no fuese, no debe admitir la recusacion, y antes bien condenará á la parte en 6 mil maravedis (22). Si es el fiscal real

(19) Real órden de 23 de junio de 1803, inserta en el *Nuevo Colon, ó Tratado del derecho militar de España y sus Indias*, por D. Alejandro de Bacardí, tomo 2 pág. 193 n. 66. Nota 8 tit. 2 lib 11 Nov. Rec.

(20) *Nuevo Colon*, tomo 2 pág. 102 n. 12 al 18; página 109 n. 9, y pág. 216 n. 38.

(21) Véase el *Tapia*, lib. 3 tit. 4 cap. 4 n. 37 y sig.

(22) *Leyes 7 y 8 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec. y 1 tit. 11*

el recusante, cumple el receptor de penas de cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al real fisco (23).

11—Mas por nuestra ley pátria (24) está prevenido, que de las recusaciones, que habrán de presentarse en términos respetuosos y moderados, con espresion de las causas en que se funden, conozca el Supremo tribunal de Justicia, mandando previamente hacer depósito de ciento veinticinco pesos en la receptoría de penas de cámara, si la recusacion fuere del Regente, y de cien pesos por cada uno de los Magistrados: si las causas fueren legales y ciertas, proveerá la separacion del recusado y la devolucion del depósito; mas si fueren legales, y no las reconociere por ciertas el recusado, mandará se reciban á prueba por un término breve, de modo que en el perentorio de veinte dias quede resuelto el artículo de recusacion. Si no resultaren probadas, continuará conociendo el recusado y se declarará incurso el recusante en la multa de la cantidad depositada, que será toda para gastos de justicia. Si el fiscal público fuere el recusante, no deberá constituir depósito, así como tampoco el que fuere pobre; pero si éste no probare las causas de recusacion, sufrirá la pena ó demostracion á que haya lugar, segun la malicia que se advierta. Los fiscales no pueden ser recusados en el ejercicio de sus funciones, ni suspenderse mediante la recusacion, la

lib. 3 Rec. de Ind. Curia, part. 1 § 7 n. 23 y 24.

(23) Leyes 9 tit. 3, y 41 tit. 18 lib. 2 Rec. de Ind. la cual manda que los fiscales juren y prueben las causas como las demas partes, y hagan tambien el depósito conforme á las leyes.

(24) Decreto de 23 de diciembre de 1831,

sustanciacion del negocio pendiente.

12—Si la recusacion se dirijiere á separar *in totum* al juez del conocimiento de la causa, éste se acompañará con otro juez, ó en su defecto con el alcalde primero, para sustanciar el artículo, que fenecerán y remitirán con su informe dentro de veinte dias á la Corte, previa citacion de las partes, para que en la primera audiencia resuelva ó sobre la inhibicion del juez, en cuyo caso pasará el conocimiento del asunto á otro hábil ó al alcalde respectivo; ó en sentido contrario, declarando incurso al recusante en la multa de cincuenta pesos, que se le exijirán por la vía de apremio, ó en su lugar, si fuere pobre, sufrirá la pena ó demostracion correspondiente, segun la malicia del caso.

13—La recusacion deberá formularse dentro de los diez dias inmediatos al en que el magistrado ó juez recusado hayan comenzado a tomar conocimiento del negocio: pasado este término no se admitirá sino por causas supervenientes: no se admitirán tampoco indicaciones ni anuncios de recusacion; y el articulo debe precisamente quedar fenecido dentro de los veinte dias perentorios que se han dicho, aun cuando las partes no hicieren durante este término, sus alegatos ni adujeren pruebas (25).

(25) Véase el espresado decreto.

## TÍTULO XVIII.

### DE LOS DELITOS PUBLICOS.

#### SUMARIO.

- |      |   |             |   |
|------|---|-------------|---|
| 1    | Diferencias entre los delitos privados y públicos.                            | 11          | De los <b>alcahuetes</b> .  |
| 2    | Del delito de <b>lesa magestad</b> .  | 12, 13 y 14 | Del <b>homicidio</b> y sus especies.                              |
| 3, 4 | Penas impuestas al delito de <b>perduccion</b> y al de <b>lesa magestad</b> . | 15          | Del <b>parricidio</b> y sus penas.                                |
| 5    | Del <b>adulterio</b> .  | 16          | Del delito de <b>falsedad</b> , y casos en que puede verificarse. |
| 6    | Solo el marido tiene facultad para acusar este delito.                        | 17          | De otras especies de falsedades.                                  |
| 7    | Del <b>incesto</b> y sus penas.   | 18          | De la <b>fuerza ó violencia</b> , y sus diversas especies.        |
| 8    | Del <b>estupro</b> y penas correspondientes.                                  | 19          | De los <b>sacrilegios</b> y del <b>peculado</b> .                 |
| 9    | Disposicion posterior relativa á este delito.                                 | 20          | Del <b>plagio</b> .   |
| 10   | Del pecado nefando ó <b>sodomia</b> .   | 21          | De la <b>concusion</b> .  |
|      |   | 22          | De la <b>regatoneria</b> .  |

**D**IJIMOS en el principio de este libro, que todos los delitos ó eran *privados* ó *públicos*; siendo los primeros, aquellos en que inmediatamente eran ofendidos los particulares, y los segundos, los que directamente perturbaban la seguridad y tranquilidad de la república. Entre los juicios de unos y otros hay varias diferencias: 1ª en los delitos privados el que intenta la accion se llama *actor*, y en los públicos *acusador*: 2ª en los primeros, intenta la accion aquel á quien interesa para satisfaccion de su daño particular; y en los segundos, para escarmiento y satisfaccion del público. De estos delitos unos hay que se llaman *capitales*, y otros *no capitales*, atendiendo á la pena que merecen. *Capitales* son, aquellos por los cuales se priva al delincuente de la vida natural ó civil: v. g., á muerte de horca, ó á destierro perpetuo. *No capitales* se llaman, los que tienen impuestas pe-

nas menores que la de muerte natural ó civil, como azotes, infamia etc. (ez).

(ez) Para proceder con pleno conocimiento de esta materia clasificaremos los delitos de la manera siguiente: I Delitos contra la divinidad; v. g., la heregía, simonía, blasfemia, perjurio etc. II Delitos contra el soberano, como los de lesa magestad y traicion; y contra el derecho de gentes, como la violacion de los derechos de los embajadores y salvoconductos, la piratería y otros. III Delitos contra el órden público, por los que se infringe alguna obligacion de las que ligan al ciudadano hácia la sociedad; ya sea contra la justicia pública, como atentar á la vida de los magistrados, resistir sus órdenes, cometer falsedad, prevaricar y otros: ya contra la tranquilidad pública, como la venta de sustancias venenosas ó abortivas, el delito del que maliciosamente introdujere en un país alguna enfremedad contagiosa, y tambien el incendio: ya contra el comercio público, como la falsificacion de moneda y de letras de cambio, el uso de medidas y pesas falsas, la bancarrota, el contrabando y monopolio: ya contra la hacienda pública, como el peculado, la falsificacion de vales, la de papel sellado, elaboracion de efectos estancados, falta de pago de contribuciones, la inexactitud de los empleados para asistir á sus oficinas y otros: ya contra la continencia pública, como el concubinato, prostitucion y demas contra la decencia en las costumbres; ya contra el derecho político, como el de no inscribirse en el censo, no sufragar en las elecciones ó intrigar en ellas, llamado por los romanos *ambitus*, la desercion y otros; ó ya contra la policia, como la portacion de armas prohibidas, el juego, la vagancia, las máscaras y disfraces. IV Delitos contra la fé pública; v. g., la falsificacion de moneda cometida por el empleado encargado de emitirla, y demas en que se viola el secreto y la fé pública. V Delitos contra el órden de las familias, como el parricidio, infanticidio, esposicion



2—El primer delito *público* es, el llamado en general, delito de *lesa magestad* y *traicion*, y de este modo comprende cualesquiera atentados contra la persona ó dignidad del monarca, ó contra la república; y se puede dividir en *crimen de perduelion* y de *lesa-magestad* en especie. El primero, se comete intentando matar ó herir al rey, ó alzarse con el reino, ó entregarlo á sus enemigos. El segundo, no indica precisamente un ánimo enemigo del rey ó de la república; pero sí comprende cualesquiera hechos ó dichos en detrimento de los derechos del príncipe, ó de su estimacion y dignidad (1) (ia).

y suposicion de parto, el plagio, sevicia, incesto, adulterio, estupro, raptó, seduccion y lenocinio de los padres. VI Delitos contra la vida de los ciudadanos, como el homicidio, suicidio, heridas, desafio y descuido ó impericia de los cirujanos y médicos. VII Delitos contra la dignidad y honor de los ciudadanos, como los pasquines, injurias, exhumacion de cadáveres y otros. VIII Y finalmente, delitos contra la propiedad, como el hurto, usurpacion y despojo, negacion del depósito, usura, estelionato y los daños.

(1) Véase la ley 1. tit. 2 Part. 7 que pone catorce ejemplos de delitos de esta clase, de los cuales los cuatro primeros son propiamente *perduelion*; y los demas, delitos de *lesa-magestad*: ley 1 tit. 18 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 12 Nov. Rec.

(ia) Hay crimen de *lesa magestad divina*, y crimen de *lesa magestad humana*. El primero es una ofensa cometida contra Dios, como la apostasia, heregía, blasfemia, sacrilegio, sortilegio y simonia: el segundo, es el atentado cometido contra el soberano ó contra el Estado. *Læsæ majestatis crimen*, dice la ley 1 tit. 2, tanto quiere decir en romance, como yerro de *traicion*, que hace ome contra la persona del rey: la misma

3—Las penas impuestas al delito de *perduellion*, llamado tambien *traicion*, son: dar al delincuente la muerte mas cruel é ignominiosa que se encuentre, y confiscarle todos los bienes para la cámara del rey, sacando la dote de su muger y las deudas anteriores al delito: debe ser derribada y asolada su casa y sus heredades, para escarmiento de tan atroz delito: todos sus hijos varones deben ser infames para siempre, de modo que no pueden tener oficio honroso ni de dignidad, ni heredar ni adquirir legado de pariente ó de otro extraño; pero á las hijas se concede el que puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (2). La acusacion de este delito puede comenzarse despues de la muerte del reo, y si su heredero no lo puede defender, queda asimismo infamada la memoria del reo, y confiscados sus bienes (3).

4—Casi las mismas penas están impuestas á los delitos de *lesa-magestad*, con la diferencia que en éstos la pena es de muerte ordinaria: no se comienza la acusacion despues de la muerte del reo,

ley añade al fin, que si alguno de los yerros referidos en las catorce especies que espresa y casi ha copiado la ley 1 tit. 7 lib. 12 de la Nov., es hecho contra el rey, ó contra su señorío, ó contra pro comunal de la tierra, es propiamente *traicion*, que tanto quiere decir como *traer un ome á otro so semejanza de bien á mal, é es maldad que tira de sí la lealtad de corazon del ome*; y que cuando es hecha contra otros hombres, es llamado *aveve*, es decir *alevosia*, la que tambien está comprendida bajo el nombre de *traicion* generalmente tomado; pero aqui no se trata de las hechas á particulares.

(2) Leyes 6 tit. 13 Part. 2, y 2 tit. 2 Part. 7.

(3) Leyes 2 tit. 18 lib. 8 de la Réc. y 3 tit. 2 Part. 7.

ni se arruina su casa, y algunos opinan que no quedarán infamados los hijos del delincuente (4). Alcanzan las penas no solo á los que cometen el delito, sino también á los que cooperan, y aun á los que lo saben y no lo descubren (5). Pueden ser acusadores cualesquiera hombres ó mugeres, de buena ó mala fama, aun aquellos que no lo pueden ser en otras causas, por lo mucho que importa á la república se facilite el modo de descubrir y castigar estos delitos (6) (ib).

(4) Dicha ley 3 tít. 2 P. 7. Acevedo en la 2 tít. 18 lib. 8 de la R.

(5) Ley 6 tít. 13 Part. 2.—(6) Ley 3 tít. 2 Part. 7.

(ib) El delito mayor entre los eclesiásticos es la *apostasía*, cuya palabra es griega y significa *desercion*: se usa para designar el abandono de la fé de Jesucristo recibida y profesada en el bautismo, de cuya definicion se infiere que para que haya apostasía basta desamparar la religion cristiana, sin ser necesario pasarse á otra; mas segun la ley 5 tít. 25 Part. 7, no se entiende por *apóstata* sino el cristiano que se hizo moro ó judío, aunque arrepentido despues torne á la fé. En este concepto, las leyes 7 tít. 24 y 4 tít. 25 Part. 7, imponen al apóstata la pena de muerte y la de confiscacion de bienes, si no tiene hijos ó parientes hasta el décimo grado que le heredem; pero si arrepentido vuelve á la fé, aunque se liberta de dichas penas, segun la 5 cit., queda infamado y en consecuencia no puede ser testigo, ni hacer testamento, ni ser heredero, ni hacer venta ó compra, ni dar ó recibir por donacion, ni haber oficio. Véanse las leyes 6 de dicho tít. 25, y 3 tít. 3 lib. 12 Nov. *Heregia* es otra palabra que viene de la griega *hæresis* y significa *secta*: se define: *un error en materia de fé, por el cual un cristiano sabiendo alguna doctrina que la Iglesia católica propone para que se crea como de fé divina, la abandona sin embargo y establece á su manera*

5—Los delitos contra la *castidad* tienen lugar entre los públicos; y el primero de ellos es el *adul-*

*otra nueva*. La *apostasia* se distingue de la *heregia*, en que aquella es una desercion total de la religion, y ésta no es mas que una separacion de ella en uno ó mas puntos de fé. Véanse las leyes 1 y 2 tit. 26 Part. 7, tit. 3 lib. 12 Nov. y decreto de 22 de febrero de 1813. Tambien viene del griego la palabra *blasfemia*, que significa *ataque á la reputacion*, y se emplea ordinariamente para designar los denuestos, ofensas ó injurias contra Dios ó sus Santos. Se divide en *enunciativa é imprecativa*: por la primera se niega al Ser Supremo la calidad que no puede menos de convenirle, como la eternidad, la justicia, la omnipotencia; ó se le imputa la que es muy agena de sus perfecciones, como la crueldad, la injusticia, la ignorancia: por la segunda se le desea á Dios algun mal, como que deje de existir. En las leyes 4, 5 y 6 tit. 28 Part. 7, 4 tit. 5 lib. 12 Nov. y 2 tit. 8 lib. 7 Rec. Ind. que manda se guarden aquellas, pueden verse las penas en que incurre el blasfemo, como tambien respecto de los militares el art. 4 trat. 8 tit. 10 de las Ordenanzas del Ejército. *Sacrilegio* es, *la lesion ó violacion de cosa sagrada, ó destinada al culto divino*. Dividese en *personal* el cual se comete cuando por saña se hiere, prende, encarcela, despoja de sus vestidos ó atropella de otro modo á clérigo, religioso ó monja, que son personas sagradas: en *real* que es, cuando se hurtan ó fuerzan en lugar sagrado ó profano, cosas sagradas, como cálices, cruces etc., ó quebrantan las puertas, se horadan las paredes ó techos para entrar en los templos, ó se les pone fuego para quemarlos; y en *local*, cuando se hurtan ó fuerzan cosas profanas en lugar sagrado. Sobre las penas de este delito pueden verse las leyes 1 á 6 tit. 18 Part. 1. *Sortilegio* ó adivinacion es, el pronóstico de las cosas futuras. *Adivinanza* dice la ley 1 tit. 23 Part. 7, tanto quiere decir, *como querer tomar el poder de Dios pa-*

terio, ó el comercio carnal con muger casada, [\*] sabiendo que lo es (7) (ic). La pena establecida por

*ra saber las cosas que están por venir.* En las leyes 1 y 3 de dicho tít. 23, y en la 1 y 2 tít. 4 lib. 12 de la Nov. se refieren y prohíben varios embustes y adivinanzas, de que creemos escusado hacer especial mencion aquí. Finalmente, *simonia* es, *el comercio de las cosas espirituales ó anexas á ellas, dándolas por dinero ú otra cosa temporal.* Tomó el nombre de Simon, mago ó encantador, que habiendo sido bautizado en Samaria y viendo los milagros de los apóstoles, quiso comprarles la gracia de hacerlos. Dividese comunmente en *mental, convencional y real.* La primera consiste en dar ú ofrecer cosa temporal con la mira de que se recompense con alguna cosa espiritual ó anexa á ella: la segunda es un pacto tácito ó espreso de dar lo espiritual por lo temporal; y la tercera, es la ejecucion del convenio dándose recíprocamente lo espiritual y temporal ó solo lo primero. Tambien se divide en *simonia espiritual ó contra derecho divino,* y en *simonia eclesiástica ó contra derecho eclesiástico:* aquella se comete cuando se compran ó venden cosas espirituales, y está prohibida como mala; ésta se comete cuando se compran ó venden algunos oficios ó alhajas de la iglesia y cuando se resignan ó permutan beneficios eclesiásticos sin autoridad pontificia, y es mala en cuanto está prohibida. Las leyes 1 y 2 tít. 17, 11 y 12 tít. 27 Part. 1, y 3 tít. 22 lib. 3 Nov. Rec. tratan de esta materia y espresan las penas en que incurren los simoniacos.

[\*] Para que se cometa adulterio, segun el derecho canónico, basta que cualquiera de los delinquentes sea casado; mas para que tengan lugar las penas que establece el civil, es necesario que la muger sea casada con otro. La razon de esta diferencia es clara, y se insinúa en la ley 1 tít. 17 Part. 7.

(7) Ley 1 de dicho tít. y Part.

(ic) *Adulterio,* dice la ley 1 tít. 17 Part. 7, *es yerro*

derecho de España y de Indias es, que los adúlteros sean entregados por el juez al marido para que los mate, ó perdone á ambos, no pudiendo castigar, ni perdonar á uno sin otro, á mas de ganar todos los bienes de ambos (8). Mas no ganará la dote de la muger, ni bienes de ambos, el marido que de propia autoridad matare al adúltero y á la adúltera, aunque los tome en fragante delito y sea justamente hecha la muerte, pues esta concesion solo es para el caso de que los mate con autoridad de la justicia (9). La ley de Partida impone al hombre que comete adulterio con muger casada, la pena de muerte, y á la muger que lo cometió, la de azotes y ser encerrada en

*que ome face á sabiendas, yaciendo con muger casada ó desposada con otro, é tomó este nombre de dos palabras del latin *alterius et torus*, que quiere tanto decir en ramance como *lecho de otro*, porque la muger es contada por lecho de su marido é non él della. El adulterio es *doble* cuando ambos son casados, y *simple* cuando lo es uno solo. El hombre que se une con muger casada no sabiendo que lo es, no queda sugeto á la pena de adulterio, como tampoco la muger que tiene acceso con otro teniendo noticias fidedignas de que su marido ha muerto: ley 3 tít. 17 allí. Mas no se exime de la pena aunque se pruebe que el matrimonio de la muger era nulo por parentesco ó cualquier otro motivo, segun la ley 4 tít. 28 lib. 12 Nov.; pero sí, en opinion de algunos autores, si la nulidad proviniere de falta de consentimiento: Ant. Gomez en la ley 81 de Toro y Acevedo en la 4 tít. 20 lib. 8 Rec.*

(8) Leyes 1, 2 y 3 tít. 20 lib. 8 de la Rec. de Cast. Leyes 1, 2 y 3 tít. 28 lib. 12 Nov. Rec. y la 4 tít. 8 lib. 7 de Indias.

(9) Ley 3 tít. 20 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 28 lib. 12 Nov. R.

un monasterio, con perdimiento de dote y arras a favor del marido, y siendo el adulterio con huida de su casa, pierde tambien los gananciales (10) (id).

6—Solo tiene facultad para acusar este delito el marido, el que, ó ha de acusar á ambos adúlteros, ó á ninguno (11). Se puede hacer esta acusacion delante del juez secular, dentro de cinco años,

(10) Ley 15 tít. 17 Part. 7.

(id) La facultad que se concedia al marido para que pudiese matar á los adúlteros, comprendia la restriccion de no poder dar muerte á uno y dejar vivo al otro, á menos que no pudiese verificarlo; mas dicha facultad ha cesado el dia de hoy, mediante á que la ley 3 tít. 20 lib. 12 Nov. Rec. *prohibe á todos generalmente, sin escepcion de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio ó injuria, bajo las penas impuestas.* No obstante, si el marido en el arrebato de indignacion que debe causarle el sorprender á su muger en el acto de ofenderle, diere la muerte á ella ó á su cómplice ó á los dos, la ley 21 del mismo tít. y libro, le permite alegar las circunstancias del caso como escepcion para eximirlo de la pena de homicida. Gutierrez, *practica criminal*, tomo 3 cap. 9 número 33. Vizcaino, *Código criminal* tomo 1 página 224. Téngase presente que el marido podia reconciliarse con su muger y sacarla del monasterio en el término de dos años, en cuyo caso recobraba ella la dote, arras, y gananciales; mas si no la queria perdonar ó moria antes de los dos años, entónces ella debia tomar el hábito del monasterio para siempre: ley 15 tít. 17 Part. 7.

(11) Ley 2 tít. 19 lib. 8 de la Rec. Ley 4. tít. 26 lib. 12 Nov. Rec., que deroga á la 2 tít. 17 Part. 7., que permitia la acusacion tambien al padre, hermano, y tio paterno ó materno. Ley 2 tít. 20 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 28 lib. 12 Nov. Rec.

contados desde el dia en que se cometió el adulterio; pero si hubiere sucedido por fuerza, dentro de treinta (ie).

7—El *incesto* es otro delito contra la castidad, el cual segun nuestro derecho, se comete teniendo uno acceso carnal con parienta suya, sea de consanguinidad ó afinidad, hasta el cuarto grado de la computacion canónica, ó con comadre, o con

(ie) La muger se exime de la acusacion y de la pena de adulterio en los casos siguientes: 1º si despues del delito hubiesen pasado ya los cinco años referidos que el marido tiene para intentar la acusacion; leyes 4 y 7 tít. 17 Part. 7: 2º si hubiese adulterado con el consentimiento de su marido, quien en tal caso será castigado con la pena del lenocinio; ley 7 cit.: 3º si el marido la tuviese á sabiendas en su compañía despues del adulterio, ó la admitiese en su lecho, ó dijese ante el juez que no queria acusarla, ó abandonase la acusacion intentada, pues se presume entónces el perdon; leyes 8 allí, y 5 tít. 7 lib. 4 Fuero Real: 4º si acreditare que habia sido forzada; ley 1 tít. 28 lib. 12 Nov. El adúltero, excepto en el caso de fuerza en que puede ser acusado dentro de los treinta años espresados, se exime de la acusacion y de la pena en todos los casos en que se liberta la muger, y tambien en el de que ignorese que la muger era casada: ley 5. tít. 17 cit.; y así mismo en el de que hubiese obtenido perdon gratuito del marido, pues no puede hacerse transaccion pecuniaria sobre este delito, segun la ley 22 tít. 1 Part. 7. Las referidas escepciones deben oponerse por los acusados antes de la contestacion del pleito conforme á la ley 7 tít. 17 allí, y doctrina de Antonio Gomez en las leyes 80, 81 y 82 de Toro n. 71. Y adviértase que, si despues de la sentencia perdonare el marido á su muger la pena que se le habia impuesto á voluntad del mismo, no por eso deberá dejar de cumplir la suya el adúltero: *ESCRICHE*, palabra *Adulterio*.



religiosa profesa (12). Las penas impuestas á este delito son, la de muerte y confiscacion de la mitad de los bienes [\*]. Puede acusar en él cualquiera del pueblo, dentro de los mismos cinco años que hay para acusar de adulterio. Y puede ser acusado todo hombre que lo haya cometido; si no es que sea menor de catorce años, y la muger de doce, quien debe tener la misma pena que el hombre (13) (if).

(12) Leyes 1 tít. 18 Part. 7 y 7 tít. 20 lib. 8 de la Rec de Cast. Ley 1 tít. 29 lib. 12 Nov. Rec.

[\*] La pena que impone la ley de Partida al incestuoso es la del adulterio; y como de las impuestas á este delito solo la de muerte le puede convenir, por eso decimos absolutamente que esa le corresponde, añadiendo la de confiscacion de la mitad de los bienes, que señala la ley 7 tít. 20 lib. 8 Rec. Ley 1 tít. 29 lib. 12 Nov. Rec.

(13) Ley 3 tít. 18 Part. 7.

(if) La palabra latina *incestus*, de donde viene *incesto* es lo mismo que *non castus*, segun unos; pero segun otros trae su origen de *cestus* que entre los antiguos significaba la cintura de Venus, la cual se daba á los casados, menos cuando habia algun impedimento para casarse, de suerte que el matrimonio contraido apesar del impedimento se llamaba *incestuoso*, esto es, *sin cintura*, como si se tuviese por indecoroso el hacer intervenir la diosa del amor en una union tan repugnante al orden de la naturaleza. Asi, *incesto* es, la union carnal de hombre con parienta dentro del cuarto grado, ó comadre, cuñada, religiosa, y la de la muger con hombre de diferente culto. Nada dicen las leyes del incesto cometido entre ascendientes y descendientes que sin duda es mas torpe que el cometido entre colaterales, y parece por lo mismo debia castigarse con mas rigor; como tampoco del cometido entre hermanos, aunque respecto de este las leyes comprenden

s—El *estupro* se comete cuando uno corrompe á muger virgen, ó viuda honesta, aunque no sea con fuerza (14). (ig) La pena impuesta por la ley de

á la hermana bajo la palabra *parienta*, segun cree Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 28. El juez de estos delitos lo es el del lugar ó el del incestuoso, á prevención, conforme á la ley 2 tit. 18 Part. 7, y aunque Vilanova, Obs. 11 cap. 28 sienta, fundado en la misma ley, que el juez podia proceder de oficio contra el reo de este delito, él mismo asegura no practicarse.

(14) Ley 1 tit. 19 Part. 7.

(ig) *Estupro*, en general, es el acceso ilegítimo que uno tiene con una muger soltera ó viuda de buena fama que no sea su parienta en grado prohibido. Dícese con muger *soltera* ó *viuda*, pues si fuese casada, no sería *estupro* sino *adulterio*: dícese de *buena fama*, pues el ejecutado con muger *pública* se llama *simple fornicacion* y no merece pena mientras no sea forzado; ley 2 tit. 19 Part. 7; añádese *que no sea su parienta en grado prohibido* para distinguirlo del *incesto*. Para que haya *estupro*, exige Vilanova obs. 11 cap. 23 n. 2, 3 y 4, que la muger no consienta lisa y llanamente, pues en tal caso sería simple fornicacion, sino mediante violencia, engaño, seducción, temor ú otra causa, sin que baste al estuprador para eximirse de la pena decir que fué con consentimiento de la muger: ley 1 tit. 19 Part. 7. Si la muger consiente libremente y á sabiendas sin que medie fuerza ni seducción, ó se va voluntariamente á haer fornicio a la casa del hombre, no tiene accion alguna, civil ni criminal contra éste, porque á la persona que sabe y consiente no se le hace injuria ni dolo; *Scienti et consentiendi non fit injuria, neque dolus*: leyes 8 tit. 4 lib. 3 Fuero Juzgo y 7 tit. 7 lib. 4 Fuero Real. Mas si el delito se cometió en despoblado, ó la muger era aun incapaz del acto por no tener doce años ó de dolo por no tener siete, en cuyos dos casos se llama *estupro inmaturo*, ó aunque fuese adulta se usó de ella por la fuerza, entónces se castiga con pena

Partida á este delito, era la confiscacion de la mitad de los bienes, siendo el reo honrado, y siendo vil, la de ser azotado públicamente y desterrado por cinco años (15). Mas por ser estas penas tan graves, no están en práctica; y así, lo que regularmente se hace es obligar al desflorador á que, ó dote á la muger ó se case con ella, añadiéndole alguna otra pena arbitraria (ih).

9—Por una real cédula está mandado que los reos de estupro no sean molestados con prisiones ni arrestos, dando fianza de estar á derecho, y pagar lo juzgado y sentenciado, y aun si no tuviere co-

corporal al arbitrio del juez, atendiendo á las circunstancias, y agravándose las penas si es criado ó doméstico el estuprador, ó si abusó de la amistad, hospedaje ó confianza de la casa donde estaba, ó la estuprada residia en la de aquel como huésped, pupila, criada ó dependiente: leyes 1 y 2 tit. 19 Part. 7 y nota 1 al título 2 lib. 10 Nov. Rec. El tutor ó curador que viola á la huérfana incurre en la pena de destierro perpétuo y confiscacion de todos sus bienes, sino tuviere descendientes ó ascendientes dentro del tercer grado: ley 6 tit. 17 Part. 7.

(15) Ley 2 del mismo tit. 19 Part. 7.

(ih) Agregaremos, que el estuprador está obligado á dotar á la estuprada: 1º aunque esté dispuesto á casarse con ella, si su padre ó ella misma rehusa el matrimonio con él: 2º aunque la estuprada sea rica ó tenga ya dote competente: 3º aunque la estuprada tenga proporcion de lograr ó haya logrado ya un matrimonio tan ventajoso como si no hubiera sido estuprada: 4º aunque la estuprada hubiese dejado de ser doncella anteriormente, con tal que en la opinion comun conservase todavia la reputacion de tal, pero nó si la hubiese perdido: 5º aunque el estuprador sea clérigo ó casado que finjiéndose lego ó soltero haya logrado alevemente

mo afianzar, siquiera estar á derecho, todavia se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel, prestando caucion *juratoria* de presentarse siempre que le sea mandado (16) (ij).

10—El pecado *nefando* ó *de sodomia*, se castiga con pena de muerte de fuego: debe imponerse asi al agente como al paciente, á mas de confiscarse todos sus bienes para la cámara (17) (ik).

su designio, porque toda persona que causa daño está obligada á su reparacion; y 6º aunque el estupro fuese puramente voluntario y libre, de parte de la muger; sin que mediase fuerza, ni dolo ni seduccion, ni regalos, ni aun ruegos importunos, si el estuprador lo propala despues infamando á la estuprada.—Escriche, palabra *Estupro*.

(16) Real cédula de 30 de octubre de 1796, remitida á la América con fecha de 31 de mayo de 1801, y publicada en 11 de mayo de 1802. Ley 4 tit. 29 lib. 12 Nov. Rec.

(ij) La accion de estupro compete únicamente á la estuprada ó á las personas bajo cuyo poder se hallare: tiene lugar contra cualquier estuprador con tal que sea mayor de catorce años, y puede ejercerse ante el juez del lugar en que se cometió el delito ó ante el juez del reo: dura cinco años desde el dia del estupro, mas si hubiese intervenido violencia dura la accion treinta años y puede intentarse por cualquiera del pueblo: leyes 2 y 4 tit. 17, 2 tit. 18 y 2 tit. 19 Part. 7, y 4 tit. 26 lib. 12 Nov. Rec. Si no hubiere queja ó instancia de parte, no se procede de oficio en este delito, y por costumbre no se impone pena á la estuprada, aunque lo haya sido voluntariamente, segun espone Vilanova tom. 3 obs. 11 cap. 23 n. 48.

(17) Leyes 1 y 2 tit. 21 lib. 8 Rec. Leyes 1 y 2 tit. 30 lib. 12 Nov. Rec. y 1 y 2 tit. 21 Part. 7.

(ik) *Sodomia*, á que llaman tambien *pederastia* cuya voz griega significa *amor de hombre*, se comete *yacien-*

11—A los *alcahuetes* puede tambien acusar cualquiera del pueblo (il): las especies que hay de ellos,

*do unos con otros contra natura é costumbre natural.* Es un delito execrable y por eso se dice *nefando*, asi como el de *bestialidad* que es el mismo delito cometido con algun animal. Este se castiga con la misma pena impuesta á los sodomíticos por las Partidas, debiéndose ademas matar la bestia *para amortiguar la remembranza del fecho*. Las leyes 5 y 6 tit. 5 lib. 3 Fuero Juzgo, 2 tit. 9 lib. 4 Fuero Real y 1 tit. 30 lib. 12 Nov. expresan las penas con que debian castigarse tales delitos, pero en el dia se ha mitigado mucho la severidad de las penas prescritas contra estos y demas delitos de incontinencia. Gutierrez *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 40.

(il) *Lenocinio, alcahueteria ó rufianeria*, es el delito que se comete solicitando ó sonsacando mugeres para usos lascivos con los hombres, ó encubriendo, concertando ó permitiendo en su casa estas comunicaciones. Al que lo comete le llaman lenon, alcahuete ó rufian y se les distingue en cinco clases: 1ª la de los que guardan ramerias públicas en el burdel, tomando parte de su ganancia: 2ª la de los que como medianeros ó corredores solicitan á las mugeres que viven en sus propias casas para los hombres que les pagan por este vil servicio: 3ª la de los que tienen en sus casas mozas que se prostituyen con el objeto de percibir la ganancia que hacen por este medio: 4ª la de los maridos que entregan ó sirven de alcahuetes á sus propias mugeres; y 5ª la de los que por algun lucro franquean su casa para que los hombres disfruten de las mugeres, sin intervenir como terceros ó corredores: ley 1 tit. 22 Part. 7. Todos éstos son infames, y deberian castigarse los de la 1ª clase con el destierro de ellos y de las mugeres: los de la 2ª, con la de muerte si indujesen á mugeres doncellas, casadas, religiosas ó viudas honestas: los de la 3ª debian dotar y casar á las mozas que tenian, y no haciéndolo se les señalaba la pena de muerte: los de la 4ª debian morir;

y las penas que se les imponen, se pueden ver en las leyes del tit. 22 Part. 7 y en las del título 11 lib. 8 de la Rec., especialmente la 4 y 5 (im).

y los de la 5ª perder la casa y pagar diez libras de oro: leyes 4 tit. 6 y 2 tit. 22 Part. 7. Las leyes recopiladas sin hacer distincion de clases, señalan por primera vez, siendo mayores de 17 años, la pena de vergüenza pública y diez años de galeras: cien azotes y galeras perpétuas por segunda y muerte de horca por tercera, perdiendo además las armas y ropa que llevaren cuando se les aprehenda, para lo que se faculta á cualquiera que los halle, pero con la condicion de presentarlos inmediatamente á la justicia: leyes 2 y 3 tit. 27 lib. 12 Nov. No obstante, estas penas no estan en observancia, y el suplicio capital se ha conmutado por costumbre general con la pena de azotes, con la de sacar á los alcahuetes emplumados ó con una corozca en que se pintan figuras alusivas á sus delitos, añadiendo á los maridos una ensarta de astas de carnero al cuello y luego se les envia á presidio y á las mugeres á reclusion; bien que de esta pena se ha suprimido ese ridiculo aparato. Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 46.

(im) Para concluir con los delitos de incontinencia diremos algo de la *bigamia*, *prostitucion* y *amancebamiento*. El matrimonio doble, es un adulterio calificado por las circunstancias de contrato y sacramento que le son anexas, se le da el nombre de *bigamia* cuando es con dos personas y de *poligamia* cuando es con mas, aunque con ellos se designa tambien el estado de una persona que ha tenido sucesivamente dos ó mas maridos, por lo cual se distingue la bigamia ó poligamia en *simultánea* ó *sucesiva*. Al matrimonio de una muger con muchos hombres se llama *poliandria*. No hablamos aqui de la poligamia sucesiva que es inocente, sino de la simultánea, de la que la ley 16 tit. 17 Part. 7 se esplica asi: *Maldad conocida facen los omes en casarse dos veces á sabiendas viviendo sus mugeres, é otrosi las mugeres sabiendo que son vivos sus maridos;*

12—El tercer delito público es el *homicidio*, el

y le señala la pena de destierro á una isla por cinco años y pérdida de los bienes que tuviere en el lugar del delito, con aplicacion por mitad al engañado y al fisco, no teniendo hijos ó nietos. Si los dos contrayentes eran sabedores del primer enlace, ambos eran desterrados á islas separadas, y los bienes del que no tenia hijos ó nietos se aplicaban al fisco. Despues se impuso á los bigamos de esta especie la pena de aleve, la de ser marcados en la frente con un hierro ardiendo, la de pérdida de la mitad de sus bienes y la de cinco años de destierro á isla: leyes 6 y 7 tit. 28 lib. 12 Nov. La marca que por fin quedó abolida, se reemplazó por la pena de vergüenza pública; y el destierro de cinco años se conmutó despues en diez años de galeras, que en el dia corresponden sin duda á trabajos forzados en algun presidio: ley 9 tit. 28 alli.—*Prostitucion es, el tráfico vergonzoso que una muger hace de sí misma*: las ramerías pueden ser aprehendidas no solo en las calles sino tambien en los paseos y aun en sus posadas, y se les ha prohibido tener criadas menores de cuarenta años: ley 8 tit. 26 lib. 12 Nov. No obstante, no se observan estas disposiciones en todo su rigor sino cuando haya escándalo ó alguna tiene pervertido algun hijo de familia, ú hombre casado en cuyos casos se la destierra del lugar ó se pone en reclusion, especialmente si se dá queja contra ella ó si desprecia las amonestaciones que se la hagan: Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 c. 9 n. 11. Contra el hombre que usa de una meretriz no hay pena señalada, y por tanto aunque ésta salga embarazada no podrá quejarse del autor de su preñez ni reconvenirle por ninguna indemnizacion: Gutierrez lug. cit. n. 12. Las mancebías ó casas de prostitucion estan prohibidas bajo la pena á la autoridad que las consienta, de perder el empleo y pagar la multa de 50 mil maravedis para el fisco, juez y denunciador: ley 7 tit. 26 lib. 12 Nov. El que alquile á sabiendas su casa para este objeto, debe perderla y ademas pagar la multa de diez libras

que no es otra cosa, que dar la muerte á un hom-

de oro: ley 2 tit. 22 Part. 7. Finalmente, *amancebamiento ó concubinato*, es el trato ilícito y continuado de hombre y muger. Cualquier hombre que se lleva una muger casada y la tiene públicamente por manceba, sino la entrega á la justicia luego que sea requerido por ésta ó por el marido, además de las otras penas del derecho, pierde la mitad de sus bienes á favor del fisco. Asimismo se confisca la mitad de sus bienes al que siendo casado toma manceba, y vive con ella juntamente en una casa y no con su muger: ley 2 tit. 26 lib. 12 Nov.—El casado que tuviere manceba públicamente pierde el quinto de sus bienes hasta la cantidad de 10 mil maravedis por cada vez que se le halle con ella, los cuales se depositan en poder de uno ó dos parientes de la manceba para que se los entreguen á ésta si dentro de un año se casa, ó entra en monasterio, ó hace vida honesta; y en caso contrario se reparten entre el fisco, el acusador y el juez: ley 1 allí. Si el amancebado fuese clérigo ó fraile debe sufrir las penas impuestas por el derecho canónico, y su manceba debe ser hecha presa por la justicia, aunque se halle en casa del clérigo y condenada por la primera vez á pena de un marco de plata que en América debe ser doble, según la ley 3 tit. 8 lib. 7 Rec. Ind., y un año de destierro del lugar: por la segunda á la de otro marco, que son ocho onzas y destierro de dos años; y por la tercera á la de otro marco y cien azotes y otro año de destierro; pero si la tal manceba fuere casada, no puede ser perseguida en juicio sino por su marido, á no ser que éste consienta el delito, en cuyo caso debe proceder de oficio la justicia. La manceba pública de hombre casado está sujeta á las mismas penas que la de fraile ó clérigo: leyes 3 y 4 de dicho tit. 26. Ultimamente, téngase presente, que por real orden de 22 de febrero de 1815 se manda castigar los escándalos y delitos públicos ocurridos por voluntarias separaciones de los matrimonios y vida licenciosa de los cónyuges ó alguno de ellos, y por amance-



bre, sea libre ó siervo (18). Esto se puede verificar de tres maneras, ó *con dolo*, es decir, con intencion directa de matar, ó en *propia defensa*, ó finalmente *por acaso*. De aqui, pues, nace la division del homicidio en *doloso* ó *determinado*, en *justo* y *casual* (19) (in). Solo el de la primera especie

hamientos tambien públicos de personas solteras, valiéndose primero de amonestaciones y exhortaciones privadas, y procediendo despues conforme á derecho contra los que obstinadamente las desprecien. Y en otra real órden de 10 de marzo de 1818 se reencarga á los tribunales y jueces el puntual cumplimiento de la anterior, disponiendo que no formen causas sobre amancebamientos, sin haber precedido comparecencia y amonestacion judicial y que haya sido ésta despreciada; y que llegado el caso de formarlas se abstengan de imponer por este delito la pena de presidio, aun en los correccionales, ni otra infamatoria, debiendo limitarse á las pecuniarias, á la de reclusion en hospicios ó casas de correccion, ó la de aplicacion al servicio de las armas, segun lo exigieren las circunstancias. No debe olvidarse, en fin, que la ley 6 tit. 8 lib. 7 Rec. de Ind. prohíbe imponer á los indios penas pecuniarias y castigarlos con la pena del marco.

(18) Ley 4 tit. 8 Part. 7.

(19) Dicha ley 4 tit. 8 Part. citada.

(in) *Homicidium* en latin, dice la ley 4 tit. 8 Part. 7. *tanto quiere decir como matamiento de ome*. La palabra *homicidio* se ha formado por contraccion de las latinas *hominis* y *cædes*: las Partidas le llaman tambien *omezillo*. El homicidio se divide en *voluntario* é *involuntario*: aquel se dice tambien *necesario* por la ley, cuando se comete contra un injusto agresor, de cuyas manos no podemos librar nuestra vida sino matándole: leyes 16 tit. 6 Part. 4 y 8 tit. 8 Part. 7. El *voluntario*, á diferencia del involuntario, es el que se comete á sabiendas y con intencion, esto es, con

es delito, y el que lo comete tiene la pena de muerte de horca (20), sin que escuse el que la muerte haya sido dada en riña ó desafío (21) (io). No solo es culpable de esta especie de homicidio el

conocimiento de lo que se hace y con ánimo de quitar la vida. Puede ser simple ó calificado: *simple* es el que no va acompañado de circunstancias que lo agraven; y *calificado*, el que por razon de la persona, del lugar, del fin, del instrumento ó del modo, adquiere un grado de gravedad que inspira mas aversion contra el delincuente. El homicidio *involuntario* puede ser culpable ó inculpable: será *culpable* cuando se comete por imprudencia ó impericia; y será *inculpable*, cuando sea puramente casual.

(20) Leyes 4 y 10 tit. 23 lib. 8 de la Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tit. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(21) Ley 3 tit. 23 lib. 8 Rec. Ley 4 tit. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(io) El que comete homicidio *simple*, aunque sea en pelea ó riña, incurre en pena de muerte; pero quedará esento de toda pena el que matare al que halle yaciendo con su muger, donde quiera que sea, ó con su hija ó hermana en su propia casa; al que encuentre llevándose una muger forzada para yacer con ella ó con quien haya yacido; al ladron que hallare de noche en su casa hurtando ú horadándola, ó huyendo con el hurto sin querer darse á prision; al salteador famoso de caminos que no se deja prender; al que de noche le quema ó destruye sus casas, campos, árboles ó mieses; al que aun de dia quisiere apoderarse por fuerza de sus cosas; al que le acometiere á él, ó á su muger, ó á pariente dentro del cuarto grado con cuchillo, espada ú otra arma capaz de matarle; al soldado que abandonando sus banderas en el campo de batalla ó pasándose al enemigo, hace resistencia cuando se le quiere prender en el camino: leyes 2 y 3 tit. 8 Part. 7, y 1, 2 y 4 tit. 21 y 1 tit. 28 lib. 12 Nov.

que determinadamente va á matar, ó mata á otro, sino tambien el que pone los medios para que muera. Asi, pues, deben ser castigados como homicidas: 1.º los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfeccion causan la muerte á alguno (22): 2.º las madres que procuran el aborto (23): 3.º el boticario ó botanico que vende bebidas, ó yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte a alguno (24): 4.º el juez que maliciosamente da sentencia de muerte contra el reo que no la merece: 5.º el que presta armas o auxilio para matar; y 6.º el que castra á otro (25).

13—Este homicidio determinado comprende otras dos especies, y son el que se llama de *muerte segura*, y de *traicion* ó *alevosia*. El que mata á muerte *segura*, es decir, de un modo en que no es posible evitar la muerte, v. g., con arcabuz ó pistola, ademas de la pena de muerte, se le confisca la mitad de sus bienes (26); y el que matare á *traicion*, es decir, con engaños ó semejanza de amistad, tiene la pena de ser arrastrado y ahorcado, con confiscacion de todos sus bienes, la mitad para el rey, y la otra mitad para los herederos del muerto (27) (ip).

(22) Ley 6 tít. 8 Part. 7.

(23) Ley 8 del citado tít.—(24) Ley 7 allí.

(25) Leyes 10, 11 y 13 del mismo tít. 8.

(26) Ley 10 tít. 23 lib. 8 Rec. Ley 2 tít. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(27) Dicha ley 10 allí.

(ip) El homicidio voluntario puede ser *calificado* por razon de la *persona* cuando se comete por el padre, madre, hijo, hermano ú otro pariente inmediato, por la muger ó por el marido; ó en un recién nacido ó que está por nacer, ó en el rey, ó en un eclesiástico, ma-

14—El que mata *por ocasion*, ó sin dolo ó intencion de matar, ó por exigirlo su propia defensa, aunque por lo regular no carecerá de culpa, no se le impondrá la pena ordinaria del homicidio, sino otra mas moderada, atendidas las cir-

gistrado, juez ú otro funcionario; ó bien por un juez, médico, cirujano ó boticario en el ejercicio de sus funciones. Por razon del *lugar*, lo es cuando se comete en la iglesia ó en el cementerio, ó en el palacio del rey y aun en la corte y su rastro. Lo es por razon del *fin*, como cuando se hace robando en un camino, en cuyo caso incurre el ladrón homicida en las penas de muerte y de confiscacion de la mitad de sus bienes: ley 9 tit. 21 lib. 12 Nov. Lo es por razon del *arma ó instrumento*, como si se hace con escopeta, fusil ó pistolete, en cuyo caso, aun cuando solo se hiera, el agresor es tenido por alevoso y pierde todos sus bienes: ley 12 allí. Lo es finalmente, por razon del *modo*, como si se comete premeditadamente, á traicion ó con alevosía, asechando en algun paraje á su enemigo, disfrazándose ó valiéndose de alguna otra industria, cojiéndole desprevenido, ahogándole, ahorcándole, dándole veneno ó bien en desafio, ó incendiando la casa en que se encontrare. El homicidio *alevoso*, que es el que se hace á muerte segura, esto es. sin pelea, guerra ó riña se castiga con la pena capital, la de ser arrastrado y confiscacion de la mitad de sus bienes; y el homicidio á *traicion*, con las mismas penas de muerte, arrastramiento y confiscacion de todos los bienes: ley 2 tit. 21 cit. Escriche, palabra *Homicidio*. Por el art. 24 de la ley de tribunales de 23 de diciembre de 1851, se estableció lo siguiente: « No podrá imponerse la pena de muerte sino por los crímenes que atenten contra el órden público, por el de asesinato, homicidio alevoso ó premeditado y seguro, y por los delitos puramente militares que tengan pena capital por la Ordenanza del Ejército. »

cunstancias (28) (iq).

15—Síguese el delito del *parricidio*, y aunque este significa en rigor la muerte del padre; con todo, aquí se toma mas latamente por *todo homicidio cometido entre parientes cercanos*: v. g., cuando el padre mata á su hijo ó el hijo á su padre, ó el abuelo al nieto, ó el nieto a su abuelo,

(28) Véanse las leyes 4, 5 y 6 tít. 8 Part. 7, y 11 12 y 13 tít. 23 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 13 14 y 16 tít. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(iq) *Homicidio casual* es, el que se ejecuta por mero accidente ó caso fortuito, sin culpa ni falta alguna del que le causa, como si corriendo uno á caballo en lugar destinado para ello, se atravesase improvisamente alguna persona y muriere atropellada. Algunos adoptan la division de homicidio casual *sin culpa* y homicidio casual *con culpa*; pero éste no es puramente casual, sino el cometido por imprudencia ó impericia. Hay homicidio por *imprudencia*, cuando riñendo dos personas quitan la vida sin querer á otra que se acerca; cuando un padre, maestro ó amo castigan al hijo, discípulo ó criado de manera que mueren de las heridas ó golpes; y en fin, en otros casos en que no interviene malicia alguna sino solo culpa ó negligencia. Hay homicidio por *impericia* cuando el médico diere al enfermo medicina tan fuerte que le mata: cuando el cirujano en la curacion del herido ó llagado se conduce de tal modo que le causa la muerte; y cuando alguno para hacer embarazada á una muger le suministra yerbas ú otra cosa de que llega á fallecer. En el homicidio por imprudencia se impone la pena de cinco años de destierro á una isla; y en el homicidio por impericia la misma pena de destierro y ademas la de privacion de oficio: leyes 5, 6 y 9 tít. 8 Part. 7. Mas parece que las leyes 6 y 7 tít. 17 lib. 4 del Fuero Real, que son las 13 y 14 tít. 21 lib. 12 Nov. solo quieren que se imponga pena pecuniaria, segun la mayor ó menor gravedad de la culpa.

ó á su bisabuelo, ó alguno de ellos á él, ó el hermano al hermano, ó el tío á su sobrino, ó el sobrino al tío, ó el marido á su muger, ó la muger á su marido ó suegro, y la suegra á su yerno ó nuera, ó el yerno á la nuera, ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ó este á su padrastro ó madrastra, ó el liberto á su patrono (ir).

(ir) El *infanticidio*, *uxoricidio* y *fratricidio*, como se ha visto, no son mas que otras tantas especies de *paricidio*, y antiguamente lo era tambien el homicidio de un patricio. *Infanticidio* es, la muerte dada por sus mismos padres á un niño en el seno de su madre ó despues de su nacimiento. Puede cometerse por el aborto voluntario, por la esposicion de parto, ó por violencia ejercida sobre la criatura despues de haber nacido. La muger preñada que á sabiendas tomase yerbas ú otra cosa, ó se hiriere ó golpeare el vientre para abortar, si el feto estaba ya animado, incurre en pena de muerte, y si aun no estaba animado, se le debe desterrar á alguna isla por cinco años. La misma pena tiene el marido, esté ó no animado el feto, si ocasionare el aborto; pero si otro extraño cometiere este exceso deberá sufrir las mismas penas que la madre, con la espresada distincion: ley 8 tit. 8 Part. 7. La *esposicion de parto* se reduce á poner la criatura, luego que nace, en las calles, caminos ó lugares escusados, con manifiesto peligro de que muera de frio ó hambre, ó por otro motivo. La ley 5 tit. 37 lib. 7 de la Novisima, única que trata de este delito, nada dice en orden á la pena corporal ú otra que debiera imponerse á sus autores y solo previene que éstos sean castigados con toda severidad. El *infanticidio* cometido despues del nacimiento de la criatura, se castiga, segun las leyes 8 y 12 tit. 8 Part. 7. con pena de muerte. Véase la ley 7 tit. 3 lib. 6 Fuero Juzgo. *Uxoricidio* es la muerte de la muger; *fratricidio* la del hermano y *sororicidio* la de la hermana. Del *suicidio* ú homicidio de sí mismo, nada

El que comete este delito, sea la especie de muerte que fuere, tiene la pena de ser azotado públicamente, y despues encerrado en un saco de cuero, y con él un perro, un gallo, una culebra y un mono, y despues cosiendo la boca del saco lo echen al mar ó rio mas cercano del lugar donde acaeciére. La causa de castigarle de esta manera es, por juzgarse el parricida como indigno del uso de todos los elementos, acompañándosele con unos animales que son tan atrevidos como él para con sus padres (29). Esta pena no está en uso con toda la acervidad referida, y lo que se practica es, que el parricida sufra la muerte de horca, y ya muerto se le encierra en el cuero con los animales que hemos dicho, pintados por defuera. Incluido en el saco, se le arroja en el rio ó laguna mas cercana, é inmediatamente se permite a algunas personas piadosas que lo estraigan, y lo entierren en lugar sagrado (is).

hay que decir, pues la única pena que imponia nuestro derecho, muy filósofico en este punto, como observa Gu-tierrez, no tiene ya lugar, pues era la confiscacion de los bienes del suicida que no tenia herederos descendientes: leyes 24 tit. 4 y 4 tit. 28 Part. 7, y 15 tit. 24 lib. 12 Nov. R.

(29) Ley 12 tit. 8 Part. 7.

(is) Despues de haber hablado del homicidio consumado ó que las leyes reputan como tal, conviene decir algo del incoado ó sea de las *heridas*, bajo cuyo nombre se comprende *toda lesion hecha con violencia en las partes duras ó blandas del cuerpo humano animado*, aun cuando llegue á separarse alguna, que es lo que se llama propiamente *mutilacion*. Las heridas pueden inferirse con premeditacion, en un arrebató de cólera, por casualidad ó en propia defensa. De las heridas calificadas de graves, la mas notable es la *castra-*

16—El delito de *falsedad* comprende muchos y diversos casos; pero todos consisten en fingir ú ocultar la verdad (30) (it). Tales son: 1.º el escribano

*cion*, que es una especie de mutilacion que la ley 13 tit. 8 Part. 7 castiga con la pena del homicida, sino es que se haga por razon de enfermedad que asi lo exija. En las demas heridas, si de ellas se sigue la muerte y no fueren inferidas por casualidad ó en propia defensa, son castigadas como homicidio simple ó calificado, segun ellas fueren; mas sino se sigue la muerte se distingue: si fueron hechas con asechanzas, el heridor se reputa homicida, aunque no se siga la muerte: si se hicieron con arcabuz ó pistolete, se le reputa alevoso y la mitad de sus bienes es para el herido; y en los demas casos se impone la pena segun las circunstancias y grado de gravedad del delito: leyes 3 y 12 tit. 21 lib. 12 Nov.

(30) Principio y ley 1 tit. 7 Part. 7. *Falsedad es mudamiento de la verdad.*

(it) Para la existencia del delito de falsedad se requiere que haya mutacion de la verdad; que se haga con mala intencion, y que perjudique ó pueda perjudicar á otro. Puede cometerse este delito de cuatro modos, á saber: con palabras, con escritos, con hechos ó acciones y por uso. Del primer modo cometen falsedad: 1º los testigos que en juicio deponen contra la verdad: 2º los que sobornan, corrompen ó instruyen á los testigos para que falten á la verdad ó la encubran, y los que se valen á sabiendas de sus falsas declaraciones: 3º los jueces que sentencian á sabiendas, contra derecho: 4º los que trabajan por corromper á los jueces para que den sentencia injusta: 5º los abogados ó procuradores que ayudan de cualquier modo á la parte contraria: 6º los abogados que alegan leyes falsas: 7º los jueces, escribanos ó depositarios que enteran á la parte de las cosas reservadas que debieran ocultarla: 8º los que sabiendo secretos del rey los descubren maliciosamente y los que á sabiendas le dicen mentira: 9º los que en sus exposiciones al rey sienten hechos falsos ó callan hechos



público que hace algun testamento, escritura ú otro

verdaderos, que es lo que se llama *obrepcion* y *subrepcion*. Del segundo modo cometen falsedad: 1º el notario, escribano ú otra persona que á sabiendas escribe ó autoriza instrumento falso, ó alguna diligencia ó auto: 2º el que altera algun instrumento verdadero: 3º el que estando encargado de estender un testamento de otro, se incluye en él como heredero ó legatario: 4º el que saca una copia ó trasunto de modo diferente de como se halla escrito el original: 5º el que finje ó falsifica la firma de otro: 6º el que fraudulentamente se muda el nombre ó apellido: 7º el que suprime, hurta, esconde ó inutiliza alguna escritura á fin de que no se sepa su contenido. Cometen falsedad con *hechos* ó *acciones*: 1º el que usurpa ó ejerce, sin serlo, las funciones de sacerdote, juez, notario ó médico: 2º el que maliciosamente se muda el nombre que tiene ó usa del ageno en perjuicio de tercero: 3º la muger que fingiendo un parto que realmente no ha tenido, supone como suyo el hijo de otra muger: 4º el que hace ó manda hacer sellos ó cuños falsos: 5º el que fabrica moneda falsa ó cercena ó adultera la verdadera: 6º el que fraudulentamente labra piezas de plata ú oro con mezcla de otro metal: 7º el boticario que adultera los medicamentos dando una cosa por otra: 8º el que á sabiendas vende ó compra con medidas ó pesas falsas: 9º el que vende dos veces una misma cosa y toma el precio de ambos compradores: 10º el agrimensor que procediendo de mala fé en la medición de tierras, diere á uno mas y á otro menos de lo que les corresponde: 11º el contador que maliciosamente cometiére error en alguna cuenta. Cometen falsedad por *uso*, ó mas bien por *abuso*, todos los que á sabiendas se aprovechan de la falsedad cometida por otros, como v. gr., el que dolosamente presenta en juicio un instrumento falso que otro ha hecho: leyes 8 tit. 9, 5 tit. 13 Part. 2, 36 tit. 18 Part. 3, 28 tit. 1 y 4 á 9 tit. 7 Part. 7, 10 tit. 12 lib. 4 Fuero Real y 3 tit. 8 lib. 7 Rec. de Ind.

instrumento falso, ó cancelase ó mudase alguno verdadero. Este tiene la pena de cortarle la mano con que la escribió, y de ser infame para siempre (31): 2.º el testigo que diere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola. A este se le condena a la misma pena que debia imponerse al reo si se le probase el delito que se le imputa (32): 3.º el que falseare bulas del Papa, ó cédulas, privilegios ó sellos; el cual delito tiene pena de muerte, y confiscación de la mitad de los bienes a favor de la cámara del rey (33): 4.º el que acuña moneda falsa de oro ó de plata, ó de otro metal, à quien se impone la pena de ser quemado, perdiendo todos sus bienes para la cámara (34) (iu).

17—Estas son las principales especies de falsedades: otras muchas refieren las leyes, y les imponen sus correspondientes penas, que pueden ver-

(31) Ley 6 tít. 7. Part. 7.

(32) Ley 4 tít. 17 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 6 lib. 12 Nov. Rec.

(33) Leyes 4 y 6 tít. 7 Part. 7 y 4 tít. 17 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 6 lib. 12 Nov. Rec.

(34) Leyes 9 tít. 7 Part. 7, 11 y 67 tít. 21 lib. 5 y 4 tít. 6 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 1 tít. 17 lib. 9, 3 tít. 8 lib. 12, y 2 tít. 22 lib. 12. Nov. Rec.

(iu) La acción para acusar al falsario dura veinte años desde la perpetración del delito, y puede ejercerse por cualquiera del pueblo: ley 5 tít. 7 Part. 7. La pena del falsario, hablando en general, es la de destierro perpétuo en alguna isla, y la confiscación de sus bienes, si carece de ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado que sean sus legítimos herederos, deducidas sus deudas y la dote y arras de su muger: ley 6 allí. El falsario, además, como todo delincuente, está obligado á resarcir los daños y perjuicios que de la falsedad se originaren. Escriche, palabra *Falsedad*.

se en ellas mismas (35) (iv).

18—A este título tambien pertenece *la fuerza*, que no es otra cosa que una violencia que no puede resistir el que la padece (36). Se divide en *pública* ó con armas, y *privada* ó sin ellas. La *pública* es una violencia atroz, principalmente ocasionada por las armas, con la que se turba la seguridad pública. La *privada* es, una fuerza menos grave cometida sin armas contra los privados (ix).

(35) Todo el tít. 7 Part. 7, tít. 17 lib. 8 Rec. de Cast. y leyes 1, 2 y 5 tít. 13, y 1, 5, 6 tit. 22 lib. 5 Rec. Tít. 6 y 8 lib. 12 Nov. Rec.

(iv) Hay otra especie de falsedad llamada *estelionato*, y es el delito que comete el que maliciosamente defrauda á otro, encubriendo en el contrato la obligacion que sobre la hacienda, alhaja ú otra cosa tiene hecha anteriormente: ley 1 tít. 16 Part. 7. La palabra *estelionato* trae su origen de la latina *stellio*, que se daba á una especie de lagarto dotado de mucha astucia y muy venenoso, conocido tambien con el nombre de *salamanquésa*, y se aplica á los *estelionatarios*, porque emplean todo género de ardidés y sutilezas para encubrir sus fraudes. Se usa para designar toda especie de fraude ó engaño que no tiene una denominacion particular, aunque nuestras leyes se sirven mas comunmente de las palabras *engaño* y *baratería*: ley 9 allí. El que comete un estelionato es, pues, tenido por falsario, debe satisfacer los daños y perjuicios y ademas incurre en la pena de destierro temporal segun las circunstancias: leyes 3 de dicho título 16, y 6 tít. 7 Part. 7.

(36) Ley 1 tít. 10 Part. 7.

(ix) Hace fuerza *con armas*: 1º el que acomete ó hiere á otro con armas de hierro, madera ó fuego, ó con piedras ú otra cualquier cosa que haga daño: 2º el que lleva consigo hombres armados para hacer mal: 3º el que estando armado encierra ó combate á otro en su casa ú otro lugar, ó le prende ó le precisa á hacer

La pena impuesta á los que hacen la primera especie de fuerza es, destierro perpetuo, y que si no tienen parientes de los ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, todos los bienes que tuvieren deben ser para la camara del rey, sacando las arras de su muger, y las deudas contraidas hasta el día en que fué dada la sentencia. Si la fuerza fuere del segundo modo o sin armas, tambien debe ser desterrado para siempre el forzador; pero solo se le confiscará la tercera parte de sus bienes, y si tuviese algun oficio honorífico, lo debe perder y quedar infame }37) (iy). La fuerza que se ha-

algun pacto contra su voluntad: 4º el que con gente armada va á quemar ó róbar algun pueblo, casa, nave ú otro lugar; y 5º el que junta hombres armados con intencion de meter escándalo ó bullicio en algun pueblo ú otro paraje: ley 1 tit. 10 Part. 7. Se entiende que hacen fuerza con armas, aunque formalmente no las lleven: 1º el que en la confusion de un incendio, hurta ó roba algunas cosas de las que habia en la casa incendiada: 2º el que en el propio caso de incendio prohíbe á los concurrentes que lo apaguen ó que libren las cosas del dueño: 3º el juez que por malicia ó ignorancia, sobre no conceder la apelacion, prende, hiere, insulta ó maltrata al que la pide: 4º el que exige contribuciones que no estan impuestas ó aprobadas por el gobierno; y 5º el litigante que presentándose con hombres armados en el juicio, hace encubiertamente amenazas capaces de intimidar á los testigos, á los abogados ó á los jueces: leyes 3 á 6 tit. 10 Part. 7.

(37) Ley 8 tit. 10 Part. 7.

(iy) Ademas de las citadas penas en que incurren los autores de la fuerza y los que les dieren ayuda ó consejo, deben satisfacer al forzado en cualesquiera casos, todos los daños y perjuicios que le hubieren ocasionado, sin mas justificacion del importe de unos y otros

ce á alguna muger para pecar con ella, se reduce á la pública, y tiene la pena de muerte (38) (iz).

19—Otro delito público es, el de los *sacrílegos*

que el juramento del forzado, previa la averiguacion y estimacion del juez con respecto á su calidad y riqueza: ley 9 allí —Respecto de los militares está prevenido por la Ordenanza, trat. 8 tit. 29 art. 82, que el forzador de muger honrada, sea doncella, casada ó viuda, sea pasado por las armas; y si solo hubo esfuerzos para conseguirlo con intencion deliberada, sea castigado con diez años de presidio ó seis de arsenales; no habiendo amenaza con armas, ni padeciendo la muger daño notable en su persona, pues en cualquiera de estos dos casos, el esfuerzo se castiga con pena de muerte. Finalmente, se advierte que no incurren en pena alguna los que se arman ó juntan jente en su casa para defenderse de la fuerza que temen: *Vim vi repellere omnes leges, omniaque jura permittunt*: leyes 2 tit. 8 y 7 tit. 10 Part. 7

(38) Ley 3 tit. 20 Part. 7.

(iz) Las leyes de Partida no distinguen este delito del *rapto*, que es el robo que se hace de alguna muger para corromperla ó casarse con ella. Hay dos especies de rapto; *rapto de fuerza* y *rapto de seduccion*: el primero es el que se ejecuta con violencia contra la voluntad de la persona robada; y el segundo es el que se perpetra sin resistencia de ésta, consintiendo en él mediante promesas, alhagos ó artificios de su raptor. El rapto de fuerza es un crimen contra la persona robada y su familia, y el de seduccion no se hace en realidad sino contra los padres, marido ó tutor de la seducida; y se advierte, que comprendiendo la ley 3 tit. 20 Part. 7 á toda muger que no sea doncella, viuda honesta, casada ó religiosa, es claro que el raptor ó forzador de una ramera debe tambien ser castigado, porque efectivamente comete un atentado contra el órden público y la libertad personal de la ramera. Gutierrez *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 24.

ó ladrones de las cosas de la iglesia, y el de los que hurtan el dinero público ó del fisco. Estos tienen la pena de muerte, segun dijimos en el título de los hurtos (39) (oa).

(39) Ley 18 tit. 14 Part. 7.

(oa) De los ladrones sacrilegos hemos hablado en la nota (ib) pag. 197, y ahora espondremos algunas ideas respecto del delito de *peculado* y del *contrabando*. *Peculado* es, la substraccion de caudales del erario, hecha por las mismas personas que los manejan: *Peculatus propriè est, pecuniæ publicæ vel fiscalis furtum; et peculator dicitur qui de principis vel populi ærario furatur*. La que comete un particular, no pasa de un hurto gravemente calificado, pero la de los empleados y sus aconsejadores y encubridores corresponde á este lugar y son castigados con pena de muerte, si fueren demandados por el fiscal ó concejo, dentro de cinco años contados desde que se tuvo noticia del delito, y pasados solo se les puede obligar á pagar el cuádruplo: ley 18 tit. 14 Part. 7. El que teniendo dinero del erario ó de algun comun, para pagar salarios, hacer labores ó cosas semejantes lo invirtiese en su propia utilidad, deberá pagar ademas de restituirlo, un tercio de su importe: ley 14 alli. Los tesoreros, receptores y administradores que hicieren uso de los caudales públicos, aunque luego los apronten, deben perder el empleo y quedar inhabiles para obtener otro; y si hay descubierto y no lo reintegran, incurren en la pena de dos hasta diez años de presidio, y por la reincidencia se agrega la calidad de retencion, y si se alzaren con dichos caudales serán castigados con el último suplicio: Reales decretos de 5 de mayo de 1764, y 17 de novienbre de 1790. *Contrabando* es, todo comercio que se hace contra las leyes, ya sea de géneros cuya importacion ó exportacion se halle absolutamente prohibida, ya de otros cuya fabricacion y despacho se haya reservado el gobierno. Es pena comun de todo contrabando la de comiso ó pérdida de

20—El hurto de hombre vivo, sea libre ó siervo, á que llaman en derecho *plagio*, se castiga si es hijo-dalgo el ladron, con destierro perpetuo, y si fuere de inferior calidad, con pena de muerte (40) (ob).

21—Del delito que cometen los jueces que se dejan corromper por dinero y sus penas, hemos tratado en el titulo V. de este libro (41) (oc).

los géneros, carrnages, caballerías ó buques en que se conduzcan, y otras segun la calidad del contrabando. Gutierrez tom. 3 cap. 6, y véanse sobre esta materia, entre otras, las leyes de 9 de junio de 1830 y de 4 de agosto de 1832.

(40) Ley 22 de dicho tit. 14 Part. 7.

(ob) La palabra *plagio* viene, segun dicen algunos, de la latina *plaga* que significa llaga, herida, calamidad, infortunio; y á la verdad ¿que herida mas profunda puede hacerse al corazon de un padre que la de privarle de lo que mas ama en el mundo? Tambien se llaman *plagiarios* los que se dan por autores de los escritos agenos y los publican á su nombre atribuyéndose la gloria y la utitidad. Escruche, palabra, *Plagiario*.

(41) Ley 8 tit. 1 Part. 7.

(oc) *Prevaricato*, no solo es el delito de los empleados públicos que faltan á las obligaciones de su oficio quebrantando la palabra, fé, religion ó juramento; sino tambien el que cometen el abogado y procurador que violando la fidelidad debida á su cliente, favorecen á su contraria. Este engaño, que es una especie de falsedad y *ha en sí ramo de traicion*, se castiga con destierro perpetuo y confiscacion: leyes 4 y 6 tit. 7 y 11 tit. 16 P. 7. Como este delito se comete regularmente por interes, lleva el nombre de *cohecho* ó *soborno*, y tambien el de *concusion* cuando el que lo comete es juez ó funcionario público, á quien se llama *concusionario*. A esto daba el derecho romano el nombre de *crimen repetundarum*, porque las cantidades exigidas ó tomadas se podian repetir, lo mismo que por nuestro derecho, segun

22—El delito de los que encarecen los mantenimientos y artículos de primera necesidad, se puede tambien acusar por cualesquiera del pueblo (42), por resultar manifiestamente en daño de la república, y principalmente de las personas pobres (43). Tal es el delito de los *regatones*, asi llamados porque tienen por oficio y manera de vivir el comprar pan, carne, trigo, harina y otros frutos de necesidad para venderlos mas caro (44) (od). Estos se castigan con diversas penas, ya de perder los gé-

lo tenemos ya explicado en la nota (ff) pag. 64.—En órden al que cometen los jueces, lo distinguen los autores en *barateria*, que es cuando el juez recibe dádivas sin faltar á la justicia; v. gr. por abreviar la decision; y en *cohecho* propiamente dicho, que es cuando se recibe alguna cosa por un fallo injusto. La *barateria* es la venta de la justicia; y el *cohecho* por el contrario, es la venta de la injusticia: por la *barateria* compra el litigante la declaracion de un derecho que le pertenece, y tal vez redime una vejacion; y por el *cohecho* compra la adjudicacion de un derecho que no le corresponde, la absolucion de un culpado ó la condenacion de un inocente. Es claro pues, que el *cohecho* es un delito mucho mas grave que la *barateria*. Escriche. palabra *Barateria*.

(42) Ley 4 tít. 14 lib. 5 de la Rec. Ley 6 tít. 17 lib. 3 Nov. Rec.

(43) Ley 19 tít. 11 lib. 5 Rec. Ley 3 tít. 19 lib. 7 Nov. Rec.

(44) Dicha ley 19.

(od) Como la *regatonería* es una especie de monopolio que está prohibido por las leyes, diremos aqui algo acerca de ambos para mayor instruccion de los cursantes. *Monopolio* es, la liga ó convencion que hacen á veces los mercaderes ó menestrales de no vender sus mercaderías ú obras sino á cierto precio; como tambien el tráfico abusivo y odioso de quien se hace dueño de todas las mercaderías de un género, con el fin de darles



neros, ya de destierro del lugar por el tiempo de seis meses, un año ó mas (45), ya con pena de azotes o de multa pecuniaria (46) (oe).

el mayor valor. Esta voz se deriva de las palabras griegas *monos* que significa *uno*, y *poleo* que significa *render*. Los monopolistas incurren en las penas de confiscacion de todos sus bienes y destierro perpetuo del pueblo de su domicilio; y los jueces que consientan los monopolios, en la de cincuenta libras de oro para el fisco: leyes 2 tit. 7 Part. 5, 11 tit. 12 lib. 12 Nov. Rec. y Acededo en la ley 4 tit. 14 lib. 8 Rec. de Cast. La *regatería* es el comercio que hacen los que salen á los caminos, calzadas ó garitas á comprar comestibles para venderlos mas caros. Este tráfico está prohibido por las leyes 6 á la 17 tit. 17 lib. 3 Nov. mandadas observar por la 9 tit. 5 lib. 9 del mismo código, y la ley 6 tit. 18 lib. 4 Rec. de Ind. manda que á los regatones se ponga tasa.

(45) Dicha ley 19 y 24 del mismo tit.

(46) Leyes 1, 2, y autos acordados del tit. 14 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 6 y 7 tit. 17 lib. 3 Nov. Rec.

(oe) Para completar en lo posible esta importante materia de delitos y penas, haremos aquí una ligera reseña de éstas. Las penas, pues, son de cinco clases: 1ª *Corporales afflictivas*, que son las que producen un sufrimiento físico ó exigen un trabajo corporal, como la de muerte, mutilación, trabajos de arsenales, minas, presidio, obras públicas, azotes, servicio de hospitales y el de las armas. 2ª *Corporales restrictivas*, y son las que afectando á la libertad del individuo, no producen en él ningún sufrimiento físico: tales son el destierro, el confinamiento y la cárcel. 3ª *De opinion*, y son aquellas cuyo principal objeto es imponer una nota mas ó menos severa, como la declaración de infamia, la palinodia y el apercibimiento. 4ª *Penas privativas*, que son las que privan de algun derecho que se tiene por ley, como la de privación de oficio ó suspensión en el ejercicio de algun cargo; y 5ª *penas pecuniarias*, que afec-

## APÉNDICE.

### DE LOS TORMENTOS, CARCELES, PERDONES Ó INDULTOS Y ASILOS.

#### SUMARIO.

- |  |  |
|--|--|
| 1 Abolicion del tormento y otros apremios.   | 9 Pena de los reos que se fugan.   |
| 2 Definicion del <b>tormento</b> ; casos y modo como debia aplicarse.  | 10 Casos en que no la merecen, y si el alcaide.                            |
| 3 No solo los reos sino tambien los testigos que vacilaban en sus dichos eran atormentados, y quienes estaban exceptuados. | 11 Penas de éste si los deja huir por su culpa.                            |
| 4 Cuantas maneras habia de dar tormento, y cual era la fuerza de la confesion hecha en él.                                 | 12 Qué es <b>indulto</b> .   |
| 5 Qué es <b>cárcel</b> , y quienes pueden tenerlas.  | 13 Cuantas clases hay de indultos, y qué se entiende por <b>amnistia</b> . |
| 6 Sobre el buen tratamiento de los presos.   | 14 De los indultos particulares.   |
| 7 <b>Alcaide</b> qué es, y cuáles son sus obligaciones.  | 15 Efectos del indulto.  |
| 8 De los libros y derechos que deben llevar.   | 16 Del <b>asilo</b> y como se define.                                      |
|  | 17 Qué es <b>inmunidad eclesiástica</b> , y como se divide.                |
|  | 18 Delitos exceptuados.  |
|  | 19 Reduccion de asilos.  |
|  | 20 Reos que pueden ó no gozar de asilo.                                    |
|  | 21 Del asilo <b>territorial</b> ó de hospitalidad.                         |

**P**uesto que el objeto de estas instituciones es hacer conocer la doctrina de nuestras leyes, no parecerá extraño que aquí, como se ha hecho ya en otra parte respecto de la esclavitud, hablemos dos palabras del *tormento*, no obstante estar para siempre abolido en nuestra legislacion (1); así como tambien la

tan al patrimonio, como la confiscacion, las multas, y las costas. De todas estas penas hemos tratado ó hecho mencion en el discurso de la obra, y aquí debe tenerse por reproducido especialmente el contenido de nuestra nota (c) pag. 9 de este tomo.

(1) Decreto de 11 de abril de 1814: art. 303 de la Constitucion española de 1812; y real cédula de 23 de julio de 1814: art. 6 tit. 11 de la Constitucion federal

práctica introducida de afligir y molestar á los reos con los que se llaman *apremios*, y con *esposas*, *perillos*, *calabosos extraordinarios* y otros, cualquiera que fuere su denominacion y uso; bajo la pena de pérdida de empleo al juez que los mandare, y concediendo accion popular contra este abuso (2).

2—*Tormento*, segun la ley (3), es una manera de prueba que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodriñar é saber la verdad por él, de los malos hechos que se facen encubiertamente é non pueden ser sabidos nin probados por otra manera. El tormento no tenia lugar sino cuando el delito no podia probarse de otra manera; cuando habia presunciones ó sospechas fuertes contra el reo, y cuando el delito era de los mas graves (4). Debia darse con moderacion, cuidando que no muriesen ni quedasen lisiados los pacientes y en presencia del mismo juez, quien solo con el escribano debia interrogarlos acerca de la persona que hubiese cometido el delito, pero no preguntarles si ellos eran los autores ni menos señalarles persona alguna, porque podria ser que les diera carrera para decir mentira. Si el tormento debia aplicarse á muchos, habia de empezarse por el de menor edad y mas vicioso; antes al hijo y á la muger que al padre y al varon, y despues á los demas separadamente, de manera que ningun-

de la República de 22 de noviembre de 1824: art. 183 de la particular de Guatemala de 11 de octubre de 1825, y art. 14 secc. 2<sup>a</sup> de la ley de garantías de 3 de diciembre de 1839, cuya observancia se prescribe en la *Acta constitutiva* de 19 de octubre de 1851.

(2) Dicho decreto de Córtes de 11 de abril de 1811.

(3) Ley 1 tit. 30 Part. 7.

(4) Leyes 1 y 2 allí, y Antonio Gomez *Var.* 3 cap. 13 n. 4.

no entendiase lo que hubiere dicho el otro (5). Para dar tormento bastaba que el reo fuese de mala fama, cuando la voz pública le condenaba como autor del delito, ó habia alguna presuncion contra él, o el dicho de un testigo (6).

3—No solo los reos sino tambien los testigos que variaban en sus dichos, eran atormentados (7). Mas no podian serlo los menores de 14 años; los soldados; los maestros de leyes ú otras ciencias; los consejeros del rey ó del comun de algun pueblo, ni sus hijos, siendo de buena fama; la muger preñada, antes de parir, ni los nobles (8).

4—Las maneras de dar tormento eran varias; pero las principales consistian en abrir heridas con azotes y en colgar al reo de los brazos, cargándole las espaldas y piernas con alguna cosa pesada (9). La confesion hecha en el tormento no tenia fuerza sino se ratificaba despues voluntariamente, en cuyo caso se le imponia la pena correspondiente, á menos que resultase que la confesion y ratificacion eran efecto del miedo, despecho, locura ú otra causa semejante; mas si no ratificaba su confesion se le volvia por dos veces á atormentar, en dos dias distintos siendo en delito de traicion, falsa moneda, hurto ó robo, y otra sola vez siendo el delito de otra especie. Si el reo negaba entónces en el tormento, se le debia absolver y dar por quito (10).

(5) Leyes 3 y 5 de dicho tit. 30, y glosa 2 de esta última.

(6) Leyes 10 tit. 11 Part. 3, y 3 y 26 tit. 30 Part. 7.

(7) Ley 8 tit. 30 Part. 7 —(8) Ley 2 allí.

(9) Ley 1 de dicho tit. 30 Part. 7.

(10) Leyes 26 tit. 1, y 4 tit. 30 Part. 7. Véase la ley 4 tit. 3 lib. 9 Recop. de Indias.

5—*Cárcel* es, el lugar público destinado para la custodia y seguridad de los presos (11). Solamente los tribunales de justicia pueden tenerla: el particular que por su propia autoridad hiciere cárcel ó cepo ó cadena y aprisionare hombres en ella, comete el delito de lesa magestad, y debe ser castigado con pena de muerte, asi como tambien los oficiales de justicia que sabiéndolo no lo impidieren (12).

6—Estando establecida la carcel para guardar los presos, *é non para facerles otro mal nin para darles pena en ella* (13), deben ser tratados en cuanto lo permita su lastimosa situacion, con la mayor humanidad, y estar con la correspondiente separacion de clases y de sexos (14). En las prisiones debe haber la comodidad y limpieza necesarias (15), para que en cuanto sea posible no se perjudique la salud de los detenidos en ellas: los jueces han de tener singular cuidado de que los alcaides y sus dependientes, no vejen á los encarcelados con malos é injustos tratamientos, y de que no consientan que á la entrada de un preso, como regularmente sucede, le hagan los demas ni otra persona alguna, ningun mal ni afrenta, aunque sea por modo de chanza (16).

7—*Alcaide* ó *carcelero* es, el que en las carceles tiene á su cargo la custodia de los presos. Es de su deber dar fianzas en cantidad que pareciere al tribunal de que dependan, y prestar juramento ante el

(11) Ley 1 tit. 6 lib. 7 Recop. de Indias.

(12) Leyes 13 tit. 29 Part. 7, y 3 tit. 33 lib. 12 Nov.

(13) Leyes 11 tit. 29 y 4 tit. 31 Part. 7, y 3 tit. 35 lib. 5 Nov. Recop.

(14) Leyes 5 tit. 29 Part. 7, y 2 tit. 6 lib. 7 Rec. Ind.

(15) Leyes 8 y 9 tit. 6 lib. 7 Rec. de Ind. y 4 tit. 38 lib. 12 Nov. Recop.

(16) Leyes 6 y 10 tit. 38 lib. 12 Nov. Recop.

mismo ó el ayuntamiento, de que guardarán bien y fielmente á los presos y observarán las leyes y ordenanzas respectivas (17): deben residir en la misma cárcel, bajo la pena de sesenta pesos por cada vez que falten, conservandola limpia y con agua, sin que por ello lleven cosa alguna a los presos, á quienes tratarán bien sin servirse de ellos, ni apremiarlos, ni soltarlos sin orden ó mandamiento de quien corresponda darlo (18). No pueden recibir ningunos dones, ni contratar, comer ó jugar con ellos, ni permitirles que jueguen entre sí, ni á los casados que se queden sus mugeres á dormir, ni que éstas ú otras personas pasen de rejas adentro (19).

8—Deben llevar libros de entradas y salidas y visitar todas las noches la cárcel, presos y prisiones, cuyas llaves no fiarán á otro, y cobrarán los derechos de carcelage conforme á arancel que deberán tener puesto en lugar público; pero no los exijan de los que se llaman indios, ni detendrán por ellos á los pobres, ni les exijan prendas ó fiadores (20). Los alcaldes que trataren mal á los presos incurren en pena de muerte; los que se lo aconsejaren, en pena arbitraria, y son infames los jueces que fueren negligentes en castigar estos abusos: se les debe privar del oficio, y ademas se hacen acreedores á otra pena pecuniaria (21).

9—Si todos los presos de la cárcel se convinie-

(17) Leyes 4 y 5 tit. 6 lib. 7 Recop. de Ind.

(18) Leyes 6, 7, 8, 9 y 10 allí, y 4 tit. 38 lib. 12 Nov.

(19) Leyes 10, 12 y 13 tit. 6 lib. 7 Rec. Ind. Sala mejicano, edicion de 1833, tomo 3 pág. 366 n. 8.

(20) Leyes 6, 11, 16, 17 y 18 tit. 6 lib. 7 Recop. de Ind. y 5 tit. 38 lib. 12 Nov.

(21) Leyes 8 y 11 tit. 29 Part. 7.

ren en quebrantarla, y se escaparen todos ó la mayor parte sin saberlo los que los guardaban, y despues todos ó algunos fueren cojidos, deben ser castigados con la pena correspondiente al delito porque estaban presos, pues con su fuga se considera haberlo confesado: bien que si probaren su inocencia, solo se les impondrá la pena de azotes ó de vergüenza por el quebrantamiento de la carcel. Pero si no huyeron todos sino solo algunos y se les coje despues, se les ha de poner en mas fuertes prisiones y condenar ademas á pena estraordinaria (22). El reo rematado ó presidario que se fuga, pierde en pena el tiempo de la condena que ha sufrido y debe volver á comenzarla (23).

10—El que huye por encontrar abierta la puerta de la cárcel, ó para presentarse a un tribunal superior a fin de que le haga justicia, no se entiende confesar el delito, ni incurre en pena alguna: el que saca por fuerza de la carcel á algun preso, deberá sufrir la misma pena que merecia éste (24); y si por ir el alcaide a alguna parte encarga á otro la guarda del reo que se fugó, entonces impone la ley (25) al guardador la pena de muerte; salvo que fuese mozo, hombre vil y de mal seso, en cuyo caso el carcelero debe morir y el guardador sufrir pena arbitraria; lo cual debe entenderse segun Gregorio Lopez cuando el preso mereciese pena capital (26).

11—Si el alcaide deja huir al preso por culpa lata, debe sufrir la misma pena que merecia éste, aun-

(22) Leyes 13 tit. 29 allí, y 17 tit. 38 lib. 12 Nov.

(23) Real orden de 31 de diciembre de 1782.

(24) Ley 14 tit. 29 Part. 7.

(25) Ley 9 tit. 29 Part. 7.

(26) Gregorio Lopez, glosa 2 de dicha ley 9.

que sea corporal, y si tal no fuese sino pecuniaria ó pago de deuda, debe tambien satisfacerla y estar por medio año en prision: si deja huir al preso por culpa leve, debe sufrir un año de prision en caso de que el preso merezca pena corporal; pero siendo pecuniaria ó pago de deuda, tiene que satisfacerla y estar tres meses en prision: si el preso huye por caso fortuito, sin culpa alguna del alcaide, no incurrirá éste en pena alguna; pero debera probar que no tuvo culpa, por obrar contra sí la presuncion. El alcaide que por piedad deja escapar un preso debe ser privado del oficio y castigado corporalmente si el preso era hombre vil ó su pariente cercano, y segun el arbitrio del juez, si no era vil ni pariente; y finalmente, si un preso se mata a sí mismo, sera el alcaide privado del oficio y castigado tambien corporalmente por el descuido, á no ser que pruebe su inocencia (27).

12—Siguese tratar de los *perdones ó indultos*, y desde luego hacemos observar que nos contraemos á los perdones públicos y no á aquellas condonaciones ó remisiones que las partes suelen hacer de sus agravios particulares. En este concepto, pues, *indulto* no es otra cosa que, *una gracia por la cual el soberano remite ó perdona á los reos las penas que habian merecido* (28). Entre los romanos fué es-

(27) Ley 12 tit. 29 Part. 7. Véase sobre esta materia de alcaides toda la seccion 10 de las Ordenanzas municipales de 31 de diciembre de 1839, art. 251 y sig.

(28) Leyes 1 tit. 32 Part. 7, y 7 tit. 4 lib. 6 Fuero Juzgo. En este lugar debe tenerse presente la diferencia que establece la ley 3 de dicho tit. 32, entre *misericordia*, *merced* y *gracia*. Gregorio Lopez en la glosa dice: *Misericordia est indulgentia ex indulgentis pietate dumtaxat concessa. Merces est, cum alicui ob meri-*



tablecido este derecho de gracia, y todos los monarcas de Europa se lo han reservado tambien y ejercido constantemente (29), apesar de los acalorados debates de los que han intentado demostrar las ventajas que reporta la sociedad, mas bien de la rigurosa y puntual aplicacion de la ley, que del ejercicio de la clemencia; y asi han dicho:

.... *Plus sæpe nocet patientia Regis,  
Quam rigor; ille nocet paucis, hæc incitat omnes,  
Dum se ferre suos sperant impune reatus.*

13—Esta prerogativa es, pues, propia de la soberania (30), y los indultos pueden ser generales o particulares. Llamase *indulto general*, aquel que se concede a toda clase de reos, y *particular ó especial* el que se otorga a alguna persona determinada (31). El perdon general que se concede a los delincuentes politicos se llaman propiamente *amnistia*, cuya voz es griega y significa *olvido*. El *indulto general* no suele darse sino por alguna causa justa o motivo plausible; v. g., por una victoria importante, por el ajuste de una paz ventajosa, por la terminacion de la guerra, ú otras causas semejantes. En él se espresan los delitos ó a lo menos los que se escluyen: no habiendo espresion alguna, se entienden

*tum suum, seu suorum indulgetur. Gratia vero est, cum quid alicui datur, quod si noluisset, non tenebatur dare*

(29) Leyes 7 tit. 4 lib. 6 Fuero Juzgo: 38, 39, 126, 141 y 224 del Estilo, las de los tit. 32 Part. 7, y 42 lib. 12 Nov.; art. 171 de la Constitucion española y 7 de nuestra *Acta constitutiva*.

(30) Véase á Gutierrez *práct. crim.* tom. 1 cap. 11 n. 4 y siguientes.

(31) Ley 1. tit. 32 Part. 7.

escluidos los de lesamagestad divina ó humana, blasfemia, incendio malicioso, fabricacion de moneda falsa, destruccion o tala de montes, alevosia o traicion o muerte segura, homicidio de sacerdote, falsedad, robo, cohecho y barateria, resistencia a la justicia, malversacion de la hacienda pública, estraccion de cosas prohibidas á naciones que estan en guerra con la nuestra, sodomia, lenocinio, desafio, rapto y violencia de mugeres (32).

14—El indulto *particular*, se concede por alguna razon especial, como por servicios importantes hechos á la nacion, por compasion hácia la familia de la persona a quien se agracia, por sus virtudes y talentos, por pura gracia, y en fin, por alguna otra razon de utilidad pública (33). Concedido de oficio, se espide en forma de ley, pues lo es en efecto, y él mismo esplica si comprende solo á los presos, ó tambien á los rematados; si solo á los presentes ó tambien á los profugos, y el término en que éstos deben presentarse y ante quien para gozar de la gracia (34). Para que el indulto sea valido, se necesita el perdon de la parte ofendida, aunque se proceda de oficio; bien que en todo caso aunque no medie el espreso perdon, tendrá lugar el indulto por lo respectivo a la pena é intereses pertenecientes al fisco y denunciador (35). Ultimamente, el indulto no alcanza á los reos reincidentes, si-

(32) Leyes 1, 4 y 5 y notas 1 y 9 tit. 42 lib. 12 Nov. Rec., y 1 tit. 11 lib. 1 Ord. Real.

(33) Ley 1 tit. 32 Part. 7. Real órden de 17 de octubre de 1771.

(34) Elizondo, *práct. univ. for.* tom. 5 part. 2 cap. 14 n. 19. Vilanova tom. 1 Obs. 7 cap. 2 n. 9.

(35) Leyes 12 tit. 18 Part. 3, y 3 tit. 42 lib. 12 Nov. Recop. Larrea, *decis.* 26 n. 10 y sig.

no es que otra cosa se espese en él (36).

15—El indulto liberta al delincuente de las penas corporales, infamatorias y pecuniarias, con tal que se dé antes de la pronunciacion de la sentencia; y si se espide despues, solo le exime de las penas corporales, mas no recobra la fama ni los bienes que por la sentencia hubiese perdido, á no ser que en el indulto se espese que se le restituya cuanto le pertenecia ó se le reponga á su primer estado (37). A este propósito, hablando Ovidio de los efectos del indulto ordinario y de que en un hombre de honor hace mas impresion la culpa que la pena, se espresa en estos términos:

*Pæna potest demi, culpa perennis erit.*

*Estque pati pænas, quam meruisse minis.*

16—Solo nos resta decir algo brevemente en órden al *asilo*. Esta es una palabra griega con que se denota el lugar sagrado de donde no es lícito sacar á los que se han acogido á él. Es, pues, el *asilo* segun su etimologia, un lugar de refugio para los delincuentes, ó *el derecho que tienen los que se han acogido á un lugar inmune para no ser castiga-*

(36) Ley 2 tít. 42 lib. 12 Nov. Rec.

(37) Ley 2 tít. 32 Part. 7. Nuestra Corte de justicia, igualmente que los jueces de 1ª instancia de los Distritos y Departamentos, estan autorizados para poner en libertad en las visitas de cárcel del sábado de ramos y 13 de setiembre, á los reos que habiendo sido sentenciados á prision ú obras públicas hayan cumplido las *cuatro quintas partes* de su condena; con tal que no sean reincidentes en delitos de sangre ó de hurto, ni se hayan complicado en conatos de fuga ó tenido mala conducta dentro de la cárcel. Decreto de 22 de marzo de 1832 art. 118 y 149, y el 2 de la Orden lejislativa de 12 de agosto de 1843.

dos, ó para no serlo con el rigor de la pena impuesta á sus delitos (38).

17—La *inmunidad eclesiástica*, que es el conjunto de los privilegios y esenciones concedidas á las iglesias y á las personas eclesiásticas, se divide en personal, real y local: *personal* es la que compete á las personas eclesiásticas, en cuya virtud gozan del privilegio del fuero y estan esentos de todos los oficios y cargas personales impuestas á los seglares (39): *real* es la que compete á las cosas eclesiásticas, y consiste en que los bienes de las iglesias y de las personas eclesiásticas esten libres y esentos de tributos y contribuciones que se imponen á las demas; y *local*, que es el asilo de que vamos á tratar, y se distingue en *sagrado* y *territorial*.

18—En otros tiempos tuvo demasiada estension el asilo, pero llegó á tal extremo el abuso de los hombres malvados, que en confianza de este beneficio se arrojaban á cometer los mas execrables delitos, en términos que los Reyes se vieron obligados á suplicar á los Sumos Pontífices que esceptuasen del privilegio del asilo algunas clases de delitos y que le redujesen á determinadas iglesias en cada poblacion. Así se verificó en efecto, y quedaron esceptuados de gozar este beneficio: 1º los incendiarios y sus auxiliadores y aconsejadores, siempre que

(38) Véanse las leyes 16 tit. 5 lib. 6, y las del tit. 3 lib. 9 del Fuero Juzgo: las 7 y 8 título 5 lib. 1 Fuero Real: las del título 11 Part. 1: las del título 4 lib. 1 Nov. R. las del título 5 lib. 1 Recop. de Indias y la 97 del Estilo. Gutierrez, *práct. crim.* tom. 1 cap. 5.

(39) Véase el Concordato celebrado entre la República y la Santa Sede en 7 de octubre de 1852, ratificado en 24 de diciembre del mismo año, y el Decreto gubernativo de 31 de marzo de 1854.

maliciosamente incendiaren cosa sagrada, religiosa o profana, campos, edificios ó ganados: 2º los plagiarios, esto es, los que por fuerza ó engaño se llevan hombres y los retienen en su poder para que se rediman con dinero; como igualmente los que por cartas ó mensajeros sacan dinero ú otra cosa, amenazando con la muerte ó con el incendio: 3º los envenenadores que á sabiendas y con ánimo de matar, componen ó venden ó dan veneno, aunque no se siga el efecto: 4º los asesinos, esto es, el que da y el que recibe el encargo de cometer un homicidio, como tambien los que concurren á su perpetracion con hechos ó consejos, aunque no se verifique lá muerte, con tal que se llegue al acto próximo, v. g., á herir: 5º los salteadores de caminos publicos ó vecinales, aunque no dañen ó hieran á persona alguna: 6º los ladrones nocturnos, que introduciéndose por medio de algun instrumento ó ardid en casa, tienda, almacén ú otro lugar semejante, sustrajeren cosa ó cantidad por la cual merezcan pena de muerte: 7º los que finjiéndose ministros de justicia, entran de noche en las casas, y hurtan en ellas ó violentan las mugeres honestas: 8º los que adulteran las escrituras, cédulas, cartas, libros ú otros escritos de los bancos públicos; y los que hacen falsas libranzas, órdenes ó mandatos para sacar el dinero puesto allí en fondo: 9º los comerciantes que quiebran fraudulentamente: 10º los peculatarios, esto es, los recaudadores, tesoreros, depositarios y ministros del fisco, de los concejos y de los montes públicos ó de piedad, que cometen hurtos ó fraudes en los fondos, alhajas, prendas ó efectos que tienen á su cargo, cuando el hecho merece pena ordinaria: 11º los reos de lesa magestad, y los que hacen injuria personal á los ministros que tie-

nen jurisdiccion del rey: 12º los que estraen ó mandan estraer por fuerza los reos del asilo: 13º los que en lugares de asilo cometan homicidios, mutilaciones de miembros ú otros delitos que se castigán con pena de sangre ó galeras, y los que saliendo del asilo cometen los mismos delitos: 14º los que abusan del asilo, cuando, trasladados á otra iglesia por autoridad del obispo, delinquen de nuevo; y 15º los taladores de campos, herejes, falsificadores de letras apostólicas, los homicidas de caso pensado y premeditado y los reos de moneda falsa (40).

19—Por bula de Clemente XIV quedaron tambien reducidos los lugares ó iglesias que pudiesen servir de asilo, á una ó dos cuando mas, en cada ciudad, segun su poblacion y á eleccion de los Ordinarios (41); y así, en Guatemala solo se goza el asilo en la iglesia parroquial de San Sebastian y en la de Nuestra Señora del Cármen (42). El asilo libra á los reos refugiados de la pena corporal en que tal vez hubieren incurrido (43).

(40) Leyes 4 y 5 tit. 11 Part. 4; 1 y 4 tit. 4 lib. 1 Nov. Rec. con sus notas. Bula de Gregorio XIV de 25 de junio de 1591; de Bened. XIII de 8 de junio de 1725; de Clem. XII de 1 de enero de 1734; Concordato de 1737; Encíclica de Benedicto XIV de 20 de febrero de 1751, y Breve de Clem. XIV de 12 de setiembre de 1772, mandado observar en estos dominios por real cédula de 9 de noviembre de 1773.

(41) Leyes 5 y 6 tit. 4 lib. 1 Nov. Rec. y sus notas.

(42) Edicto de 25 de agosto de 1775, que vá inserto literalmente al fin de este Apéndice.

(43) En el caso de que un reo perseguido se refugie en cualquier tribunal de justicia, ó lugar en que los Supremos poderes de la Republica ejerzan sus funciones, la autoridad que le persiga hará custodiar las puertas del edificio, y dará aviso oficial al juez, gefe ó pre-

20—No compete el asilo al reo, á quien fuere dado por prision el mismo lugar sagrado á que se ampara (44); pero sí lo gozarán, previa relajacion del juramento, los presos que fueren á la iglesia á oír misa ó á otro acto religioso, bajo caucion juratoria y se aprovechasen de la ocasion para refugiarse á ella: los que se retraen á la iglesia escapandose de las manos de la justicia; y los clérigos, religiosos y personas que gozan del fuero eclesiastico, bien que entónces se hará la estraccion por su juez competente (45). Si el delincuente se hubiere retraido á sagrado por dos delitos, uno de los cuales goza de asilo y el otro no, se le estrae y castiga por el uno, y se le deja inmune por el otro. Finalmente, aunque el reo refugiado á la iglesia no pueda ser estraido de ella ni cojido en la misma contra su voluntad, desamparandola libre y espontaneamente, sin que medien ruegos, promesas, ameuazas o seducciones de parte del juez; en el instante que la deja, distando de ella treinta pasos, pierde su asilo y puede ser apriisionado (46).

sidente de la corporacion, quien dispondrá lo conveniente para verificar la entrega del reo, del modo ménos ruidoso: Decreto de 9 de febrero de 1836.

(44) Ley 5 tít. 29 Part. 7. Curia filip. part. 3 § 12 n. 10.

(45) Tapia, *Tratado del juicio criminal*. Apéndice segundo, n. 10 á 13. Escriche, palabra *Asilo*.

(46) Ferraris, verb. *immunitas*. Pignat. tom. 5, consult. 25. Tapia allí, n. 14 y 15. En los incidentes sobre inmunidad eclesiástica, dice el art. 47 de la ley de tribunales de 5 de diciembre de 1839, el juez de primera instancia resolverá sobre pedir ó no la llana entrega del reo. En el caso de resolver por no pedir dicha entrega, procederá desde luego á imponer la pena mo-

21—El asilo *territorial*, llamado tambien de *hospitalidad*, que es el que concede en su territorio un soberano extranjero a los delincuentes de otro pais, por cuyo medio se sustraen éstos de la persecucion de sus acreedores ó de la accion de los tribunales por deudas contraidas o delitos cometidos en este, es un derecho que descansa en los respectivos tratados de *extradicion*, que tengan hechos entre sí los Gobiernos en orden á este punto (47). Sería no obstante, de desear, que todas las naciones desterrasen el pernicioso abuso de consentir en su suelo a los homicidas, ladrones y otros reos de semejantes delitos infamatorios, puesto que en la persecucion de todos ellos se interesa el bien de toda sociedad juiciosamente ordenada (48).

derada que convenga, consultándola con la Corte, como está mandado generalmente en las causas criminales.

(47) Véanse las leyes de 10 de junio de 1853, publicadas en los números 56 y 66, tom. 6 de la *Gaceta*, sobre estradicion de reos prófugos, procedentes de los Estados del Salvador, Honduras y Nicaragua, y del establecimiento británico de Belize.

(48) El edicto que se cita en la nota 42, dice literalmente así:—«Nos el Doctor y Maestro D. Juan de Dios Juarros, Canónigo Magistral de esta Santa Iglesia Metropolitana, Juez y Visitador ordinario de testamentos, capellanías y obras pías, Provisor y Vicario general de este Arzobispado por el Ilmo. Sr. Don Pedro Cortés y Larraz, Arzobispo de esta Diócesi, del Consejo de Su Magestad, etc.

«Por quanto Ntro. Santísimo Padre Clemente XIV, de feliz memoria, á instancia de nuestro católico Monarca Don Carlos III, que Dios guarde, se sirvió expedir sus Letras apostólicas en forma de Breve, en Santa Maria la Mayor, á doce de setiembre del año pasado de



mil setecientos setenta y dos, en qué para impedir, en cuanto sea posible, la frecuencia de los delitos, y facilitar mas su castigo, minorá en todas las ciudades y lugares de los reinos de España y de las Indias, los refugios y asilos, reduciéndolos á una ó dos iglesias en cada ciudad ó pueblo, atendida proporcionalmente su amplitud, las que hayan de ser señaladas por el Ordinario eclesiástico, á quien comete Su Santidad la asignacion de las Iglesias y publicacion de estas asignaciones: Por tanto, en cumplimiento de lo dispuesto en el citado Breve, mandamos á todos los fieles que residen en este Arzobispado, que desde el dia de la publicacion de este nuestro edicto en adelante, solo en las iglesias que señaláremos para asilo, se observe y guarde la inmunidad eclesiástica, segun la forma de los sagrados cánones y constituciones apostólicas, y ninguna otra iglesia ó lugar sagrado, santo ó religioso, se tenga por inmune, aunque por derecho ó costumbre lo haya sido ántes, y en adelante debiera serlo.

«Y usando de la facultad que para ello se nos confiere, asignamos para refugio de los delincuentes por lugares de asilo, en esta ciudad y sus barrios, la Iglesia parroquial provisional de San Sebastian, y la de Ntra. Señora del Cármen: en las demas ciudades, villas y pueblos del Arzobispado, asignamos para asilo sus respectivas iglesias parroquiales: en el pueblo de Izalco, la de Nuestra Señora de la Asuncion; y en los pueblos que no son cabeceras de curatos, la iglesia principal de cada uno. Y mandamos, que sobre las puertas de las Iglesias asignadas, se pongan carteles fijos, en que se haga saber al público ser lugares de asilo, y éstas únicamente se tengan por inmunes, y los reos que á ellas se acogieren, por libres de las penas que corresponden á sus delitos, á escepcion de los casos exceptuados por derecho. Y declaramos desde ahora, escluidas de inmunidad eclesiástica, las demas iglesias, y lugares sagrados que ántes gozaban de ella por derecho y por legítima disciplina.

«Mas como en el espresado Breve solo se minoran los

lugares de asilo, sin innovar cosa alguna en orden á la inmunidad, y se manda que en las iglesias señaladas por el Ordinario, se observen exactamente las disposiciones de los sagrados cánones y constituciones apostólicas, de suerte que sean invioladas y libres de cualquier especie de atentado: los que se acogieren y refugiaran á ellas, no podrán ser estraidos, sino en los casos permitidos por el derecho y observándose diligentemente en el modo, las reglas prescritas por los cánones y constituciones pontificias: ni serán estraidos, sino por los ministros de la Curia eclesiástica, ó los que por via de auxilio los acompañen, precediendo ántes otorgarse por los jueces seculares la caucion prevenida por derecho, y el allanamiento de la inmunidad por el eclesiástico, con las protestas correspondientes; é interviniendo precisamente á la estraccion, persona eclesiástica deputada para ello por el Ordinario. Y reservando en nuestro oficio el hacerlo en los casos que ocurran en esta ciudad, para los que se ofrezcan fuera de ella, deputamos desde ahora y damos la facultad necesaria á los Vicarios provinciales y curas del Arzobispado, á cada uno en sus respectivos territorios, para lo que se arreglarán á la instruccion del Arzobispado, que solo se observará en lo de adelante en las iglesias asignadas para refugio.

«Y respecto á que las demas iglesias, aunque no gocen ya de la inmunidad local, son lugares sagrados, y por esto les es debida toda veneracion y respeto, y no se debe ejecutar en ellas ninguna accion ménos reverente ó violencia; en conformidad de la citada Bula mandamos, que las estracciones de los reos, que se acogieren á las iglesias no inmunes, se hagan con presencia é intervencion de persona eclesiástica, y por los ministros del tribunal eclesiástico, si se hallaren prontos: practicándose ántes por los de la curia seclar el oficio del ruego de urbanidad, sin que deban esponer la causa de la estraccion, á la persona que, con título de Vicario general ó foráneo, ejerciere la autoridad y jurisdiccion eclesiástica; y estando éste ausente, ó faltando, ó en caso de resistencia, deberá hacerse el mismo rue-

go de urbanidad al eclesiástico mas visible del lugar, ó al superior local, siempre que la iglesia sea de regulares.

«Y para que lo prevenido en el referido Breve se cumpla, y llegue á noticia de todos, mandamos despachar y despachamos el presente edicto, del que se remitirán copias auténticas á todas las iglesias del Arzobispado, en las que se publicará en el primer dia festivo en la misa conventual, y se fijará despues en lugar público, pasando un ejemplar al tribunal real de cada lugar, y poniéndose otro en los libros de administracion de cada parroquia, para que sirva de gobierno en lo sucesivo, y se observe inviolablemente lo mandado, desde el dia de su publicacion.

«Dado en Guatemala, á veinticinco de agosto de mil setecientos setenta y cinco años.—*Dor. Juan de Dios Juarros.*—Por mandado del Señor Provisor y Vicario general: *Alejo Joseph Avendaño*, Notario Receptor.



## CONCLUSION.

### DE LOS JUICIOS, SU ORDEN Y RITUALIDADES.

#### §. I.

#### *De los juicios en general.*

**J**UICIO es: *un modo legitimo de terminar las contiendas que ocurren entre los hombres, ó de probar los delitos para castigarlos* (1). Se divide en ordinario, extraordinario, y sumario. Juicio *ordinario* es, en el que se procede por accion ó acusacion verdadera, guardándose el orden y solemnidades de derecho. *Estraordinario*, cuando se procede sin querrela ó accion intentada por parte, solo de oficio del juez. *Sumario*, se llama aquel en que se procede breve y sencillamente, sin ningun aparato ni figura de juicio.

2—Se subdivide el juicio en *civil*, *criminal* y *misto*: se llama *civil*, cuando se trata principalmente de utilidad privada, y solo de aplicar interés á la parte: *criminal*, cuando se dirige a la vindicta pública, para que se imponga á los delincuentes la pena que merezca su delito conforme a derecho; y *misto*, cuando participa de los dos, civil y criminal.

3—Tambien se subdivide, en definitivo é interlocutorio: *definitivo* es, cuando con él se termina la

(1) Arg. de la ley 2 tit. 22 Part. 3.

causa principal: *interlocutorio*, cuando solo se decide un artículo particular.

4—Finalmente: el juicio es, ó *petitorio* en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad ó dominio de alguna cosa; ó *posesorio*, al que comunmente se llama *de tenuta*, y es el que intentan para conseguir, ó retener la posesion que se les disputa, ó recuperar la que han perdido.

5—Todo juicio requiere actor, reo y juez (2). A mas de esto, se necesita tambien de escribano público en lo secular, y de notario en lo eclesiastico. *Actor* es, el que pretende, ó alega algun derecho, y el que regularmente intenta la demanda. *Reo* es, aquel á quien se pide alguna cosa, y contra el que se intenta la accion y demanda, á la cual contesta y responde, procurando defenderse. *Juez* es, el que por pública autoridad conoce del pleito y lo decide (3).

## §. II.

### *Orden del juicio ordinario.*

6—En el juicio civil ordinario, luego que el actor pone su demanda el juez manda dar *traslado* de ella al reo, el cual dentro de nueve dias debe contestar, confesandola ó negándola (4). Si ha de oponer escepciones perentorias, tiene otros veinte dias mas para alegarlas (5). No hallándose el reo presente, pero sí dentro de la provincia, debe responder y contestar la demanda en el término que

(2) Leyes 28 tit. 23 y final tit. 26 Part. 3.

(3) Ley 10 tit. 4 Part. 3. Véase el tit. 17 pág. 170.

(4) Ley 1 tit. 4 lib. 4 Rec. de Cast. Ley. 1 tit. 6 lib. 11 Nov. Recop.

(5) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov.

se le señale en el despacho de emplazamiento. Si no se sabe donde está, ó se halla ultramar ó fuera del reino ó provincia, ó de donde no se espera que vendrá tan de próximo y hay bienes suyos, con informacion de ello, y a pedimento de la parte, el juez nombra curador y defensor de los bienes, con el cual se sigue la causa, como si se siguiera con el reo presente. Pero si el reo esta para ausentarse del lugar, ó se teme que haga fuga, se da mandamiento de arraigo, para que dé fianza de juzgado y sentenciado, y de estar á derecho con el actor por lo tocante á su demanda. De otra suerte debe ser preso hasta que la dé, y esto es lo que se llama *arraigarse* (6).

7—No respondiendo el reo á la demanda dentro de los nueve dias ó del término del emplazamiento, que corre desde el dia de la notificacion, le acusa el actor la rebeldía, y pide que se le señalen los estrados por bastantes, para que con ellos se hagan los autos, y le pare al reo el mismo perjuicio que si se hiciesen con él, y que se le cobren los autos con apremio. El juez da *por acusada la rebeldía*, y manda que *un ministro los cobre con apremio* para proveer, porque sin los autos no lo puede hacer. Si el reo no los ha llevado, solo provee: *Autos*; y habiéndolos visto provee auto, en que señala los estrados por bastantes, en estos términos:—*Por acusada la rebeldía: recibase esta causa á prueba por el término de nueve ó de tantos dias comunes á las partes; y mediante á no haber comparecido la de N. demandado, en su ausencia y rebeldía se de-*

(6) Leyes 2 tit. 18 lib. 3 Fuero Real, 41 tit. 2 Part. 3<sup>a</sup>, 17 tit. 12 Part. 5, 7 tit. 20 lib. 2, y 3 tit. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 8 tit. 24 lib. 5, y 5 tit. 11 lib. 10 Nov.

*claran los estrados de este juzgado por bastantes, á quienes se harán saber los autos y diligencias que ocurran.* Despues de este auto, todo lo que se proveyere parará al reo el mismo perjuicio que si se hiciera con él; y en adelante se siguen los autos con los estrados de la audiencia del juez, haciendo á ellos las notificaciones que se habian de hacer al reo, hasta pronunciar la sentencia definitiva. Si el reo quiere purgar ó reparar la mora, puede hacerlo respondiendo a la demanda aunque se haya pasado el término de nueve dias .o el del emplazamiento, mientras que el juez no ha determinado cosa alguna en su rebeldía.

8—Habiendo respondido el reo á la demanda, se da traslado de su respuesta al actor, el cual debe contestar dentro de seis dias; si no es que el reo le ponga alguna reconvencion, porque entonces tiene nueve dias para responder (7). De este escrito, que se llama *réplica*, se da traslado al reo, el cual debe satisfacer dentro de otros seis dias presentando otro escrito, que debe ser el último, porque no se deben admitir mas de dos á cada parte (8).

9—En este estado se dice *estar los autos conclusos*, porque los litigantes han dicho y alegado ya, cuanto tienen que decir y alegar. Pero como por lo regular, no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el juez un auto en que manda se traigan los autos para ver si se necesita de pruebas ó no. El que se acostumbra poner en estos casos es: *Autos con citacion*. Citadas las partes, los ve, y siendo necesario (porque suele no serlo apare-

(7) Ley 2 tit. 5 lib. 4 Rec. Ley 3 tit. 7 lib. 11 Nov.

(8) Leyes 2, 5 y 9 tit. 6 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 2 tit. 10, 9 tit. 11, y 1 tit. 15 lib. 11. Nov. Recop.

ciendo la justicia en el proceso por instrumentos, ó por otros medios, conforme á derecho) (9), provee auto de prueba, diciendo:— *Vistos: recíbase esta causa á prueba por el término de nueve dias comunes á las partes.* El dicho auto se notifica á ámbas, y les corre el término probatorio desde el dia de la notificacion, sin contar los dias feriados, si consumen la mayor parte de él. Si necesitan de mas términos de prueba, piden las prorogaciones que han menester, ántes que se les concluya el dado, y el juez va concediendo segun vé que es necesario, atendida la naturaleza de la causa, la distancia de los lugares, y la calidad de las personas, hasta ochenta dias, que es el término de la ley (10). Pero si las pruebas que se han de dar fueren de testigos que están ultramar ó fuera del reino, se puede conceder el término llamado *ultramariano* ó *extraordinario*, que es de seis meses (11). El decreto con que los jueces prorogan el término de prueba es, poner al escrito de la parte que pide otros nueve ó quince dias mas: *Concédensele, estando dentro del término.*

10—Recibida la causa á prueba, han de tomar las partes los autos por su orden, para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion de la contraria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citacion. Y si les conviene probar algunos particulares

(9) Leyes 7 tit. 14 Part. 3, y 4 tit. 6 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 5 tit. 10 lib. 11 Nov. Rec.

(10) Leyes 1 y 2 tit. 6 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tit. 10 lib. 11 Nov. Rec.

(11) Leyes 1 y 2 ya citadas.



nuevos, concernientes á la accion intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.

11—Dentro del mismo término pueden las partes hacerse entre sí las preguntas de los hechos á que puedan y deban satisfacer, poniendo las tales preguntas asertivamente, que es lo que llaman *posicion*. Esta no es otra cosa, que la afirmacion de algun dicho ó hecho para que á él se responda.

12—Finalmente: los interrogatorios que se presentan para el examen de testigos y las deposiciones de éstos, no se han de manifestar á la parte contraria, hasta que en la publicacion y su término corra el traslado de las probanzas (of).

13—Pasado el término probatorio y habiéndose hecho probanzas, una de las partes pide, que se haga publicacion de ellas. De este escrito manda el juez dar traslado á la otra parte para que esponga si efectivamente está pasado ó no el término, ó tie-

(of) El exámen de los testigos se hace sigilosamente, sin asistencia, del litigante contrario, quien solo puede presenciar el juramento de aquellos, con cuyo motivo tendrá ocasion de conocerlos y prepararse á tacharlos, si en ellos concurriese algun defecto legal; y aun podrá tambien presentar interrogatorio de *repreguntas*, para que á los mismos testigos, despues de contestar al interrogatorio principal, se les repregunte sobre algunas circunstancias ó hechos especiales concernientes á la mejor averiguacion de la verdad, con cuyo objeto puede pedir copia del interrogatorio de su contraria, y que se señale dia y hora para el exámen de los testigos, á lo que debe deferir el juez; pero en ningun caso debe permitir se hagan repreguntas de repreguntas, porque seria proceder al infinito: *Curia Filip.* part. 1 § 17 n. 9 y 19.

ne algun motivo que la impida por entónces. Si nada dice á los tres dias de notificado el traslado, debe el juez deferir á la publicacion, y hacerla saber á ámbos litigantes, dándoles traslado de todas las pruebas producidas (12). El decreto que suele ponerse en este caso es: *Hágase publicacion de probanzas y entréguese los autos á las partes por su orden.*

14—Hecha la publicacion y notificada á las partes, se les han de entregar todos los autos, con los documentos y pruebas que han producido. Esta entrega se debe hacer por su orden: esto es, primero al actor y despues al reo, á fin de que uno y otro aleguen de bien probado, haciendo ver cada uno por su parte cómo probó su intencion, y el otro no probó la suya, abonar sus testigos, tachar los del contrario etc., lo que deben ejecutar dentro del término de seis dias. Del alegato que hiciere el actor se debe comunicar traslado al reo. En el caso de ponerse tachas considerables á los testigos (og), ó redargüirse de falsos algunos documentos, se da tambien traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ó no, á los tres dias, acusandosele la rebeldía, se recibe la causa á prueba en estos puntos con un

(12) Ley 37 tit. 16 Part. 3.

(og) Las tachas, para que puedan admitirse, han de especificarse con toda claridad y distincion; y deben proponerse dentro del término de seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de probanzas: leyes 1 y 2 tit. 12 lib. 11 Nov. Rec. Este término no es comun á las partes, sino que cada una tiene derecho de gozar de él por entero, cuando ambas quieren alegar de tachas: leyes 1 citada, 1 tit. 4 lib. 3 del Ordenamiento y 37 tit. 16 Part. 3. Conde de la Cañada part. 1 cap. 10 n. 41 y siguientes *del juicio civil.*

término arbitrario, que no debe exceder de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Pasado éste, sin que se pueda conceder restitucion *in integrum* á los menores y privilegiados, se alega de bien probado, y una de las partes pide que se haya la causa por conclusa para definitiva [\*]. El juez da traslado de este escrito a la otra parte, y con lo que dijere ó no, á los tres dias, acusandose la rebeldia si no responde, ha de haber el pleito por concluso, pasa á examinar la causa, y manda citar á los partes para pronunciar sentencia.

15—Esta no es otra cosa: *que la decision que hace el juez de la causa que se ha controvertido ante él* (13). Se divide en interlocutoria y definitiva. Se llama *interlocutoria*, la que el juez profiere en el discurso del pleito entre su principio y fin, sobre algun incidente; y *definitiva*, que propriamente se dice *sentencia*, es la decision ó determinacion que, con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes, hace el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ó condenacion á la controversia que ante él suscitaron (14).

16—Debe el juez proferir la sentencia definitiva

[\*] *Concluir* en los pleitos quiere decir, que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen y que nada mas tienen que justificar en ellos. La conclusion es de sustancia del juicio, ya se pida ó no por las partes, segun las leyes finales tit. 6 y 7 lib. 4 Recop. de Cast., ley 1 tit. 9 lib. 11 Nov. Rec.; por lo que, siendo dos solas las que litigan y concluyendo la una, se ha el pleito por concluido legitimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste que ya está concluso.

(13) Ley 1 tit. 22 Part. 3.—(14) Leyes 1 y 2, allí.

dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion del pleito, estando presentes las partes ó citadas al efecto, como se ha dicho. Ha de ser conforme al libelo ó demanda en la cosa pedida, en la causa por qué se pide, y en la accion con que se pide. Ha de recaer sobre cosa cierta, arreglada á derecho, y no esceder de lo pedido (15). Es verdad que el juez puede remitirse a los autos, cuando en ellos consta lo demandado; pero si es cantidad ilíquida debe mandar que se liquide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia (oh).

17—Notificada la sentencia definitiva á las partes ó á sus procuradores, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, espresando ser pasado

(15) Leyes 5 y sig. tit. 22 Part. 3, y sig. tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 3 tit. 17 lib. 11 Nov. Rec.

(oh) La sentencia *interlocutoria* debe proferirse dentro de seis dias, y la *definitiva* dentro de veinte, bajo la pena de pagar el juez dobladas las costas y cincuenta mil maravedis para el fisco: ley 1 tit. 16 lib. 11 Nov. Rec. Por el art. 18 cap. 2 de la ley de 9 de octubre de 1812, se impuso á los jueces la obligacion de sentenciar, así las causas criminales como las civiles, dentro de ocho dias *precisamente*, despues de su conclusion; mas por nuestra ley de 3 de setiembre de 1829 se dispuso, que las civiles se sentenciasen dentro de veinte dias, y las criminales dentro de ocho, salvo las de homicidio, que deben fallarse dentro de tres, contados desde la fecha en que los autos hayan quedado espedidos para verse. El art. 96 de la ley de tribunales de 5 de Diciembre de 1839 manda, que las sentencias, así de la primera como de las demas instancias, sean *fundadas*; quedando por consiguiente derogada la disposicion de la ley 8 tit. 16 lib. 11 Nov. Rec.

el término de la ley, y pidiendo declare la sentencia *por pasada en autoridad de cosa juzgada*, y que la lleve á pura y debida ejecucion. De este escrito se acostumbra dar traslado á la parte, y con lo que dijere ó no, á la primera audiencia, siendo acusada la rebeldía, se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se condena á la parte á que cumpla con ella en estos términos: *Vistos: mediante á no haberse apelado por parte de N. de la sentencia proferida el dia tantos, por la cual se le condenó á tal cosa, y ser pasado el término en que lo debió practicar y mucho mas: se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se le condena á que esté y pase por su tenor sin contravenirlo en manera alguna.*

### §. III.

#### *De la apelacion.*

18—*Apelacion es: un recurso que se hace del juez inferior al superior, quejándose de algun agravio que se supone haber recibido en su sentencia, y pidiendo que lo enmiende conforme á derecho* (16). Puede interponerse de toda sentencia definitiva, y de las interlocutorias cuando tienen fuerza de definitivas, ó causan un gravámen irreparable (17). Debe apelarse del juez inferior al superior inmediato; pero si alguno por error apelase á un juez superior que no es el inmediato, ó á un igual

(16) Leyes 2 y 14 tit. 23 Part. 3, y 1 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 20 lib. 11 Nov. Rec.

(17) Leyes 13 tit. 23 Part. 3, y 3 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 23 tit. 20 lib. 11 Nov. Rec. Concilio Tridentino, sess. 24 de reform. cap. 20.

al que sentenció, vale la apelacion, no para el efecto de que puedan éstos juzgar de ella, sino para enviarla á quien pertenece, diciendo: *Acuda esta parte á donde corresponda* (oi).

19—El término señalado para interponer la apelacion, es de cinco dias, contados desde el en que se notificare al agraviado (18). Pero el menor, por el beneficio que goza de restitucion, puede apelar cuatro años despues de su menoría (19). Asimismo el fisco, las iglesias y concejos, valiéndose del mismo beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse; y ha-

(oi) En todo proceso seguido en juicio escrito, sea civil ó criminal, está espedito el recurso de apelacion; esceptuándose únicamente las causas criminales, que deben sentenciarse con calidad ejecutiva; las cuales, segun el acuerdo circular de la Suprema Corte de Justicia de 26 de agosto de 1852, son las que recopila la ley 16 tit. 23 P. 3, en cuyos casos, aun cuando en el acto de la notificacion se apele, el proceso debe elevarse desde luego en consulta á la Suprema Corte, sin otorgar ni denegar la apelacion. En los asuntos mercantiles solo puede otorgarse la apelacion si el interes del negocio pasa de quinientos pesos: ley de 22 de diciembre de 1851, art. 2; y en los verbales comunes, solo tiene lugar la revision, si la cantidad ó interes que se ventila escede de diez pesos; en cuyo caso debe interponerse el recurso dentro de tres dias: ley de 31 de agosto de 1835, art. 1 y 2. Con arreglo á las leyes 22 tit. 8 y 10 tit. 12 lib. 3 Rec. de Indias, los escribanos del número, que residan en el lugar de la Audiencia, deben hacer relacion de los autos interlocutorios pronunciados en cualquier pleito ó negocio, de que las partes ó cualquiera de ellas apelare á la Audiencia.

(18) Ley 1 tit. 18 lib. 4 Rec. Ley 1 tit. 20 lib. 11 Nov.

(19) Leyes 1, 2 y 3 tit. 23 P. 3 y 8, 9 y 10 tit. 19 P. 6.

biendo lesion enorme, podrán hacerlo dentro de treinta (20). Al ausente y ocupado en servicio del Rey, ó por razon de estudios ó dedicado al cultivo de la tierra, y al desterrado ó preso, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, o removido el impedimento, pidiendo restitution por esta causa dentro de diez dias (21).

20—De la sentencia de los árbítrós se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias, desde el en que se notificó (oj); y en el mismo término se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiastico (22).

21—Admitida la apelacion, manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa, y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada; y no señalándole, gozará del término que la ley prefine, segun las distancias de los lugares (23) (ok).

(20) Ley 10 tit. 19 Part. 6.

(21) Leyes 10 y 11 tit. 23 Part. 3.

(oj) Corresponde hoy á la Corte de Justicia conocer en grado de apelacion de las sentencias pronunciadas por jueces árbítrós *juris*, en el caso en que las partes se hayan reservado espresamente este recurso: ley de tribunales de 23 de diciembre de 1851, art. 25.

(22) Leyes 23 y 35 tit. 4 Part. 3. Véase la órde de las Córtes, de 20 de marzo de 1821.

(23) Leyes 2 y 10 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 3 y 18 tit. 20 lib. 11 Nov. Recop.

(ok) Admitida la apelacion en ambos efectos, el juez remitirá desde luego los autos originales á la Corte, previniendo á los interesados ocurran á hacer uso de su derecho, dentro del término que les designe, y será el siguiente: en los juzgados del Departamento de la capital, tres dias; en los de los Departamentos de Chimaltenango, Verapaz, Chiquimula, Mita, Escuintla, y Sacatepequez, veinte dias; y en los demas trein-

22—Traidos los autos y presentados al juez que ha de conocer de la apelacion, debe éste citar á las partes. El apelante presenta entónces un escrito expresando sus agravios contra la sentencia, y pidiendo la revocatoria del atentado, si se hubiere cometido. De este escrito se dá traslado á la parte contraria, se replica y duplica; y con dos escritos de cada parte se concluye y recibe la causa á prueba, si se presentan escepciones nuevas, ó se reproducen las que el juez inferior desprecio en primera instancia (24) (ol).

ta: ley de 5 de diciembre de 1839, artículos 35 y 36. Cuando la apelacion se otorgue en el efecto devolutivo, la parte deberá sacar testimonio á su costa para seguir el recurso; ó esperarse á que, fenecida la instancia ó ejecucion, se pasen á la Corte los autos originales: ley de 5 de diciembre citada, art. 37.

(24) Ley 4 tit 9 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 6 tit. 10 lib. 11 Nov. Recop.

(ol) Por medio del recurso de apelacion, la Corte puede no solo revocar ó reformar la sentencia, sino tambien mandar reponer el proceso, si se encontrase sustancialmente viciado. En el caso de negarse la apelacion por el juez inferior, sea en uno ó en ambos efectos, la Corte, á pedimento de parte legítima, puede pedir los autos, y en su vista otorgar ó denegar el recurso, segun fuere de justicia. Si el auto apelado fuere interlocutorio, la Corte podrá desde luego confirmarlo ó revocarlo; pero si fuere sentencia definitiva, otorgado el recurso, seguirá sustanciándose la instancia, en la forma ordinaria: ley de 5 de diciembre de 1839, art. 18 á 20. El juez de primera instancia respectivo debe conocer en apelacion, de las demandas verbales que, habiendo sido determinadas por los alcaldes, ó por los jueces preventivos, tengan este recurso: ley cit. art. 32 § 2. Conocerá de él tan solamente con vista de lo actuado, á no ser que las partes pre-



23—Pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas y se concluye para definitiva: se mandan traer los autos para su determinacion, citadas las partes; y estándolo, se pronuncia la sentencia y se notifica como en la primera instancia (om).

§ IV.

*De la súplica.*

24—Aunque no hay apelacion de los tribunales supremos, por representar éstos la persona misma del Rey; se concede no obstante, un recurso ante los mismos, que se llama *súplica*. En estos casos la primera sentencia dada por las reales Audiencias, se llama *vista*, y la segunda, *revista* (25).

25—No se admite suplicacion de la sentencia en vista de las Audiencias que confirme dos sentencias conformes de grado en grado, dadas por jueces inferiores. La razon es, porque de tres sentencias conformes, tampoco ha lugar la apelacion (26). Pero si dos sentencias de jueces inferiores se revocan en la Audiencia, ha lugar la suplicacion, aunque no lo

senten nuevos documentos, ó que *para mejor proveer*, estime conveniente examinar testigos sobre los puntos que se controvierten: ley de 31 de agosto de 835, art. 3.

(om) Cuando la parte apelante, en causa civil, no usare de su derecho ante la Corte dentro del término asignado por el juez *á quo*, se declarará la contumacia: ley de 23 de diciembre citada, art. 26. No habrá recurso *de nulidad*, ni aun por via de restitution, de las sentencias que hayan causado ejecutoria, ó pasado en autoridad de cosa juzgada: art. 30 de la misma ley.

(25) Leyes 17 tit. 23 Part. 3 y 2 tit. 19 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 21 lib. 11 Nov. Rec.

(26) Leyes 5 tit. 17 y 2 tit. 19 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 21 lib. 11 Nov. Recop.

tendrá de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que sobre ello se diere en revista (27) (on).

26—Tampoco se admite suplicacion de la sentencia de revista, dada en las mismas Audiencias en pleitos comenzados ante ellas, pues la misma sentencia de revista es la suplicacion. Ni de los autos en que se declara si hace fuerza ó no el juez eclesiastico; ni de la sentencia confirmatoria de la de los jueces arbitros; pero sí de la revocatoria (28) (op).

(27) Ley 2 tit. 19 lib. 4 Rec. Ley 2 tit. 21 lib. 11 Nov.

(on) La sentencia de vista pronunciada por la Corte causa ejecutoria, salvo 1º cuando la sentencia definitiva dada en grado de apelacion y en juicio escrito, no sea enteramente conforme con la de primera instancia: 2º cuando el negocio haya sido determinado por la Corte en primera instancia; y 3º cuando el que pide la revision presente nuevos documentos *públicos* ó *auténticos*, con juramento de haberlos encontrado nuevamente, y de que antes no los tuvo ni supo de ellos. Cuando se interponga el recurso de súplica, fundado en el aparecimiento de nuevos documentos, deberán éstos presentarse junto con la solicitud. No habrá súplica de los autos interlocutorios pronunciados por la Corte, aun cuando tengan fuerza de definitivos, ó sean pronunciados por ella originariamente; pero el auto en que se declare por no probada la recusacion puesta á un magistrado, será suplicable por la parte recusante: ley de tribunales de 5 de diciembre de 1839, secc. 4, art. 21 y siguientes.

(28) Leyes 4 tit. 5 y 2 y 9 tit. 19 y 4 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 2 y 7 tit. 21 y 4 tit. 17 lib. 11 Nov. Rec.

(op) Las súplicas en los negocios mercantiles se interpondrán para ante la Suprema Corte, quien las sustanciará y determinará con arreglo á las leyes de comercio; pudiendo el juez de alzadas por sí solo otorgar dicho recurso en los casos que haya lugar á él: ley de 22 de diciembre de 1851, art. 1.

27.—Este recurso se debe interponer dentro de tres dias de la sentencia interlocutoria, y dentro de diez de la definitiva, contados desde la notificacion de la sentencia (29). Admitida la súplica en la Audiencia, se mandan entregar los autos al suplicante, y de su *espresion de agravios* se dá traslado á su contraria, y con la respuesta de ésta se concluye con dos escritos para prueba, si hay algo que deba probarse, y en adelante se procede como en la segunda instancia (oq).

§. V.

*De la segunda suplicacion.*

38—Así se llama una instancia que se interpone por la parte agraviada en la sentencia de revista dada por los Consejos reales ó Chancillerías para ante la real persona, ó mas propiamente para una sala del Consejo, llamada *de mil y quinientas* (or).

(29) Leyes 1 y 4 tit. 19 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1 y 3 tit. 21 lib. 11 Nov. Rec. Ley de 5 de diciembre de 1839, art. 26.

(oq) Otorgada la revision, el Regente ó el que haga sus veces, sustanciará la instancia, y puesto en estado de sentencia, se verá y determinará por seis magistrados por lo ménos: ley de tribunales citada, art. 27, y decreto de 27 de octubre de 1843, art. 4. Téngase presente, que conforme al art. 27 de la ley adicional de 23 de diciembre de 1851, así la apelacion como la súplica, podrán declararse *desiertas* á solicitud de parte interesada, cuando hubieren transcurrido dos meses sin que el apelante ó suplicante haya ocurrido á usar de su derecho.

(or) Es escusado decir que la *segunda suplicacion*, que por la legislacion española anterior á la de las Cortes del año de 12, tenia lugar despues de la tercera instancia, es recurso desconocido en la República, en

29—Para que este recurso deba admitirse, se requieren cuatro condiciones: 1ª que la sentencia de que se interpone sea la de revista: 2ª que la causa sea árdua y difícil, y tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza, en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios: 3ª que se interponga de sentencia definitiva, y no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva: 4ª que la causa se haya empezado en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda, y no por via de restitution, reclamacion, ni nulidad (30).

30—Se debe interponer dentro de veinte dias de notificada la sentencia de revista, y pasado este término no se concede restitution. El que la interponga se ha de obligar con fianzas á pagar mil y quinientas doblas si la sentencia se confirmare, las cuales se aplican por terceras partes, al fisco, á los oidores que dieron la sentencia de revista y á la parte que venciere (31).

31—En la América hay diferentes disposiciones acerca de la segunda suplicacion. 1ª De pleito cuyo valor sea de seis mil pesos se puede suplicar segunda vez de la sentencia pronunciada por la Audiencia. Esta, no obstante el recurso, debe ser eje-

donde todos los asuntos, así civiles como criminales, deben fenecerse con solo tres instancias.

(30) Leyes 1, 7 y 9 tit. 20 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1, 4 y 6 tit. 22 lib. 11 Nov. Recop.

(31) Dicha ley 1. Las 1.500 doblas importan 21.838 y  $\frac{1}{4}$  reales, y por consiguiente cada dobla vale 14 rs., y 19 maravedis, segun computa Sala, refiriéndose á Maldonado y Dominguez en la *Ilustracion de la Curia*; pero Aso y Manuel enseñan, que cada dobla de oro de cabeza, vale 15 y  $\frac{1}{4}$  reales de vellon. Gomez Negro, *Elem. de práct. for.* pág. 123.

cutada, dando la parte fianzas de que si fuere revocada restituirá todo lo que por ella le hubiere sido adjudicado; pero si la sentencia de revista fuere sobre posesion, no ha lugar la segunda suplicacion, y se dede ejecutar, aunque no sea conforme á la de vista.

32—2ª Si despues de sentenciado el pleito en revista fuere suplicado para ante el Rey, la Audiencia debe sustanciar el artículo de grado, y oidas las partes sobre agravios, no debe pasar adelante ni determinar sobre si le hay ó nó, sino que debe remitir el proceso original con su relacion como estuviere, al Consejo de Indias, citadas las partes.

33—3ª El tiempo señalado para que la parte se presente á S. M. es un año para los del distrito de las Audiencias de los Reyes, Quito, Nuevo-reino de Granada, Santo Domingo y Nueva-España: año y medio los de las Audiencias de Chile y Charcas; y los de Filipinas dos años, contados estos tiempos desde el dia que salga la armada de los respectivos puertos.

34—4ª Siendo la parte pobre y precediendo informacion de tal, con citacion del fiscal, puede suceder la caucion juratoria en lugar de fianza real y verdadera.

35—5ª Los jueces que en el Consejo de Indias han de determinar los pleitos de segunda suplicacion no han de ser ménos de cinco; y si despues de nombrados faltare alguno por muerte ó ausencia, pueden determinar el pleito los cuatro que quedaren; pero si faltaren dos ó mas, se avisa al Rey para que nombre hasta completar el número. Estos deben declarar si ha lugar ó no el recurso; y declarando haberle, conocerán de la causa principal, y de la sentencia que pronunciaren, no hay suplicacion ni otro recurso.

36—6<sup>a</sup> Por costumbre no se llevan en Indias las *doblas* que dispone la ley de Segovia; pero los que interponen segunda suplicacion deben dar fianzas de que pagarán mil ducados de pena, si se confirmare la sentencia de revista por el Consejo de Indias, los que se aplicarán en la misma forma que las mil y quinientas *doblas*; y declarandose no haber lugar al recurso, pagará el suplicante cuatrocientos ducados, mitad para la cámara y la otra mitad para la parte contraria (32).

§. VI.

*Del recurso de injusticia notoria.*

37—Se llama asi este recurso, porque el que usa de él se queja de haberle hecho *injusticia notoria* el tribunal de la real Audiencia, y pide al Consejo que la deshaga. Sobre cual sea la *injusticia notoria* en que se apoye el recurso de este nombre, hay una grande variedad entre los letrados, entre los jueces y entre los autores. Algunos quieren que la iniquidad ó *injusticia* sea tan clara, que aparezca por sola la lectura material de los autos: v. g., por no ser la decision conforme á la demanda, ó á lo deducido y probado por las partes, ó cuando tiene contra sí la *notoria* resistencia del derecho. Pero el señor conde de la Cañada asegura haber defendido y juzgado bastantes pleitos remitidos al Consejo por recurso de *injusticia notoria*, y en ninguno haber hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contuviese una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caducase por falta de poder, citacion, ni subversion del orden

(32) Leyes 1, 2, 3, 4, 5, 6 y sig. tit, 13 lib. 5 Recop. de Indias.

público, habiendo sido necesario en todos internar el conocimiento en los hechos probados, y descender à lo que determinan las leyes. De donde se infiere, que para tener lugar este recurso, no es menester que la injusticia sea tan clara que ofenda la razon aun de los imperitos. No obstante, cuando hay alguna duda acerca de si están probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo esta razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entónces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo (os).

38—El conocimiento de este recurso es privativo del Consejo en la sala primera de gobierno. No tiene lugar en aquellas causas cuya determinacion pertenece al Consejo en la sala de mil y quinientas. Tampoco en las sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de súplica, à no ser que la parte justifique en el Consejo haber pedido licencia para

(os) Entre las atribuciones que la ley de tribunales de 5 de diciembre ya citada, concede à la Suprema Corte de Justicia, la última del art. 17 dice así: «*Conocer del recurso de nulidad é injusticia notoria que segun la Ordenanza del Consulado se interponga de las sentencias del tribunal de alzadas.*» La real cédula de ereccion del Consulado, en su art. 13, establece lo siguiente: «De los negocios ejecutoriados solo podrá interponerse el *recurso de nulidad ó injusticia notoria*, al Consejo Supremo de Indias, donde se terminarán con arreglo à las leyes.» Esto no obstante, debe tenerse presente el art. 30 de la ley adicional de 23 de diciembre de 1851, que declaró no tener lugar el *recurso de nulidad*, ni aun por via de restitution, de las sentencias que hayan causado ejecutoria, ó pasado en autoridad de cosa juzgada.

suplicar y habersele denegado; y finalmente, no se admite de autos interlocutorios que no tengan fuerza de definitivos, y causen perjuicio irreparable.

39—Para introducir este recurso ha de preceder depósito de quinientos ducados que se hace en la depositaría de penas de cámara, donde se dá certificación que se presenta con el recurso, ó fianza abonada que ha de recibir de su cuenta el escribano ante quien se otorgue; en cuya cantidad se condena á la parte que interpone el recurso, si se confirma la sentencia. La distribucion se hace en tres partes, aplicadas como en el de mil y quinientas, y el pobre dá la misma caucion juratoria que en aquel.

40—La fórmula de este recurso es, presentar peditimento haciendo relacion de los puntos en que consiste la injusticia notoria: se concluye pidiendo que el Consejo se sirva librar provision para la remision de autos por compulsa, con citacion de las partes; y que en su vista se declare que la sentencia de revista contiene injusticia notoria (33).

## §. VII.

### *De los recursos de fuerza.*

41—Se llaman así, porque por medio de ellos la parte que se siente agraviada de algun juez eclesiástico, recurre á los tribunales supremos como representantes del Rey, implorando su favor y defensa (34). De tres modos puede causarse fuerza por los jueces eclesiásticos. El 1º es, *en el conocer y*

(33) Autos Acordados 6, 7, 10 y sig. tít. 20 lib. 4 Rec. Leyes 1, 2, 3 y 4 tít. 23 lib. 11 Nov. Rec. Conde de la Cañada, *Juicio ordinario*, part. 3 cap. 5.

(34) Leyes 2 tít. 6 lib. 1 y 36 tít. 5 lib. 2 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tít. 2 lib. 2 Nov. Recop.



*proceder*, que es cuando toma conocimiento en una causa estraña de su jurisdiccion. En este caso usan los tribunales que conocen del recurso del auto que llaman *de legos*: éste se espide á fin de que el juez eclesiastico no conozca ni proceda á la determinacion de aquella causa, mandando se le remitan los autos, que se dan por de ningun valor.

42—El 2º es, *en el modo de conocer y proceder*; y tiene lugar cuando siendo la causa perteneciente á la jurisdiccion eclesiastica, no observa en la sustanciacion el órden y método prescrito en el derecho.

43—El 3º es, el que se llama *de no otorgar, ó no deferir á la apelacion*. Tiene lugar cuando el juez eclesiastico no otorga la apelacion que ante él se interpone, siendo admisible segun derecho (35).

44—Antes de entablar el recurso se debe preparar. Para esto la parte que se siente agraviada, si la fuerza consiste en el conocer y proceder, presenta pedimento ante el juez eclesiastico esponiendo las razones por qué no le corresponde el conocimiento de aquella causa, y pidiendo se abstenga de él y remita los autos al juez secular a quien corresponda, protestando de lo contrario el real auxilio de la fuerza. Si no lo hiciere, se pide testimonio, y con él si lo concede, y sin él, pero con testimonio del pedimento si lo niega, se interpone el recurso. Si la fuerza se causare en el modo, se debe pedir primeramente revocatoria del auto con que la infiere: de lo contrario, debe interponer apelacion. Si niega el juez eclesiastico uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protestando el real auxilio de la fuerza; y si

(35) Auto Acordado 31 tit. 19 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 24 tit. 2 lib. 2 Nov. Recop.

tampoco se admite, con testimonio de ello se usa del recurso (36) (ot).

§. VIII.

*Del juicio ejecutivo.*

45—El juicio ejecutivo es, un juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores, para que sin los dispendios y dilaciones de la via ordinaria consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendidas solamente la verdad y equidad.

46—La ejecucion se hace en virtud de las cosas é instrumentos que la traen aparejada, los cuales son: primero, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: segundo, la ejecutoria dada por tribunal superior competente: tercero, la confesion clara de la deuda hecha en juicio y el juramento decisivo del pleito: cuarto, los conocimientos, vales y papeles, despues que el que los hizo los reconocio con juramento ante juez competente: quinto, el instrumento público y auténtico: sexto, la liquidacion ó instrumento simple, líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad correspondiente: séptimo, los libros y cuentas estrajudiciales reconocidas por las partes en juicio ó por instrumento público: octavo, las cédulas y provisiones de S. M. cuando no son contra

(36) Teatro de la legislacion, art. *Recurso de fuerza*.

(ot) A la Suprema Corte de Justicia corresponde conocer de estos recursos, conforme al art. 14 de la ley de Tribunales de 5 de diciembre ya citada. Sobre esta materia pueden consultarse las *Máximas sobre recursos de fuerza* de Covarrubias: las *Observaciones* sobre los mismos, del Conde de la Cañada; y el tit. 10 lib. 4 del Sala mejicano, edicion de 1849, tomo 4 pág. 406 y siguientes.

derecho ni dadas en perjuicio de alguno, sin ser citado ni oído: noveno, los juros ó libranzas dadas por el Rey contra sus tesoreros y administradores: décimo, los pareceres conformes de los contadores (ou).

47—En virtud de cualesquiera de los instrumentos anteriores que traen aparejada ejecución, puede pedirla no solo el acreedor, sino también el que tenga interés; así pues, puede pretenderla el socio, aunque no tenga poder de los consocios: el marido por la dote que se le prometió y no entregó, y por los bienes parafernales, como conjunto y à nombre de su muger: el heredero del acreedor justificando serlo, contra los deudores del difunto: el comprador de la herencia contra los deudores de ella; y el fiador contra el principal obligado por lo que pagó por él, constandingo de la deuda y su solución.

48—La ejecución se despacha regularmente contra ciertos y determinados bienes que el deudor nombra, y si no lo hace, o se halla ausente, contra los que indica el acreedor. Primero se traba en los bienes muebles, y por su falta en los raíces.

49—Hay muchos bienes en los cuales no puede hacerse la ejecución. Tales son las cosas sagradas y destinadas al culto divino: los aparejos y animales de labranza, sino es por derechos reales ó por diezmos: los instrumentos que tienen los artífices para el uso de su oficio: las casas, armas y caballos de los caballeros é hijosdalgos, si no es por deuda real: los sueldos de los militares: los libros de los

(ou) Las liquidaciones practicadas por los funcionarios de rentas, tendrán fuerza ejecutiva, siempre que para ello se haya citado al deudor, cuya circunstancia hará constar la escribanía del ramo: ley de 15 de diciembre de 1851, art. 5.

abogados y estudiantes: el vestido diario, cama y otras cosas necesarias al uso cotidiano etc. (37).

§. IX.

*Orden y forma del juicio ejecutivo.*

50—El acreedor que intenta ejecucion contra su deudor, debe presentar primeramente un escrito al juez, diciendo: que en atencion á que no ha podido cobrar de él su crédito, que consta del documento que presenta, no obstante las repetidas amigables reconvencciones que le ha hecho, se sirva mandar se libre mandamiento de ejecucion contra su persona y bienes, por la cantidad de la deuda y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. El juez examina el instrumento presentado, y siendo de los que traen ciertamente aparejada ejecucion, manda librar el mandamiento, diciendo: *Vistos: librese mandamiento de ejecucion* [\*]. Este se entrega al acreedor y no al alguacil, pena de nulidad de ella (38).

(37) Leyes 7 tit. 2 lib. 1 y 25, 26, 27 y 28 tit. 24 lib. 4 y 6 tit. 17 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 3 tit. 5 lib. 1, y 6, 15 y 16 tit. 31 lib. 11 Nov. Rec.: 2, 4 y 5 tit. 14 lib. 5 R. Ind. y 3 tit. 27 Part. 3. Cur. Fil. § 16 n. 8 y sig.

[\*] Este es el rigor de derecho; pero en la práctica se observa que el acreedor presenta primero un escrito pidiendo se mande á su deudor le pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion. El juez á este escrito provee: *Pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion*. Si no paga el deudor en este término ó se aviene con su acreedor, vuelve éste á presentarse pidiendo se libre en efecto el mandamiento de ejecucion.

(38) Ley 17 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 10 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

51—Pudiendo ser habido el deudor se le requiere con el mandamiento ejecutivo, por medio del escribano y ministros que pasan á su casa, para que, ó pague la cantidad por qué se despachó, ó señale bienes en que se trabé la ejecucion. Esta, segun hemos dicho, se debe hacer precisamente en bienes muebles: no habiéndolos, en raices; y á falta de todos, en las deudas, derechos y acciones del deudor (39). Si éste no puede ser habido, ó no nombra bienes, ó los que nombra no son suficientes, los señala el acreedor por el órden referido. Verificada la ejecucion, se deben inventariar y depositar los bienes embargados en poder de persona abonada, y el deudor debe dar la fianza llamada *de saneamiento*. Por ella asegura el fiador, que los bienes ejecutados son del deudor, y que si no lo fueren, se obliga á satisfacer toda la deuda ó lo que falte con los suyos, hecha escusion de los del deudor. Esta fianza es sustancial en el juicio ejecutivo, para que no sea ilusorio; y no dándola el ejecutado, se le debe poner preso (40) [\*].

(39) Ley 9 tit. 21 lib. 4 Rec. Ley 6 tit. 28 lib. 11 Nov.

(40) Ley 19 tit. 21 lib. 4. Rec. de Cast. Ley 12 tit. 28 lib. 11 Nov. Rec.

[\*] Hay algunos que gozan del privilegio de no poder ser presos por deudas. Tales son: 1º los procuradores de los pueblos que estan en la corte: 2º los nobles é hijosdalgos, siempre que la deuda no proceda de delito ó cuasi delito: 3º los doctores ó licenciados en facultades mayores: 4º los labradores en tiempo de cosecha, si no es por deudas reales ó procedentes de delitos: 5º las mugeres. Leyes 10 y 11 tit. 7 lib. 6, 4 tit. 2 lib. 6, 8 y 9 tit. 7 lib. 1, 25 y 26 tit. 21 lib. 4, 8 tit. 1 lib. 5, y 2 cap. 4 tit. 17 lib. 6 Rec. de Cast. Leyes 5 tit. 8 lib. 3, 2 tit. 2, 14 y 15 tit. 18 lib. 6, 2 tit. 29 lib. 7, 3 tit. 5 lib. 10, y 8 y 19 tit. 31 lib. 11 Nov. Rec.

52—Hecha la ejecucion y notificado su estado al deudor, pide el acreedor que se pregonen los bienes ejecutados, á efecto de venderlos en pública subasta. El juez provee á su peticion mandando: que se den tres pregones de nueve a nueve dias cada uno, si los bienes son raices; y si fueren muebles, de tres en tres dias, escluyendo los en que se dieren los dichos pregones (41).

53—Dados éstos, ó pasado el término de ellos, si el deudor los renunció, se presenta el acreedor pidiendo *se cite al reo de remate*, y el juez lo manda citar, estando en estado. En esta citacion se le apercibe, que si dentro de los tres dias siguientes al de la fecha, no comparece á mostrar paga, quita ó razon legitima para no pagar, se procederá sin mas citacion á la subasta y venta de los bienes ejecutados, para verificar el pago de la cantidad principal, costas y décima, donde haya costumbre de exigirla.

54—Dentro de estos tres dias debe el deudor oponerse á la ejecucion, si tiene escepcion legitima que alegar. A este efecto presenta un escrito, diciendo: que por tal cantidad se despachó contra él ejecucion, se le embargaron bienes y se le ha citado de remate; pero que mediante á tener que alegar y excepcionar contra dicha ejecucion, se opone á ella y pide se le manden entregar los autos. El juez provee en estos términos: *Háse á esta parte por opuesta á la ejecucion que refiere, y se encargan á entrámbas los diez dias de la ley.*

55—La oposicion que haga el ejecutado ó las excepciones que debe proponer, deben ser paga, promesa ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor

(41) Dicha ley 19 tit. 21 lib. 4 Rec.

ó fuerza, y otras legítimas que de derecho se deban admitir (42); y sin embargo de cualesquiera otras escepciones debe el juez llevar adelante la ejecucion. Propuesta por el reo alguna escepcion de las dichas, se le han de entregar los autos, y debe probarla dentro de diez dias, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion; de manera que si no la prueba dentro de ellos, debe sentenciarse la causa de remate, sin embargo de apelacion, que no debe admitirse, sino en cuanto al efecto devolutivo (43).

56—No oponiéndose el deudor á la ejecucion, dentro de los tres dias, ó si se opone no probando sus escepciones dentro de los diez dias, el acreedor se presenta pidiendo que se sentencie la causa de remate. El juez llama los *autos con citacion*, y pasados tres dias da su sentencia, mandando continuar la ejecucion y hacer trance y remate de los bienes ejecutados y de su precio, entero pago al acreedor, dando éste previamente la fianza de la ley de Toledo ó de Madrid, segun sea la deuda; y que, precedida tasacion de las costas, se espida el correspondiente mandamiento de pago.

57—Dada la fianza y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por peritos nombrados por las partes, y pareciendo admisibles las posturas, por llegar á las dos terceras partes del valor de los bienes, se pide por el acreedor que se dé el cuarto pregon. Este se manda dar por el juez y efectuar el remate señalando dia y hora para él, con citacion del deudor.

58—Llegado el dia, y dado el cuarto pregon,

(42) Ley 1 tit. 21 lib. 4 Rec. Ley 3 tit. 28 lib. 11 Rec.

(43) Ley 3 tit. 21 lib. 4 Rec. Ley 2 tit. 28 lib. 11 Nov.

adjudica el juez los bienes al postor, otorgándole venta judicial de ellos. Pero si no se halla postor, ó si se halla no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio de ellos, puede el acreedor pretender se le entreguen en pago de su deuda, y el juez debe adjudicárselos, si lo consiente el deudor, ó no lo contradice dentro de tercero día de habersele comunicado esta pretension, formalizándose á su favor la correspondiente escritura. El acreedor los debe recibir en esta forma: si su valor escede al crédito, debe restituir el exceso, y si no alcanza puede repetir contra los demás del deudor por el residuo y costas (44).

59—La parte que se siente agraviada por la sentencia en este juicio, puede apelar; pero al deudor no se le debe admitir la apelación, si no es pagada la parte; porque en este caso no tiene mas efecto que el devolutivo (45). En estos términos se sigue en juicio ordinario el grado de apelacion y suplicacion, hasta la sentencia de revista (ov). Puede

(44) Leyes fin. tit. 27 Part. 3, y 44 tit. 13 Part. 5.

(45) Ley 3 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

(ov) En los negocios de hacienda pública, si el interés que se ventila no pasare de doscientos pesos, el juicio será verbal; pero si escediere de dicha suma se procederá en juicio escrito, sustanciándolo y determinándolo por los trámites legales. En el juicio *ordinario*, no se admitirán mas escritos que el de demanda y su contestacion: se recibirá la causa á prueba con calidad de publicacion, conclusion y citacion, restringiendo los plazos judiciales á los precisos términos de las leyes. En el juicio *ejecutivo*, presentada la escritura ó documento que traiga aparejada ejecucion, se mandará librar ésta, ordenando que, trabada como corres-



tambien cualquier tercer opositor salir oponiéndose á la ejecucion hasta la sentencia para ser preferido al ejecutante; y como no se le haya hecho paga, aunque se hayan rematado los bienes, tiene lugar

ponde, el ejecutante y ejecutado nombren peritos para el valúo de los bienes embargados, y que hecho el nombramiento, se proceda al justiprecio de ellos. Los pregones, si no los renunciaren ambas partes, serán dos: se darán cada dos dias si los bienes fueren muebles, y cada cuatro si fueren raíces; y cuando el ejecutado y sus bienes existan en jurisdiccion ó pueblo distinto de aquel donde se instruya la causa, se darán en ambos los mismos pregones. El término llamado *del encargado* será de seis dias, y de dos el que se dé á cada parte para alegar de bien probado. Corridos los términos respectivos, el escribano deberá exigir los autos á quien los tuviere para darles el curso que corresponde, sin necesidad de que se acuse rebeldía: ley orgánica de la hacienda federal de 27 de febrero de 1837, art. 96 á 101. Mas, segun la del Estado, de 1 de agosto de 1832, art. 231, en el juicio ejecutivo, despues de los requerimientos estrajudiciales, el primer auto será el de ejecucion: los pregones para los bienes raíces se darán dentro de nueve dias y para los muebles, dentro de dos, y durante ellos se practicarán los valúos, debiendo el ejecutado dar la fianza de *saneamiento*. Véase la ley 18 tit. 7 lib. 9 Recop. de Cast.—El ejercicio de la jurisdiccion contenciosa corresponde en esta capital al administrador de rentas, y en los departamentos y distritos á los delegados y subdelegados de hacienda: no pueden pronunciar determinacion sobre punto de derecho, sin dictámen de letrado; y aunque queda espedito el recurso de apelacion en estas determinaciones para ánte la Corte de Justicia, no deberá otorgarse sino en el efecto devolutivo, pagando previamente á la hacienda pública: ley de 15 de diciembre de 1851, art. 1, 2 y 3.

la oposicion.

60—Siendo tres al ménos los acreedores que salen demandando al mismo deudor, y alegando derecho á sus bienes, se forma *concurso*. Este juicio se sigue entre el deudor y los acreedores, sustanciándose en lo principal con dos escritos de cada parte por todos los términos de la via ordinaria, hasta que se pronuncia la sentencia, que se llama *de graduacion ó de preferidos*, porque en ella se señala el orden con que deben ser pagados todos los que han probado su derecho, dando cada uno la fianza llamada *depositaria, ó de acreedor de mejor derecho* (46).

61—Esta sentencia es apelable, y para poderse ejecutar, ó se ha de ejecutoriar, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada; y no apelando ninguno, ó consintiéndola todos, puede pretender el defensor del concurso se declare por tal (ox).

### §. X.

#### *Del juicio de tenuta.*

62—La posesion de los mayorazgos se transmite al inmediato sucesor, faltando el que la obtenia, solo por ministerio de la ley y sin necesidad de otro acto (47); pero sucediendo algunas veces que dos ó mas individuos se creen con derecho al goce de aquella posesion, se ha establecido el *juicio de tenuta*, para determinar en su consecuencia quien deba ser el tenedor del mayorazgo.

63—Este juicio es *plenario posesorio*, y corres-

(46) Ley 11 tit. 16 lib. 5 Rec. Cast. Tapia, lib. 3 tit. 4.

(ox) El juzgado que conozca de una causa en que sea interesada la hacienda pública del Estado, tendrá el *derecho de atraccion*: ley de 1 de agosto de 1832, art. 232.

(47) Ley 43 de Toro, ó 1 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec.

pónde su conocimiento al Consejo, ante quien debe presentarse la demanda dentro de seis meses, contados desde el día en que se dió la posesion del mayorazgo al que la pretendió por su vacante (48). Esta debe justificarse por el que la intente, solicitando simultáneamente la restitucion de frutos, en virtud de que la sucesion en el mayorazgo se considera de titulo universal (49). Tambien debe comprobarse por el demandante su filiacion, de modo que al esponer su derecho, califique la razon por qué pretende la posesion, ya por ser pariente del fundador, ó ya por estar comprendido en los llamamientos que éste hubiese hecho; concluyendo con que se mande despachar real provision á la justicia del pueblo en que estan las fincas, para que remita al Consejo los autos que á instancia de otros interesados se hubiesen actuado; o en caso contrario, para que se fijen cedulaones de nueve en nueve dias, convocándose á los que tengan derecho, con el fin de que ocurran á deducirlo.

64—Con el resultado de aquellas convocatorias, se decide dentro de cuarenta dias el artículo de administracion, en cuya dilacion se oye á los interesados que se hubiesen presentado, pues transcurridos

(48) Ley 2 tit. 24 lib. 11 Nov. Recop.

(49) Febrero reform., prim. part. cap. 9 n. 69. Antiguamente no se podia intentar este juicio sino ante la Audiencia, pues era de los que se llamaban *casos de corte*; mas en el día, en los que tenga lugar, deberá hacerse precisamente ante el juez de primera instancia á quien deberá presentarse el que crea tener derecho á los bienes, pretendiendo lo conveniente. Véase á Gomez Negro, *Elementos de práct. for.*, part. 3 trat. 4 pág. 244, y el *Apéndice de las vinculaciones*, tomo III pág. 19 y sig. de esta obra.

los cuarenta dias, se mandan pasar los autos al relator, quien forma el memorial ajustado, para que con él pase el Escribano de Cámara á dar cuenta en la Sala de Mil y quinientas, donde se determine el artículo de administracion, confiriéndose a alguno de los mismos que la han pretendido, ó poniéndose en secuestro (50).

65—En este estado se recibe á prueba la demanda *de tenuta* por los ochenta dias de la ley, y dentro de ellos pueden las partes justificar cuanto á sus derechos convenga, ministrando despues sus respectivas alegaciones. Evacuado este trámite, pasan los autos al relator para que forme el memorial ajustado, y concluido, se señala día para verse el pleito por las tres salas de Justicia, cuyos ministros, en número de trece, si pudiesen, no bajando nunca de nueve, determinan la demanda de tenuta (51) De la sentencia que se espida no se admite suplicación, y por lo tanto se manda despachar ejecutoria, remitiéndose los autos á la Chancilleria ó Audiencia, a quien corresponde el conocimiento del *juicio petitorio*.

## §. XI.

### *Del juicio criminal.*

66—Este juicio, segun hemos dicho ya, se dirige á que se imponga á los delincuentes la pena que conforme á derecho merezca su delito. En él se puede proceder de tres modos: 1º por acusacion: 2º por denuncia; y 3º por inquisicion ó de oficio del juez.

(50) Auto acord. del Consejo de 20 de julio de 1750.

(51) Ley 21 tit. 7 lib. 4 Nov. Rec. Not. 3 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec.

§. XII.

*Juicio criminal por acusacion.*

67—Se dá el nombre de *querrela* ó *acusacion* al primer escrito de la causa, en que el querellante despues de referir el delito con sus circunstancias, espresando el nombre del delincuente, y pidiendo que se le impongan las penas debidas, solicita que se le admita una informacion sumaria sobre lo espuesto, y que hecha la suficiente, se mande prender al reo, y embargar sus bienes. El juez si la causa no es grave, comete la informacion al escribano; pero si lo es, debe recibirla por sí mismo, y resultando de ella semiplena prueba, ó indicios bastantes, libra mandamiento de prision y secuestro de bienes contra el reo (oy).

(oy) Nadie puede ser detenido sino en virtud de órden escrita de autoridad competente para darla. Para librarla basta que conste al juez por queja, acusacion ú otro motivo, que se ha cometido un delito, y él tenga fundamento para presumir quien es el delincuente. Puede ser detenido el delincuente cuya fuga se tema con fundamento, y el que sea encontrado en el acto de delinquir: en este caso cualquiera puede aprehenderle, poniéndole inmediatamente á disposicion de la autoridad. Todo delincuente debe ser interrogado dentro de cuarenta y ocho horas: la detencion no podrá exceder de cinco dias, dentro de cuyo término deberá la autoridad que la haya ordenado, practicar las diligencias respectivas, y segun su mérito, librar por escrito la órden de prision ó de libertad del detenido. No podrá dictarse auto de prision sin que preceda informacion sumaria de haberse cometido un delito que merezca pena corporal ó pecuniaria, y sin que concurre indicio racional ó motivo suficiente para suponer que la persona detenida es la que ha cometido aquel

68—Recibida la sumaria, se toma confesion al reo preguntándole aquello que consta de los autos, á lo ménos por semiplena prueba; y así de ella, como de los autos se da traslado al acusador, mandándole que dentro de tercero dia ponga acusacion formal al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo, se le declarará por no parte. Si no lo verifica en el término señalado, acusándole la rebeldía el reo, se le manda notificar por segundo término, y por tercero que cumpla con lo mandado; y finalmente se le declara por no parte, y se sigue la causa de oficio. Pero si el acusador formalizare la acusacion, se da traslado de ella al reo, el cual responde, y de su respuesta se da traslado al acusador: y al nuevo escrito de este, contesta el reo en cuarto escrito; siguiéndose en este y en lo demas los trámites del juicio ordinario civil. Se recibe, pues, la causa á prueba, prorogándose los términos: se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado: abona cada parte sus testigos; y tachando los de la otra, se recibe la causa á prueba de tachas. Despues se concluye para definitiva, y manda el juez traer los autos con citacion de las partes, y vistos se sentencia y sigue el grado de apelacion y suplicacion, como en la via ordinaria.

delito. Las personas aprehendidas por la autoridad pública no podrán ser llevadas á otros lugares de detencion, prision ó arresto, que á los públicos destinados legalmente al efecto; pero atendidas la naturaleza y circunstancias del delito, y condiciones de las personas, los jueces podrán, exijiendo la competente caucion y bajo su propia responsabilidad, dejar al detenido en su habitacion, ó en otro lugar seguro, guiándose por el espíritu de la ley 4 tit. 29 Part. 7. Ley adicional á la de tribunales de 23 de diciembre de 1831, art. 18 á 22.

69—Si el acusado se presenta dentro del plazo que se le señaló para responder á la acusacion, y el acusador no comparece, le puede el juez imponer á su arbitrio una pena pecuniaria, y mandarle emplazar de nuevo, señalándole término para que acuda á seguir su acusacion; y si no acudiere dentro de él, ni diese ninguna excusa justa, debe el juez absolver al acusado de la acusacion, haciendo que el acusador le satisfaga todas las costas, y perjuicios que se le ocasionaron por causa de ella. Pero si ningunos se le originaron, ni fué perjudicado en su honor, puede el acusador en el término de treinta dias apartarse de la acusacion con la venia del juez, quien debe concedérsela *cuando entienda que no la desampara engañosamente, mas porque dice que la hizo por yerro* (52).

70—De aquí se infiere, que hay ciertos casos en que no puede el acusador abandonar su acusacion, ni aun con permiso del juez. El primero es cuando se ha puesto preso al acusado, y por causa de su prision ha padecido en su estimacion ó en sus bienes: el segundo es cuando sabe el juez con certeza que fué maliciosa ó falsa la acusacion; y el tercero, cuando se acusa una traicion contra el Rey ó república, alguna falsedad, algun hurto ó robo hecho á algun lugar sagrado, ó al Rey, ó el abandono de algun castillo ó fortaleza, cuya guarda hubiese sido encomendada á algun caballero ú oficial militar. En cualquiera de estos casos se halla precisado el acusador á seguir y probar su acusacion; y si la desamparase, ha de sufrir la pena que debía imponerse al acusado, acreditándose el crimen de que le acusaba. Se esceptúan, no obstante, aquellas perso-

nas que, según las leyes, no deben sufrir pena alguna, aunque no prueben el contenido de sus acusaciones (53).

§ XIII.

*Juicio criminal de oficio, ya sea por denuncia ó por inquisición.*

71—De este modo se procede siempre que no se presenta ningún acusador contra los delitos. Para evitar su impunidad, que sería tan dañosa á la sociedad, pueden los jueces proceder de oficio, ó por sí mismos á investigarlos, y averiguar sus autores, para imponerles el correspondiente castigo.

72—Para que el juez proceda de *oficio*, es necesario que tenga noticia del delito; y esto puede ser, bien por fama ó rumor que corra en el pueblo, bien por denuncia ó *delacion*. Esta es un aviso del delito, que se dá estrajudicialmente al juez para que ponga enmienda, ó imponga castigo. Puede hacerse por medio de alguna carta dirigida al juez ó de palabra á éste ante escribano, quien debe poner por escrito el hecho acaecido con todas sus circunstancias, á fin de que puedan hacerse las correspondientes averiguaciones; pero lo mas comun es, que el denunciador por no enemistarse, avise secretamente á los alguaciles, escribano ó juez, para que éste siga de oficio la causa si le parece conveniente.

73—En toda causa criminal, lo primero que se ha de averiguar es, según la espresion forense, *el cuerpo del delito*; pues no habiendo delito justificado, no puede haber delincuente, y antes, por ejemplo, que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido

(53) Leyes 20 y 21 tit. 4 Part. 7.



un hombre muerto. Luego, pues, que llega à noticia del juez que se ha cometido algun delito, hace un auto que se llama *cabeza de proceso*: en él refiere, que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de la mañana, tarde ó noche del dia presente, de que en tal sitio se ha cometido tal delito; por tanto, para averiguar la verdad del hecho, y castigar, como corresponde, à los delincuentes, manda formar dicho auto; à cuyo tenor y demas circunstancias que resultaren, se examinen los testigos que puedan ser sabedores del caso, para lo cual, y practicar las demas diligencias oportunas, pasará personalmente el juez [\*].

74—Inmediatamente que ha proveido el auto referido, debe el juez comenzar à formalizar las justificaciones del cuerpo del delito, con estension por menor de todas sus circunstancias y particularidades, bien sea en homicidios, mutilaciones de miembros, heridas, robos, latrocinios, ó cualquiera otro crimen grave; à recibir la sumaria de las personas que puedan declarar la verdad de los hechos y sus autores, evacuando las citas que se vayan haciendo. Constando ya del delito, y resultando indicios bastantes contra alguno por la sumaria, se librarà mandamiento de prision contra él, y contra todos los que resultaren reos: se les mandará embargar y secuestrar sus bienes no siendo indios, y se depositarán en persona abonada (oz).

[\*] Si el delito no es muy grave, y el juez está ocupado en otros asuntos de administracion de justicia, se puede cometer la averiguacion al escribano, siendo hombre de habilidad y de buena conciencia.

(oz) Solo se hará embargo de bienes cuando se pro-

75—Concluida la sumaria, y apareciendo justificados el delito y delinquentes, debe el juez proveyer un auto en que declara por bastante la informacion recibida; por bien presos los reos, y sus bienes por bien secuestrados, mandando al mismo tiempo que se les tomen sus confesiones (54).

76—La confesion del reo viene á hacer la contestacion de la causa, y es la última diligencia de la sumaria. Esta comienza preguntándole como se llama, de donde es natural y vecino, y que edad tiene. Si de aquí resultare ser menor de veinte y cinco años ó indio, se le debe nombrar curador *ad litem*. Este, habiendo aceptado el cargo, y hecho el juramento correspondiente, entrará á ver jurar al reo (ua). Despues saldrá del lugar ó pieza de la confesion, mientras se le recibe, y se le hacen todas las preguntas y repreguntas conducentes sobre lo que resulta de la sumaria (ub). Concluida la

ceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporcion á la cantidad á que éste pueda estenderse. Art. 294 de la Constitucion española de 1812.

(54) Véase el Auto acordado de esta Real Audiencia de 6 de diciembre de 1784.

(ua) En materias criminales y en hechos propios no puede apremiarse á nadie á declarar bajo de juramento: Constitucion española de 1812. art. 291: Constitucion del Estado, art. 193; y ley de garantias de 5 de diciembre de 1839, secc. 2 art. 14.

(ub) En las causas criminales, despues de concluido el sumario, y recibida la confesion al tratado como reo, todas las providencias y demas actos seran en audiencia pública. Debe procurarse que el sumario quede concluido dentro de un mes; pero si por haberse presentado dificultades insuperables, dilatarse mas tiempo, entonces podrá procederse á la escarcelacion bajo de

confesion, debe el curador volver á entrar, para que en presencia suya se lea al reo su declaracion, y ratificandose en lo dicho, la firman ambos, ó el que supiere [\*].

77—Si hay fiscal ó parte por la vindicta pública, se provee auto por el juez mandando que se le dé traslado de los autos para que en vista de ellos formalice su acusacion, y pida lo que corresponda segun derecho [\*\*]. De la acusacion y de

fianza, aunque no esté concluido el sumario, siempre que de lo actuado no resulte cargo que merezca pena corporal: Artículos 91 y 92 de dicha ley de tribunales. No será llevado ni detenido en la cárcel el que diere fianza en los casos en que la ley no lo prohiba: art. 192 de la Constitución del Estado, y 295 y 296 de la de 1812: Gutierrez, *práct. crim.* tom. 1 cap. 6 núm. 2 y 22. Cométese el crimen de *detencion arbitraria*, cuando el juez manda poner en la cárcel á una persona que dé fiador, en los casos en que la ley no prohíbe espresamente el que se admita la fianza; y cuando no pone al preso en libertad bajo de fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparece que no puede imponérsele pena corporal: Decreto de Cortes de 17 de abril de 1821 art. 30. En todos los casos en que haya lugar á escarcelacion bajo de fianza, los jueces exigirán que el fiador responda con una cantidad pecuniaria, proporcionada al delito, á juicio de los mismos jueces: ley de 23 de diciembre de 1851, art. 15.

[\*] La confesion en realidad de verdad no concluye, sino que se suspende, dejándola abierta para continuarla siempre que convenga; lo que tambien se hace en todo lo perteneciente á recibir deposiciones de testigos, y así lo debe espresar el juez en el auto que provee despues de la confesion.

[\*\*] No habiendo parte por la vindicta pública, y siendo grave la causa, nombra el juez de oficio pro-

todo lo que pidan, se dá traslado al reo para que en el término que se le señale alegue lo que le convenga. De este alegato ó defensa, se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, y despues al reo, quien por último satisface en cuarto escrito. Despues pide el promotor fiscal que se concluya en la causa para prueba, y de su peticion se dá traslado, con término, á lo mas de tres dias, al procurador del reo. No contradiciéndose con fundamento la conclusion, manda el juez se traigan los autos para proveer lo que corresponda, segun su estado, citando antes a las partes.

78—Evaacuado esto, provee el juez que se reciba la causa a prueba, por el término de nueve dias comunes á todos los interesados, para que dentro de ellós pidan y justifiquen lo que les convenga. Este término, con consideracion á la gravedad de la causa, número de los reos, y mayor ó menor dificultad de dar las pruebas, puede el juez ir prorogando hasta los ochenta de la ley, y no mas. Dentro de él se ratificarán los testigos del sumario; se examinarán de nuevo los que conviniere á la justificacion de la causa y se recibirán

motor fiscal á algun abogado ú otro sugeto capaz. A éste se le pasa la causa para que en el término que se le señala formalice la acusacion, y pida lo que convenga segun derecho. Este auto se le hace saber para que acepte y jure desempeñar bien y fielmente tal encargo. Al mismo tiempo se hace saber al reo el estado de la causa, para que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue á favor de éste el correspondiente poder, con apercibimiento de que, no haciéndolo, se sustanciará la causa en rebeldía y su omision le parará el mismo perjuicio que su espreso consentimiento. Véase en la pág. 155 el núm. 7 y su nota.

las pruebas (uc).

79—Concluido el término de prueba, y á petición del promotor fiscal ó del reo, ó si no de oficio [\*], el juez provee, que habiéndose cumplido el término de prueba, lo que ha de certificar el escribano de la causa, se hace publicacion de probanzas, las cuales unidas al proceso, se han de entregar á las partes por su orden y por tiempo determinado, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga. El promotor fiscal alega de bien probado, y pide se imponga al reo la pena que conforme á derecho corresponde. De este alegato se dá traslado al defensor del reo, quien satisface con otro, de que se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, el cual concluye para definitiva [\*\*]. El juez

(uc) Todos los que depongan como testigos en cualquiera causa, sea civil ó criminal, deberán dar su testimonio por declaracion jurada; pero los que en concepto de peritos espongan su juicio sobre cosas relativas á su facultad, podrán hacerlo por informe con juramento; y lo mismo se observará, cuando los funcionarios públicos depongan sobre cosas que les consten en razon de oficio. Todo procesado puede renunciar el derecho que tiene á que los testigos examinados en la sumaria, sean ratificados en plenario; y se entiende renunciado este derecho por la circunstancia sola de no pedirse la ratificacion en el término probatorio: en consecuencia, podrán omitirse las ratificaciones en las causas criminales, á menos que se pidan por parte del reo, ó el juez tenga por conveniente hacerlas: ley de 3 de diciembre ya citada, art. 89 y 90. Véase el Decreto de Córtes de 11 de setiembre de 1820, sobre la sustanciacion de las causas criminales.

[\*] Cuando no hay promotor fiscal, ni parte por la vindicta pública, el juez sigue todos estos trámites de oficio.

[\*\*] Siempre que falta acusador ó parte ofendida,

ha por concluida la causa, y manda se traiga para proveer, citadas las partes [\*].

80—Para pronunciar la sentencia ha de instruirse el juez perfectamente de cuanto resulte del proceso, tomándose todo el tiempo necesario para ello, y para formar un juicio acertado y maduro. Si bien instruido de lo que resulte de los autos, advierte que está plena y claramente probado el delito contra el que se procede, da su sentencia, condenando al delincuente en la pena prescrita por las leyes; y de lo contrario, le debe absolver, aunque tenga contra sí algunos indicios ó presunciones; con especialidad si el castigo habia de ser la pérdida de la vida, para la cual *por ser la persona del hombre la cosa mas noble del mundo*, exige una ley, pruebas ciertas é claras como la luz, de manera que non

que quiera hacer de tal, ó persona nombrada segun la ley para la causa en particular, que acuse en satisfaccion de la vindicta pública, é inste por el castigo y ejemplo; despues de tomada la confesion al reo provee el juez un auto, en que le hace cargo de la culpa que resulta contra él de los autos, y se le manda dar traslado de ellos: recibe la causa á prueba con el término que le parece, con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia; y manda que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y los peritos que hubieren depuesto en comprobacion del delito, y se reciban otros. Todo esto comprende el auto que llaman *de cargo y culpa*, el cual se notifica al reo para que se descargue y pruebe su inocencia; y se le conceden las prorogaciones de término que fueren menester.

[\*] Los jueces no letrados, en este estado, deben remitir el proceso cerrado, y por conducto seguro á algun abogado, con cuyo parecer ó dictámen absuelvan, ó impongan al reo la pena que merezca.

*pueda sobre ellas venir dubda ninguna (55).*

81—En el caso de no haber contra un reo pruebas claras del delito, sino graves y fundados indicios que no ha podido desvanecer, se practica que semejante reo sea absuelto solamente *de la instancia*, para que pueda suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crimen, siempre que se produzcan otras pruebas contra él (ud).

82—Dada la sentencia, el reo por lo regular apela, y se sigue el grado de apelacion y suplicacion, como se dijo en el juicio ordinario civil (ue).

#### § XIV.

##### *Juicio criminal con el reo ausente.*

83—Si el reo contra quien se ha de proceder criminalmente no puede ser habido, siendo el delito de calidad que por él se deban secuestrar los bienes al reo, si se secuestran, y el acusador ó fiscal pide que sea llamado por edictos y pregones, presentando certificacion del alguacil que asegure como lo ha

(55) Leyes 26 tít. 1, 7 y 9 tít. 31 Part. 7.

(ud) Curia filip. part. 3 § 17 núm. 1.

(ue) Toda sentencia definitiva pronunciada en proceso criminal, seguido por escrito, no debe ejecutarse sin aprobacion de la Corte, aun cuando sea absolutoria. Tampoco podrán ejecutarse sin dicha aprobacion, los autos interlocutorios en que se concede escarcelacion bajo de fianza, si el delito de que se hace cargo al procesado fuere el de traicion, homicidio, adulterio, raptó ó fuerza, incendio y asalto en despoblado: ley de 5 de diciembre citada art. 38 y 39. Téngase presente aquí lo que dijimos en la nota (oi) pág. 256 acerca de las causas que deben sentenciarse con calidad ejecutiva.

buscado y no puede ser habido, y del alcaide ó carcelero, de que no se ha presentado en la carcel, ni esta preso; entónces manda el juez despachar el primer edicto, en el cual espresa el delito y ordena al reo que comparezca á defenderse dentro de nueve dias, que le oira y hará justicia; con apercibimiento, que de no hacerlo, procederá en su rebeldía como hallare por derecho, y le declarará los estrados de su audiencia por bastantes, para que con ellos se hagan los autos hasta la definitiva. Se espresa ser el primer edicto, y se manda publicar en la casa del reo, si la tiene, y fijar en lugar publico acostumbrado.

84—Si no parece al plazo, se le acusa rebeldía, y se pide que se despache segundo edicto; y el juez con certificacion del alcaide, de que no se ha presentado el reo, ni está preso, le condena en la pena llamada *del despréz*, que son sesenta maravedis; y provee que despache segundo edicto, en que le manda comparecer dentro de otros nueve dias, y que se fije en su casa y en el lugar acostumbrado. Si no parece al plazo, se le vuelve á acusar rebeldía, pidiendo se le despache el tercer edicto, y que se le condene en la pena llamada *del homecillo*, que es de seiscientos maravedis: el juez le condena en ella ó en otra arbitraria, que es lo que se acostumbra, certificado ántes de que no se ha presentado, ni está preso; y manda que sea llamado por tercer edicto, que publicará y fijará como los anteriores. Si no comparece, el acusador ó fiscal le acusa rebeldía, y pide que se le dé traslado de la sumaria informacion para ponerle la acusacion en forma, y pedir lo que corresponda en justicia; y el juez con la tercera certificacion del carcelero, manda que se dé al acusador el traslado que pide,



y que formalice su acusacion.

85—Presentada ésta, el juez manda que el reo ausente responda dentro de tercero dia, y que se le notifique así en los estrados de su audiencia, que declara por bastantes. Notificado el auto á los estrados, y pasados los tres dias, el acusador le acusa rebeldía, y pide que se reciba la causa á prueba. El juez la ha por acusada, y recibe la causa á prueba por el término que le parece; lo que se notifica al querellante y á los estrados, por el reo ausente. Se reciben las pruebas, se ratifican los testigos de la sumaria, se hace publicacion de probanzas, y en todo se sigue la causa por los trámites ordinarios de derecho, hasta que se da sentencia definitiva conforme al proceso; entendiéndose para todo con los estrados, á quienes se hacen las notificaciones.

86—Si el reo comparece al segundo plazo, debe pagar la pena del *despréz* y costas, y sera oido: si pareciere al tercer plazo, á mas de esto, pagara la pena del *homecillo*, y tambien será oido; y lo mismo será presentandose, ó siendo preso antes de la sentencia definitiva, ó despues de ella, dentro de un año (uf).

(uf) Del *despréz* y *homecillo* puede decirse lo mismo que de todas las penas pecuniarias establecidas en nuestras leyes antiguas: esto es, que han pasado á ser arbitrarias y mayores por precision, pues habiéndose disminuido sobremanera el valor de la moneda, de nada serviría el imponerlas. ¿No sería cosa ridícula que en la actualidad se impusiese una pena de menos de un real de plata, como lo es la del *despréz*; ó de treinta y cinco reales y maravedises, cual lo es la del *homecillo*? Gutierrez, *práct. crim.* tomo 1º, Apéndice 1º, pág. 350 núm. 9.

87—Siguiéndose la causa de oficio por solo el juez, luego que se libre el mandamiento de prision en virtud de la sumaria, constando por certificacion del alguacil que no puede ser habido el reo, y por la del alcaide, que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso; se despachan los tres edictos como vá dicho, al fin del plazo de cada uno, y cumplido el tercero, pronuncia auto el juez en que recibe la causa á prueba con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, mandando que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y se examinen otros, y que se notifique este auto á los estrados. Se hacen las prorogaciones necesarias de término probatorio, y pasado, se sentencia la causa definitivamente (ug).

(ug) Gutierrez, Apéndice citado. En la nota al número 16, observa la injusticia é impolítica que envuelve la disposicion de que se pronuncie sentencia contra el reo ausente, y recomienda la conveniencia de la práctica de los romanos que la suspendian, hasta que el reo se presentaba ó era capturado.

## APÉNDICE FINAL.

INSTRUCCION APROBADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA  
EN AUTO ACORDADO DE 5 DE JULIO DE 1852,

dirijida à los Alcaldes para uniformar el procedimientio y hacer mas  
espedita la administracion de justicia.

**L**os alcaldes, en concepto de jueces, ejercen su jurisdiccion en cuatro géneros de causas, a saber: en negocios de jurisdiccion voluntaria; en causas civiles contenciosas de menor cuantía; en causas criminales hasta su determinacion sobre delitos leves, y en las primeras diligencias de las causas criminales que siguen en juicio escrito.

### §. I.

#### *Jurisdiccion voluntaria.*

2—Se llaman negocios de *jurisdiccion voluntaria*, aquellos en que no hay parte que contradiga. Por ejemplo, cuando un pupilo pide que se le nombre tutor; cuando un albacea solicita la faccion de inventarios judiciales; cuando se pide la intervencion del juez, para la enagenacion de una finca.

3—En estos casos y en otros semejantes, el alcalde procede lo mismo que un juez de primera instancia: conoce del negocio, aunque sea de mayor cuantia: instruye el espediente por escrito; y ejerce sus funciones a prevencion con el juez de primera instancia del Departamento.

4—*Conocer á prevencion* quiere decir, que pueden conocer del negocio, así el juez del Departamento, como el alcalde de la respectiva poblacion;

pero que comenzado el negocio ante uno de los dos, ha de continuarle el primero que le comenzó.

5—Puede suceder que un negocio de jurisdiccion voluntaria se convierta en *contencioso*. Por ejemplo, si tratandose de nombrar tutor a un pupilo, apareciese contienda sobre la persona á quien deba conferirse este cargo: si tratándose de insinuacion de un testamento, apareciese un pariente a impugnarle: si tratandose de enagenar una finca, se presentare alguno á resistir la enagenacion. Si acaeciese esta novedad, el alcalde debe suspender sus procedimientos, y pasar el negocio al juez de primera instancia del Departamento, para que le continúe.

## §. II.

### *Juicios civiles.*

6—Los alcaldes pueden conocer de negocios contenciosos, cuyo valor no esceda de cien pesos.

7—Estos negocios deben determinarse en juicio verbal.

8—Luego que alguna persona ocurra al alcalde poniendo demanda, se debe llamar a la parte demandada, para que conteste sobre aquel negocio; y este llamamiento es lo que se llama *citacion*.

9—Esta citacion puede hacerse por medio de una boleta, ó verbalmente por medio de un dependiente del juzgado, que esté autorizado al efecto.

10—Al hacerse la citacion se espresará su objeto, y el dia y la hora en que la parte citada deba comparecer.

11—Verificada la comparecencia de ambas partes, el alcalde las oirá, procurando imponerse bien del negocio y de las razones alegadas por ambas partes, á cuyo efecto podrá hacer las preguntas que tenga por convenientes.

12—Cuando el alcalde esté ya bien impuéstó del negocio, hará que se retiren las dos partes litigantes, y dictará la providencia que sea justa.

13—Si las partes estuviesen conformes en los hechos, dará desde luego la sentencia que debe concluir el negocio.

14—Aun cuando las partes no esten conformes en los hechos, el negocio podrá determinarse definitivamente, si las partes han presentado ya sus pruebas, o si aseguran que no tienen pruebas que dar.

15—Si alguna de las partes manifestase que tiene necesidad de probar algun hecho conducente para calificar la justicia de la demanda, el alcalde señalará término dentro del cual deba presentarse la prueba.

16—Este término sera comun á ambas partes, á fin de que una y otra puedan dar las que crean convenirles; y podrá prorogarse por el tiempo que el alcalde juzgue necesario, atendidas las circunstancias del caso, sin esceder el término legal.

17—Si la prueba fuese de documentos, deberán éstos manifestarse á la parte contraria para que se satisfaga y vea si le conviene impugnarlos, esponiendo el vicio de que adolezcan. Si la prueba fuere de testigos, éstos deben examinarse de uno á uno y bajo juramento. Y si la parte contraria pidiese verlos jurar, debe concedérsele.

18—Concluida la prueba, el alcalde pronunciará la sentencia, haciendo que se notifique á las partes interesadas.

19—En cada juzgado debe haber un *libro de juicios verbales*; y en él debera quedar constancia de todo lo que se practique en orden á estos juicios, espresando cual ha sido la demanda, cual la contestacion y cuáles las pruebas rendidas por una

y otra parte. Se han de espresar tambien las fecha<sup>s</sup> en que se han tenido las comparencias; y estas actas se han de firmar por el alcalde, y autorizar por el escribano del juzgado. Pero en falta de escribano, podrán autorizarse por dos testigos.

20—En el caso de que al alcalde se le presente dificultad para la resolucion, podrá consultar con las personas que merezcan su confianza, sean o no, letrados; pero no podrá gravar á las partes con honorarios de asesores.

21—En los juicios verbales no deberá admitirse que concurren otras personas con el carácter de abogados, ni que por este título se cobre de las partes cantidad alguna, por pequeña que sea.

22—Si alguna de las partes quisiere recusar al alcalde, deberá prestar juramento de que no lo hace maliciosamente, sino porque tiene motivos suficientes para recusarle.

23—Puesta la recusacion con la calidad espresada en el número próximo anterior, el alcalde deberá acompañarse, y el acompañado podra ser otro alcalde ú otra persona en quien concurren las calidades que la ley exige para ser alcalde.

24—Pero si el alcalde ante quien se pone la demanda, fuese interesado en ella, ó tuviese otro impedimento legal, deberá abstenerse enteramente, y pasar el conocimiento del negocio á otro alcalde, si lo hubiere; y en su defecto á un regidor, prefiriendo el mas antiguo de los que estuvieren espeditos.

25—Si la parte demandada alegase que el alcalde no es juez competente para conocer en la demanda, se determinará previamente este punto; y si alguna de las partes apelase de esta determinacion, se otorgará el recurso y se esperará la resolucion para continuar, ó no, segun ella sea.

26—Lo mismo se practicará en el caso de que se presente algun obstáculo sobre legitimidad de las partes litigantes.

27—Así la acta del juicio, como las certificaciones que de ella se dieren, ó cualquiera otra cosa que haya de escribirse relativamente á estos juicios, ha de ser en papel sellado del sello cuarto.

28—Cuando el interes del pleito escede de diez pesos, la determinacion del alcalde esta sujeta al recurso de apelacion. Por lo que se otorgara este recurso, siempre que alguna de las partes lo interponga en tiempo oportuno.

29—El tiempo para apelar de las sentencias dadas en juicio verbal, es el de tres dias, contados desde la hora en que las partes quedaron cercioradas de la sentencia.

30—La apelacion se otorgará para el juzgado de primera instancia del Departamento.

31—Otoigada la apelacion, se sacara certificacion del juicio y se entregará a la parte apelante, para que la presente al juez que deba conocer del recurso.

32—Para evitar demoras maliciosas, el alcalde deberá exijir de la parte apelante que dentro de cierto tiempo le acredite haberse presentado al juez que deba conocer de la apelacion. Este tiempo podra ser el de tres dias, hallandose el juez de la apelacion en el mismo lugar. Pero si no estuviese en el mismo lugar, el tiempo deberá ser proporcionado, segun la distancia.

33—Cerciorado el alcalde de que el negocio está ya ante el juez de la apelacion, deberá esperar la resolucion de éste.

34—Comunicada al alcalde, en forma debida, la determinacion dada por el juez de apelacion, deberá ejecutarla, sea cual fuere.

35—La sentencia pronunciada en juicio verbal, debe cumplirse luego que haya obtenido el carácter de *cosa juzgada*.

36—Obtienen este carácter: 1º cuando ha transcurrido el término de tres días sin que alguna de las partes haya apelado: 2º cuando habiéndose continuado la apelación, la sentencia haya sido confirmada

37—Si á consecuencia del recurso de apelación, la sentencia fuere revocada ó reformada, se cumplirá la que se hubiere pronunciado en grado de apelación.

38—El alcalde que terminó un negocio en juicio verbal, es el ejecutor de la sentencia que sobre el mismo juicio se pronuncie en grado de apelación, sea que confirme, reforme ó revoque la de primera instancia.

39—En la ejecución de sentencias pronunciadas en juicio verbal, se procederá por la vía de apremio.

40—En consecuencia, requerido el deudor, y no pagando dentro de segundo día, el alcalde ocupará bienes equivalentes, los hará avaluar por peritos nombrados de oficio, señalará día para el remate, anunciándolo por carteles, y los rematará en el mejor postor. El término para la práctica de estas diligencias, es el de nueve días inmediatos al último del requerimiento.

### §. III.

#### *Juicios verbales sobre delitos.*

41—Los alcaldes pueden conocer y determinar negocios criminales sobre delitos leves, haciéndolo en juicio verbal.

42—Para este efecto se califican de *leves* los delitos siguientes: los hurtos de cosa cuyo valor no llegue á veinte y cinco pesos, siempre que no concur-



ran circunstancias agravantes: las injurias, cuando no sean atroces; y las heridas que no hayan sido calificadas de graves, ni ejecutadas con circunstancias agravantes. Estos delitos servirán de regla para calificar otros de que pueda conocerse en juicio verbal.

43—En esta clase de negocios, el alcalde puede proceder de oficio; y lo hará luego que tenga noticia de que se ha cometido alguno de los delitos que deban castigarse en juicio verbal; pero por injurias de palabra, el alcalde no procedera de oficio.

44—Ya sea sobre injurias, ó ya sobre otros delitos leves, el alcalde contará con el acusador, si lo hubiere, así como se ha dicho en las demandas civiles.

45—Las penas que pueden imponerse á los delinquentes, cuando se procede en juicio verbal, son las siguientes: servicio de carceles ú hospitales, prision ú obras públicas por un tiempo que no pase de cuatro meses, y penas pecuniarias que no excedan de cien pesos.

46—En esta clase de juicios está espedito el recurso de apelacion ante el juez de primera instancia del Departamento. Este recurso se interpondrá y seguirá del mismo modo que queda dicho en los negocios civiles.

47—De lo que se practique en estos juicios ha de quedar constancia, a cuyo efecto se estenderá una acta en el libro correspondiente.

48—De esta clase de delitos pueden conocer tambien los jueces de primera instancia del Departamento respectivo, á prevencion con los alcaldes.

49—Las penas pecuniarias que se impongan por los alcaldes, fungiendo como agentes del poder judicial, deberan ingresar al fondo de gastos de justicia y estrados: los alcaldes deben cuidar de que así

se cumpla, sin que en ningun caso pueda dárseles otro destino.

§. IV.

*Sumarias.*

50—El conocimiento de los delitos mayores, está sometido al juez de primera instancia que hay en el Departamento; pero las primeras diligencias de las causas que se instruyen sobre estos delitos, pueden practicarse por uno de los alcaldes de la respectiva poblacion.

51—Luego que el alcalde tenga noticia de haberse cometido alguno de esos delitos en el territorio de su cargo, pondra un auto que se llama *cabeza de proceso*.

52—Este auto se pone en la forma que se vá á decir, ú otra semejante.—*Por quanto ahora que serán tales horas, se me ha dado aviso de haberse cometido tal delito, procédase á instruir el sumario correspondiente.*

53—Cuando el alcalde recibiese comunicacion del Corregidor ó de otra autoridad competente, sobre haberse cometido algun delito, pondra a continuacion un decreto mandando que se instruya la sumaria correspondiente; y este decreto es el auto cabeza de proceso.

54—En cumplimiento de este auto debe instruirse el sumario: el objeto de este sumario es averiguar si en efecto se ha cometido aquel delito, y caso de haberse cometido, quién es el delincuente; y esta averiguacion se hace por uno de dos medios, ó por los dos juntos.

55—Puede hacerse por medio de testigos, ó por medio de reconocimientos, en el caso de que el delito sea de aquellos que dejan huella ó rastro.

56—Si el delito fuese de esta clase, el alcalde debera ir lo mas pronto que pueda, á practicar el reconocimiento, a presencia de escribano ó testigos, y practicado, poner constancia de él en la sumaria ó causa que esta instruyendo.

57—El otro medio que se presenta para la averiguacion del delito, es el examen de testigos. Para eso el alcalde debe informarse de quiénes son las personas que hayan presenciado ó podido presenciar la perpetracion del delito: las hara comparecer, les tomará declaracion, y la estenderá en el sumario.

58—Cada una de las declaraciones que se tomen, debe firmarse por el mismo alcalde, por el declarante y por el escribano. Si el testigo no supiese firmar, se espresa que no firma por no saber hacerlo. No habiendo escribano, se pondran en su lugar dos testigos de asistencia.

59—Todo el que compareciese á declarar en una sumaria, como testigo de los hechos que se averigüen, deberá prestar juramento de decir verdad. Pero si hubiese necesidad de examinar como testigo algun niño que no haya llegado á la edad de doce años, no se le tomará juramento.

60—Los que depongan en la causa en concepto de peritos, podran evacuar sus deposiciones por medio de informe jurado.

61—Si el delito fuese un homicidio, se reconocerá el cadaver para ver si tiene algunas heridas, cardenales ú otras señales de haber sido dada la muerte violentamente, y se pondrá en la sumaria constancia de este reconocimiento.

62—Si en el lugar hubiese facultativo, el alcalde hará que se practique diseccion del cadaver, y que el facultativo ponga sobre esto el informe correspondiente.

63—Si el delito fuere una herida, el alcalde cuidará de que sea reconocida por un facultativo. En el caso de no haberle, se echará mano de uno ó mas prácticos que se hayan ejercitado en ese ramo.

64—Si el delito fuese hurto que se hubiese practicado por medio de escalamiento, perforacion, fractura de llaves, o por otro medio que haya dejado señales, el alcalde reconocera esas señales, poniendo en el sumario constancia del reconocimiento que haya hecho.

65—Ya se haga la averiguacion por medio de testigos ó por medio de reconocimientos, el alcalde no se ha de limitar al hecho mismo que constituye el delito. Es muy conveniente, y á veces necesario, estender la averiguacion a otros hechos de donde pueda inferirse algun fundamento para esclarecer el hecho principal.

66—Los testigos deben examinarse uno despues de otro, asi como se ha dicho en los juicios civiles.

67—Si por ser indios ó estrangeros, no pudieren espresarse en el lenguaje comun, se les examinará por medio de dos intérpretes; pero si no pudieren conseguirse dos, bastará uno. Estos intérpretes han de prestar juramento de cumplir fielmente su oficio. Tambien deben firmar la diligencia que se haya practicado con su intervencion.

68—Luego que de las diligencias practicadas aparezca que se ha cometido un delito, y ademas haya algun fundamento para creer quién ha sido el delincuente, se proveera el auto formal de prision, y se cuidará mucho de que en efecto se verifique la prision del presunto reo.

69—En el auto de prision debe espresarse el delito en que se funda la providencia. Por ejemplo, si la causa es de hurto, se dirá: *Redúzcase á prision*

*formal á Fulano de tal por hurto.*

70—Luego que esté proveido el auto de prision se sacará certificacion de él para entregarla al alcaide de la carcel.

71—Si el alcalde encontrare á alguno en el acto de delinquir, debe desde luego ponerle en la carcel en calidad de detenido. Para esto basta que se dé al alcaide una orden por escrito.

72—Tambien podra procederse á la detencion, cuando racionalmente se tema la fuga del presunto reo.

73—La detencion no puede esceder de cinco dias. De manera que, al concluirse este término, el alcalde debe hacer una de dos cosas, ó proveer el auto formal de prision, ó poner en libertad al detenido. Debera hacer lo primero, si de las diligencias practicadas apareciere comprobado el cuerpo del delito, y ademas, motivo fundado para creer que el detenido es el delincuente. Si no estuviere aun el cuerpo del delito comprobado, deberá poner en libertad al detenido. Lo mismo deberá hacer, aunque esté comprobado el cuerpo del delito, si no hubiere algun fundamento racional para creer que el detenido ha sido el delincuente.

74—Fuera de los dos casos referidos, el alcalde no debe proceder desde luego al arresto ó detencion de la persona que sospeche pueda resultar delincuente, sino que debe esperar á que el sumario ministre fundamento bastante para proveer el auto formal de prision. Para este efecto es bastante el dicho de un testigo, aunque éste padezca alguna tacha. Presunciones que den un grado de probabilidad igual al que queda indicado, seran tambien bastantes para la prision.

75—Verificada ésta se interrogará inmediatamen-

te al presunto reo, ó à lo mas tarde, dentro de cuarenta y ocho horas, del mismo modo que se hace cuando se le pone detenido. Este interrogatorio se reduce à saber: el nombre del preso, su edad, oficio, estado y vecindario: à preguntarle si sabe ó presume el motivo de su prision: à inquirir de él mismo donde estuvo, con quiénes se junto, y en qué se ocupó el dia en que aparezca haberse cometido el delito; y últimamente, à imponerle del motivo por qué se le ha puesto preso.

76—A quien declara como reo en una causa criminal, no se le exige juramento.

77—Si el presunto reo, ó alguno de los testigos, declarase refiriéndose à otras personas sobre puntos conducentes à la averiguacion del delito, se examinara sobre esos puntos à las personas citadas. Esto es lo que se llama *evacuar citas*.

78—*Cuerpo de delito* se llama el delito mismo. *Estar comprobado el cuerpo del delito*, quiere decir que en el sumario hay prueba bastante para creer que se ha cometido un delito.

79—Verificada la prision, se remiten las diligencias al juez respectivo del Departamento, quedando à su disposicion el presunto reo.

80—Cuando se dificulte la prision, podrán remitirse las diligencias, sin esperar la captura del presunto reo.

81—Cuando el alcalde está en distinta poblacion que el juez de primera instancia, remitirá la causa junto con el reo. Pero cuidara mucho de no remitir reo ninguno sin la causa correspondiente, y sin que ésta ministre fundamento bastante para la prision.

---

**FIN.**

# INDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.



## LIBRO IV.

TÍTULO I.—De las obligaciones que nacen de delito . . . . .	1
TÍT. II.—De la rapiña. . . . .	22
TÍT. III.—De los daños hechos á otro contra derecho. . . . .	25
TÍT. IV.—De las injurias. . . . .	29
TÍT. V.—De las obligaciones que nacen de cuasi delito . . . . .	36
TÍT. VI.—De las acciones . . . . .	44
§ I.—De las acciones reales, personales y mistas . . . . .	46
§ II.—De las acciones persecutorias de la cosa, penales y mistas . . . . .	71
§ III.—De las acciones por las cuales se pide el simple, duplo, etc., y de las de buena fé, de riguroso derecho, etc. . . . .	73
§ IV.—De las acciones por las cuales se consigue todo lo que se debe, y de las con que se consigue menos . . . . .	77
TÍT. VII.—De las acciones que resultan de los contratos celebrados con los que estan en agena potestad . . . . .	80
TÍT. VIII.—De las acciones que nacen de los delitos de los siervos, llamadas noxales . . . . .	88
TÍT. IX.—De las acciones que resultan de los	

ÍNDICE.

daños causados por los cuadrúpedos ó bestias . . . . .	91
Tít. X.—De los procuradores . . . . .	95
Tít. XI.—De las cauciones judiciales. . . . .	104
Tít. XII.—De las acciones perpétuas y tempo- rales, y de las que pasan á los here- deros y contra ellos . . . . .	113
Tít. XIII.—De las escepciones . . . . .	126
Tít. XIV.—De las replicaciones. . . . .	132
T. T. XV.—De los interdictos . . . . .	133
Tít. XVI.—De la pena de los temerarios liti- gantes . . . . .	142
APÉNDICE.—De los abogados, fiscales, relato- tores, asesores, escribanos y recep- tores . . . . .	149
Tít. XVII.—Del oficio del juez. . . . .	170
APÉNDICE.—De la recusacion . . . . .	183
Tít. XVIII.—De los delitos públicos . . . . .	193
APÉNDICE.—De los tormentos, carceles, perdo- nes ó indultos y asilos . . . . .	228
CONCLUSION.—De los juicios, su orden y ritua- lidades . . . . .	246
§ I.—De los juicios en general. . . . .	Id.
§ II.—Orden del juicio ordinario. . . . .	247
§ III.—De la apelacion . . . . .	255
§ IV.—De la súplica. . . . .	259
§ V.—De la segunda suplicacion . . . . .	261
§ VI.—Del recurso de injusticia notoria. . . . .	264
§ VII.—De los recursos de fuerza. . . . .	266
§ VIII.—Del juicio ejecutivo. . . . .	268
§ IX.—Orden y forma del juicio ejecutivo. . . . .	270
§ X.—Del juicio de tenuta. . . . .	276
§ XI.—Del juicio criminal. . . . .	278
§ XII.—Del juicio criminal por acusacion . . . . .	279
§ XIII.—Del juicio criminal de oficio, ya sea	



## ÍNDICE.

por denuncia ó por inquisición . . .	282
§ XIV.—Juicio criminal con el reo ausente.	289
APENDICE FINAL.—Instrucción para los juzgados municipales . . . . .	293
§ I.—Jurisdicción voluntaria . . . . .	Id.
§ II.—Juicios civiles . . . . .	294
§ III.—Juicios verbales sobre delitos . . .	298
§ IV.—Sumarias . . . . .	300

## FIN DEL ÍNDICE.



## FÉ DE ERRATAS.

<u>Pág.</u>	<u>Lín.</u>	<u>Dice.</u>	<u>Léase.</u>
41	18	intrudujo. . . . .	introdujo.
57	22	intorrogatoria . . .	interrogatoria.
68	3	<i>por indiviso.</i> . . .	<i>pro indiviso.</i>
id.	7	las bienes . . . . .	los bienes.
70	14	Part. 7. . . . .	Part. 5.
89	16	defnucion. . . . .	definicion.
id.	30	intresado. . . . .	interesado.
106	35	Parlod. . . . .	Parlad.
107	6	pecunaria . . . . .	pecuniaria.
121	33	treinta años . . . .	veinte años.
136	21	prohitorios . . . . .	prohibitorios.
id.	32	ocudiendo . . . . .	acudiendo.
141	29	tiemqo . . . . .	tiempo.
148	12	indecorosos. . . . .	indecorosas.
149	34	sejeros . . . . .	consejeros.
151	27	5 de diciembre. . .	3 de diciembre.
id.	33	título . . . . .	título.
163	8	escribano se requiere. .	{ escribano y ejercer el oficio, se } requiere.
204	33	<i>consentiendi.</i> . . .	<i>consentienti.</i>
234	35	<i>indulgentia.</i> . . .	<i>indulgentia.</i>
235	18	se llaman . . . . .	se llama.
257	26	la órde. . . . .	la orden.
263	6	dede . . . . .	debe.

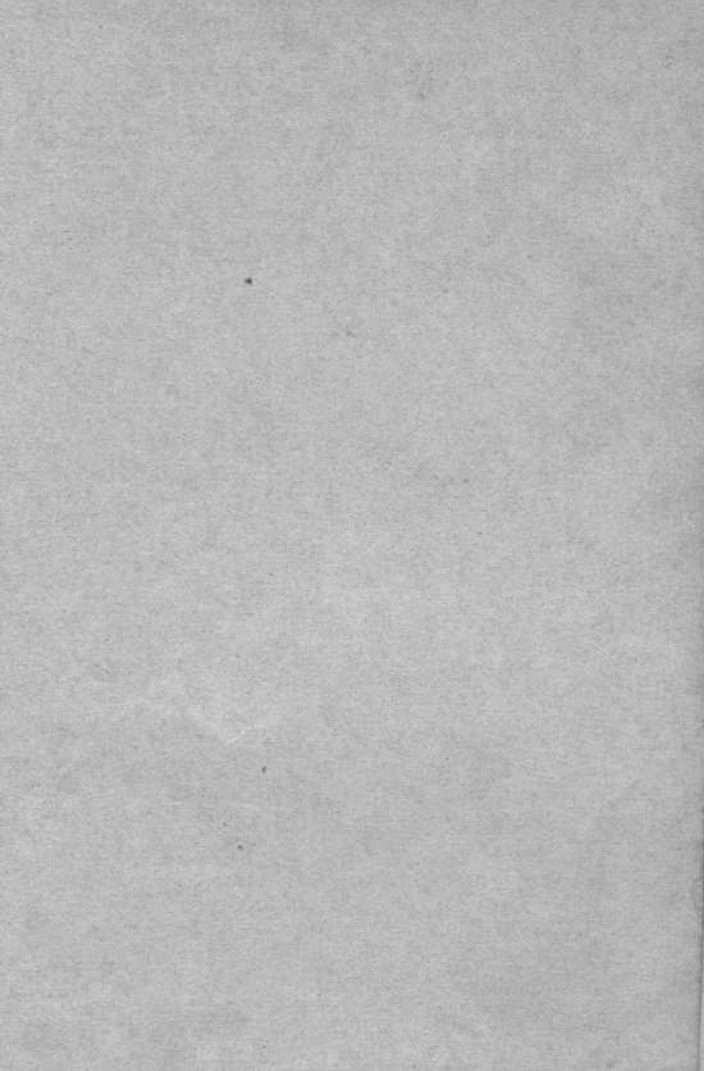
NOTA.—*Despues de impresos los tomos 2º y 3º, se han advertido las siguientes erratas.*

### Tomo 2.

<u>Pág.</u>	<u>Lín.</u>	<u>Dice.</u>	<u>Léase.</u>
113	11	estensiva à los descendientes.	estensiva à los ascendientes.

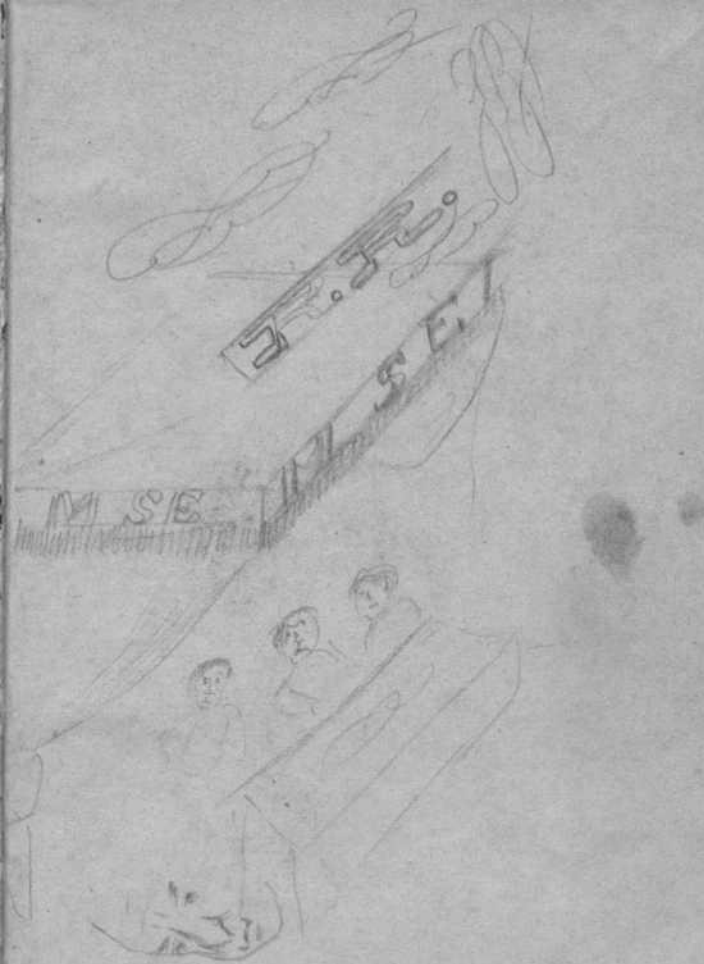
### Tomo 3.

106	penúlt.	lib. 9 del Fuero Real . . .	lib. 3 del Fuero Real.
267	Cita 86.	Leyes 10 y 11 allí. . . . .	Leyes 10 y 11 tit. 18 allí.



5006







**G 36878**

ALVARO

PORSCHC-HEAD

